BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 881

(Ano X)

(24/11/2018)

ISSN - 1984-0454

BRASÍLIA - 2018

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

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: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

22/11/2018 Eduardo Luiz Santos Cabette
» Torpeza ou fraude bilateral no estelionato sob a ótica da vitimodogmática e da autoproteção

ARTIGOS

23/11/2018 Dennys Eduardo Cesar Silveira
» Política de benefícios e incentivos fiscais no Estado do Tocantins na promoção do desenvolvimento econômico sustentável

23/11/2018 Tania Maria Dalto

» Da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade na perspectiva do estudo do leading case: recurso de revista n. 1072- 72.2011.5.02.0384 da 7ª turma do (TST) Tribunal Superior do Trabalho

23/11/2018 Elizabeth Karielly Alves da Silva

» Tema: a (in)eficácia da tutela penal do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) à luz da divergência sobre a redução da maioridade penal

23/11/2018 Rafael Barros Pessanha Alves

» Crimes de roubo na cidade de Palmas-TO

23/11/2018 Jose Pedro Alves Neto

» Bullying e a responsabilidade civil de instituições de ensino público

23/11/2018 Franklin Guliver Soares

» Regime disciplinar diferenciado à luz direitos humanos

22/11/2018 Adailton Alves de Souza

» O compromisso de ajustamento de conduta como meio alternativo à instauração de processo disciplinar nas hipóteses de irregularidades de menor potencial ofensivo

22/11/2018 Fernando dos Santos Oliveira Lopes

» A herança jurídico-política da mulher no âmbito do Direito do Trabalho

22/11/2018 Gonzaleide Rodrigues de Sousa Assis

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

» Alienação parental: a atuação do poder judiciário na aplicabilidade da Lei 12.318/2010 e as formas de combate e coibição

22/11/2018 Magna Tavares Costa

» Medidas socioeducativas na ressocialização do menor infrator

22/11/2018 Camila Nascimento Barcellos

» Tributos no ordenamento jurídico brasileiro

21/11/2018 Laira Priscila Alves Milhomem

» A influência da mídia no processo penal e Tribunal do Júri

21/11/2018 Fabrícia Braga de Souza

» Violência de Gênero e as Políticas Públicas de Prevenção e Coibição da Violência contra a Mulher na Cidade de Casa Nova-BA

21/11/2018 Thiago Guedes Alexandre

» As licitações sustentáveis num contexto de Governança Ambiental

21/11/2018 Edson Dias de Souza

» Análise da motivação em uma empresa pública - como a valorização profissional interfere no fazer do servidor

20/11/2018 Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior

» A Lei n.º 13.655/2018 e as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: o novo regime de motivação das decisões judiciais e outras questões processuais nas esferas judicial e administrativa - percepções iniciais

20/11/2018 Anderson Ribeiro da Cruz

» Audiência de custódia em Palmas/TO: um olhar sobre a efetiva diminuição da população carcerária provisória em 2018

20/11/2018 Marcilene Dos Santos Araujo

» O transtorno do espectro autista: em busca do direito à garantia de uma educação inclusiva de qualidade.

19/11/2018 Patricia Alves da Silva

» Processo Administrativo Sanitário: os obstáculos à efetividade do poder de polícia da sua agência reguladora

19/11/2018 Waldoyana de Kácia Alves Queiróz
» A importância do ensino de constitucional e da cidadania na educação básica

19/11/2018 Ana Paula Lima Cardoso

» Abandono afetivo inverso: a inação de afeto e a responsabilidade civil dos filhos em relação aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

pais idosos

19/11/2018 Alanna Rodrigues Cavalcante

» Uma análise do trabalho escravo no Estado do Tocantins.

19/11/2018 Débora Alencar Assis Arruda

» A regulamentação da verticalização urbana de Palmas/TO e o seu impacto no novo Plano Diretor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

TORPEZA OU FRAUDE BILATERAL NO ESTELIONATO SOB A ÓTICA DA VITIMODOGMÁTICA E DA AUTOPROTEÇÃO

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

O crime de estelionato é previsto no artigo 171, CP e consiste, em linhas gerais, na indução ou manutenção de alguém em erro, para o fim de obtenção de indevida vantagem patrimonial em prejuízo da vítima.

Há discussão doutrinária a respeito da chamada "fraude ou torpeza bilateral". Isso ocorre quando a própria vítima do estelionato também atua com má fé. São os conhecidos casos do "bilhete premiado" e outros golpes que somente funcionam quando a pessoa visada pelo agente também obra de maneira torpe.

Rogério Greco apresenta e se filia à tradicional doutrina de Nelson Hungria, entendendo que "nesses casos, não seria possível a punição do agente pelo crime de estelionato". Não obstante, o próprio autor reconhece que o entendimento majoritário é "pela existência do delito de estelionato, não importando a má fé do ofendido, ou seja, se sua finalidade também era torpe (ilegal, imoral etc.)". [1] Andreucci afirma categoricamente que a "torpeza bilateral não descaracteriza o estelionato". [2]

Mirabete e Fabbrini, com fulcro nas lições de Vincenzo Manzini, Edgard Magalhães Noronha, Heleno Fragoso e Bento de Faria, também destacam o predomínio doutrinário no sentido de "ocorrer estelionato na fraude bilateral". O mesmo vale, conforme expõem os autores para a jurisprudência pátria dominante, a qual indica "que a torpeza simultânea não exclui o delito nem pode erigir-se em causa de isenção penal". [3] No mesmo diapasão, Celso Delmanto indica a prevalência da jurisprudência no sentido de não desnaturação do estelionato pela torpeza bilateral, inclusive com decisão do Supremo Tribunal Federal. [4]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Na mesma senda se apresenta o escólio de Nucci para quem a "torpeza bilateral em tese não afasta o delito, pois o tipo penal não exige que a vítima tenha boas intenções". [5] Não obstante, o mesmo autor afirma anteriormente que quando a vítima "se deixar envolver, por mera desatenção de sua parte", é defensável o entendimento da não configuração do delito. [6]

Esse vislumbre do autor brasileiro, embora não chegue a mencionar a fonte, é coincidente com o que se tem atualmente visto defender na dogmática estrangeira a respeito da aplicação da chamada "vitimodogmática" e da consideração da possibilidade de "autoproteção" da vítima para formar a convicção sobre a ocorrência ou não de infração penal. Sabe-se que a vitimodogmática trata especialmente do comportamento da vítima como precipitador da conduta criminosa, bem como das consequências desse fato. Oliveira, com fulcro nos entendimentos de Manuel Cancio Meliá e Jesús María Silva Sánchez, aponta como central na discussão vitimodogmática o estudo do comportamento da vítima no seio da ciência penal e como em que medida esse comportamento pode influir na determinação da responsabilidade do autor do crime. [7]

Uma autora como Tatjana Hörnle trata da questão exatamente tendo como paradigma o crime de estelionato, indicando para a necessidade de verificar o comportamento da vítima e sua atuação efetiva ou não em autoproteção do próprio patrimônio para chegar a uma conclusão positiva sobre a configuração delitual:

> "Aun cuando se este de acuerdo que en la Parte Especial del CP alemán es necesaria, por ejemplo, una prohibición penal bajo la rubrica de 'estafa', [8] queda por discutir si y en su caso cómo repercute un grave descuido de la autoprotección por parte de la víctima en casos concretos". [9]

A vitimodogmática no bojo da literatura jurídico – penal alemã tem estudado a projeção da autoproteção com relação à solução de problemas de interpretação de certos tipos penais. Há grande destaque dessa discussão no que tange ao crime de estelionato ou outras fraudes patrimoniais, de forma que se tem considerado que a existência de uma séria dúvida quanto à presença de fraude contra si por parte da vítima e sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

inércia em apurar devidamente a situação, a tornaria indigna de proteção penal. [10]

Assim sendo:

> "Conforme a un modelo de sociedad contractual, el Estado únicamente tendrá reconocido el uso de la pena cuando tanto las otras posibilidades de intervención estatal como las posibilidades de protección independente de los bienes jurídicos alcancen sus limites. En primer lugar, según Schünemann, el próprio ciudadano debe mantener la disponibilidad sobre sus bienes jurídicos; así, solo necesita al Estado cuando fracasa su autoprotección. Sólo en esta medida el contrato social autoriza el uso de un poder penal". [11]

Entretanto, não é totalmente pacífico, mesmo dentre os defensores da aplicação das considerações vitimodogmáticas acima expostas, qual seria a melhor construção de uma solução para a interpretação e aplicação dos tipos penais em situações de negligência vitimal em relação à autoproteção de bens jurídicos.

Há objeções quanto a uma suposta divisão do injusto entre o autor e a vítima, de tal forma que, mesmo havendo o cometimento do ilícito, não reste reprimenda a aplicar ao seu autor. Nesse passo, se o autor infringiu um tipo penal existente, restaria inevitavelmente o "desvalor da conduta de desrespeito da norma". E se o tipo penal existe com a função de proteção dos bens jurídicos das vítimas, havendo sua infração, não seria admissível uma suposta "compensação" com a desatenção vitimal ante as possibilidades de autoproteção. Disso resultaria que o fato de a vítima renunciar ou negligenciar à sua autoproteção, pode conduzir a uma redução do injusto, mas jamais à sua supressão. Ocorre que, mesmo diante dessas objeções, não se descarta de forma geral e peremptória, uma possível "renúncia ao castigo". Tal renúncia ainda seria possível sempre que o "desvalor do resultado" da conduta fosse insignificante, diante da diminuição do injusto ocasionada pela omissão de autoproteção por parte da vítima. [12]

Parece bastante claro que, de acordo com esse pensamento, uma negligência vitimal tal que chega ao ponto de haver, por parte da vítima, uma atuação de má fé (torpeza ou fraude bilateral no estelionato), sem a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

qual o ilícito jamais se consumaria, levaria certamente a um afastamento da configuração do tipo penal ou, no mínimo, a uma redução tal do injusto, apta a impedir a aplicação de pena ao autor. Como afirma Hörnle, seria o caso de permitir a renúncia à pena ou, ao menos, sua diminuição considerável sempre que o vitimado , apesar de conhecer o risco atual a que estava se submetendo, acaba omitindo o cuidado possível e razoável apto a evitar danos. [13]

Conclui-se que, apesar de praticamente assentado, de forma quase unânime, na doutrina e jurisprudência brasileiras que a fraude ou torpeza bilateral não desnatura o estelionato, esse pensamento é passível de reavaliação crítica diante de argumentos dogmáticos encontráveis dentre autores alemães, bem como, também, na doutrina brasileira, a exemplo da clássica lição de Nelson Hungria, abraçada por Rogério Greco e da intuição de Nucci ao destacar a importância da "absoluta desatenção da vítima" como elemento capaz de desconfigurar o estelionato.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Código Penal Anotado*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERTACHINI, Núria. Espanhol Jurídico. Disponível em www.migalhas.com.br, acesso em 17.07.2018.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11ª. ed. Niterói: Impetus, 2017.

HIRSCH, Andrew Von, SEELMAN, Kurt, WOHLERS, Wolfgang, PLANAS, Ricardo Robles. *Límites al Derecho Penal*. Trad. Ricaro Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 30ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9ª. ed. São Paulo: RT, 2008.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: RT, 1999.

---

[1] GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 11ª. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 677.

[2] ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Código Penal Anotado*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 453.

[3] MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 30ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 289 – 290.

[4] DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 305.

[5] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9ª. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 787.

[6] Op. cit., p. 786.

[7] OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 133.

[8] Esclareça-se que, conforme Bertachini, "Estafa é como se denomina, em espanhol, o delito de enganar alguém para causar prejuízo patrimonial, com ânimo de lucro", ou seja, o correspondente ao nosso estelionato. Cf. BERTACHINI, Núria. Espanhol Jurídico. Disponível em www.migalhas.com.br, acesso em 17.07.2018.

[9] HÖRNLE, Tatjana. Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección. In: HIRSCH, Andrew Von, SEELMAN, Kurt, WOHLERS, Wolfgang, PLANAS, Ricardo Robles. *Límites al Derecho Penal*. Trad. Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012, p. 89.

[10] Op. cit., p. 90. A autora cita como aderentes a esta posição estudiosos como Amelung, Hassemer e Schünemann.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[11] Op. cit., p. 91.

[12] Op. Cit., p. 95.

[13] Op. Cit., p. 97 – 98.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

POLÍTICA DE BENEFÍCIOS E INCENTIVOS FISCAIS NO ESTADO DO TOCANTINS NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

DENNYS EDUARDO CESAR SILVEIRA:
Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ANTÔNIA MARIA DA SILVA

(Orientadora)[1]

RESUMO: O presente trabalho analisa o ICMS sob o enfoque dos incentivos fiscais, tendo por enfoque o Estado do Tocantins, buscando verificar as vantagens e desvantagens do emprego de incentivos fiscais. O Estado passa a atrair investimento em áreas que considera prioritárias para o desenvolvimento socioeconômico em uma espécie de 'parceria' com particulares, os quais deverão fazer a sua parte. Os Estados deverão observar as normas, princípios e leis atinentes à concessão de benefícios. Na conclusão do presente estudo, cita-se que os incentivos fiscais podem ser muito vantajosos para o desenvolvimento regional, isso se o gestor buscar seguir os ditames normativos referentes a concessão dos incentivos, a sociedade, empresas e governo poderão ganhar significativamente com o desenvolvimento econômico a ser alcançado.

Palavras chave: ICMS. Incentivos Fiscais, Tributos.

ABSTRACT: The present work analyzes the ICMS under the fiscal incentives approach, focusing on the State of Tocantins, seeking to verify the advantages and disadvantages of the use of tax incentives. The State starts to attract investment in areas that it considers to be a priority for socioeconomic development in a kind of partnership with private individuals, who must do their part. States shall observe the rules, principles and laws pertaining to the granting of benefits. At the conclusion of the present study, it is mentioned that the fiscal incentives can be very advantageous for the regional development, this if the manager seeks to follow the normative dictates regarding the concession of the incentives,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

the society, companies and government can gain significantly with the economic development To be achieved.

Keywords: ICMS. Tax breaks. Taxes.

INTRODUÇÃO

Os incentivos fiscais são instrumentos importantes para promover o desenvolvimento econômico e social dos Estados. Por seu intermédio, as empresas e indústrias são estimuladas a investir na região, garantindo emprego, renda, concorrência e melhorias na qualidade de vida da população local.

O incentivo fiscal também busca estimular a livre iniciativa econômica, na medida em que, por seu intermédio, organizações econômicas surgem para ofertar novos serviços e' produtos para a sociedade.

Contudo há aspectos negativos, tais como, falta de critérios de muitos gestores na concessão do benefício, margem para a corrupção, beneficiamento de certas empresas em detrimento de outras e, o mais conhecido, guerra fiscal entre os Estados, na disputa por determinadas empresas.

Não há, todavia, possibilidade desses percalços prejudicarem os incentivos fiscais concedidos pelos Estados para atrair indústrias e empresas de um modo geral para as respectivas regiões. Contudo, ainda existem as chamadas ‘‘guerras tributárias’’ entre os governantes brasileiros, fator que prejudica significativamente determinadas regiões e que poderá trazer uma série de prejuízos aos entes da Federação.

A guerra fiscal poderá ser maléfica aos interesses da sociedade. São, em linhas gerais, ações de governantes atinentes aos incentivos fiscais em disputa com os outros dirigentes de outros estados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Ocorre que a situação em médio prazo poderá se complicar, tendo em vista que gradativamente os estados vão disputando entre si, de maneira tal que os fundamentos do desenvolvimento regional virem apenas diretrizes de guerra.

Os incentivos fiscais consistem em um apanhado de políticas econômicas que buscam facilitar o desenvolvimento regional por intermédio de uma cobrança menor de certos impostos, com o fulcro de promover o aquecimento econômico e a geração de empregos naquela região. Ante o exposto, o objetivo do presente trabalho consiste em analisar as vantagens e desvantagens dos incentivos fiscais concedidos pelo Estado do Tocantins.

A problemática consiste em abordar os aspectos negativos e positivos da política de incentivos fiscais do Estado do Tocantins, cuja metodologia empregada é o método indutivo, porquanto parte de uma situação geral para uma específica, que é a pesquisa formulada e, a metodologia utilizada na pesquisa é a bibliográfica e documental, com uma ampla revisão literária para embasar a proposta da temática do estudo aqui formulado.

A IMPORTÂNCIA DOS TRIBUTOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, por meio do tributo, exerce a atividade de arrecadação. Esse procedimento é fundamental para que o Estado possa desenvolver os gastos necessários para a população. Afinal, é necessário dinheiro para que a Administração possa cumprir com o seu papel nas despesas pertinentes à saúde pública, segurança entre outros. Os tributos garantem ao Estado o exercício do bem comum.

Se o ato de pagar tributos fosse voluntário o Estado não conseguiria trazer para si os recursos necessários para o bem da coletividade e para a tutela do bem comum. Caso fosse uma opção a contribuição financeira para com a Administração, poucos contribuintes deixariam parte de seus ganhos para o Estado. A falência seria certa e a sociedade correria riscos severos para sua sobrevivência. Isso porque as ações do Estado, de uma forma geral, no âmbito da saúde, segurança, educação, previdência, entre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

outras, são necessárias para o bem-estar e sobrevivência da sociedade (AMARO, 2012).

Afinal, é necessário dinheiro para que a Administração possa cumprir com o seu papel nas despesas pertinentes à saúde pública, segurança entre outros. Os tributos garantem ao Estado o exercício do bem comum (CARVALHO, 2014).

De acordo com a lição acima exposta, os tributos são fundamentais para o estimulo à solidariedade social no que tange às despesas do Estado, no entanto o contribuinte deverá realizar alguma ação descrita como fato gerador para que se torne responsável pelo pagamento do tributo.

Lessa Bastos explana que:

> O Estado desempenha suas atividades visando sempre o bem comum. Essas atividades estatais geram despesas que precisam ser custeadas. Assim, o financiamento das atividades estatais depende da aquisição de recursos financeiros. Para tanto, o Estado às vezes se vale do seu próprio patrimônio e, em outras, vale-se da soberania outorgada pelo povo para retirar parcelas de riqueza dos indivíduos para fazer frente às despesas que a máquina pública produz. Nesse último caso, o indivíduo tem uma participação efetiva no custeio das atividades direcionadas ao bem comum. (BASTOS, 2012, p. 68)

Conforme a autora, considerando que as atividades estatais visam o bem da sociedade como umas todas estas atividades deverão ser custeadas por alguém. Com isso, os tributos tornam se necessários no sentido de proporcionar ao Estado a possiblidade desempenhar os seus deveres.

Os impostos consistem, de acordo com o artigo 16 do Código Tributário Nacional, em espécie de tributo que tem por obrigação, pertinente ao fato gerador, um fato independentemente de qualquer tipo de ação estatal específica àquele que contribui. Assim, o imposto ocorre

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

independentemente de atividade especifica da Administração Pública em favor do contribuinte.

Os impostos são classificados em diretos ou indiretos. O imposto direto ocorre quando a pessoa que paga é a mesma que recolhe o mesmo aos cofres públicos, ocorre no imposto de renda quando a pessoa paga direto da fonte de pagamento. No imposto indireto, que tem por maior exemplo o ICMS, o contribuinte, ao comprar um produto ou serviço, indiretamente paga pelo imposto, o qual está acoplado ao preço dos bens e serviços adquiridos. Desse modo, enquanto o imposto direto incide sobre a renda do contribuinte, o indireto ocorre tendo por base o produto ou serviço (PEGAS, 2015).

O Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS incide sobre produtos e serviços e é de competência estadual. Apesar de ser regulamentado por Lei federal, poderá também ter regulamentação mais especificas em leis estaduais, desde que estas não ultrapassem os seus limites legislativos previstos na Constituição Federal e demais ordenamentos federais.

CONTEXTUALIZAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPOSTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO/ICMS

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) é um imposto incluído na competência tributária dos Estados e Distrito Federal.

Sua incidência recai sobre:

(i) a circulação de mercadorias;
(ii) prestações de serviços de transporte interestadual;
(iii) prestações de serviços de transporte intermunicipal;
(iv) serviços de comunicações;
(v) energia elétrica;
(vi) a entrada de mercadorias importadas;
(vii) serviços prestados no exterior.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

O fato gerador do ICMS é a saída da mercadoria do estabelecimento comercial do contribuinte, fornecimento de refeições e da prestação de serviços de transporte, dentre outros.

Cada Estado da Federação possui liberdade para estabelecer regras próprias relacionadas à cobrança desse imposto, desde que se respeitem os requisitos mínimos que a Constituição Federal e a Lei Complementar do ICMS estabelecem (CARAZZA, 2012).

Um dos primeiros países a tributar o consumo foi o Brasil, segundo Flenik (2016). Em 1922, criou-se o Imposto de Vendas Mercantis (IVM) pela Lei Federal nº 4.625/22 (BRASIL, 1923). Este imposto estabelecia as relações jurídicas denominadas "em cascata", ou seja, em que havia cumulatividade das incidências. Esse método de tributação determinava a ocorrência de exação para cada mudança de titularidade da mercadoria, aplicando-se a alíquota no valor da transação, acrescentando à nova base de cálculo na operação seguinte, a qual retornava a ser totalmente tributada, e assim, sucessivamente, até que a venda fosse efetivada com consumidor final.

Com a Constituição de 1934, a incidência do IVM estendeu-se às operações de consignação mercantil. Estava criado então o Imposto de Vendas e Consignações (IVC). Até a promulgação da Constituição de 1934, o IVM foi de competência federal. O artigo 8º desta Constituição transferiu essa responsabilidade para os Estados. Entretanto, a Carta de 1934 não alterou o caráter de cumulatividade deste imposto, o que onerou, cada vez mais, este imposto, estimulando a verticalização das empresas com o objetivo de eliminar a quantidade de etapas do processo de comercialização e assim fazer o número de incidências do imposto decrescer.

O tributo sofreu então significativa reformulação, tendo como novidade mais significativa a não-cumulatividade das incidências, isto é, a possibilidade de diminuir, em cada operação mercantil, o valor tributado na operação anterior pelo confronto dos débitos, quando a mercadoria saía de um estabelecimento, com os créditos relacionados à sua entrada no estabelecimento do contribuinte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Nessa época, o Decreto-Lei 406/68 regulamentava o ICM. Com a promulgação da Carta de 1988, o ICM passou por significativas alterações. Dentre as quais, uma substancial ampliação no seu limite material, em virtude da fusão do antigo Imposto sobre Circulação de Mercadorias com cinco outros tributos federais: o imposto sobre transportes, sobre comunicações, além dos impostos únicos sobre minerais, combustíveis e lubrificantes e sobre energia elétrica. Instituiu-se, assim, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Intermunicipal e Interestadual e de Comunicações – ICMS.

A Constituição Federal de 1988 assumiu o encargo de instituir os princípios fundamentais do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, referendando-a própria esta função.

Sua regulamentação, no entanto, veiculou-se, por aproximadamente dez anos, pelo Convênio ICMS nº 66/88, em cumprimento ao §8º do artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que determinava que, após a promulgação da Constituição, se no prazo de sessenta dias, não se editasse lei complementar sobre a instituição do ICMS, os Estados e o DF determinariam por fixar normas que regulassem provisoriamente a matéria.

O provisório contido no ADCT vigorou de 1988 até 1996, com o surgimento da Lei Complementar nº 87/96, Lei Kandir, que objetivava regulamentar definitivamente a instituição do ICMS, até então regida pelo Convênio nº 66/88, como determinava a Constituição Federal de 1988. Posteriormente, a Lei Complementar nº 87/96 sofreu algumas alterações relevantes com a edição das Leis Complementares nº 102/2000,114/2002 e 115/2002 e da Emenda Constitucional nº 33/2001 (FLENIK, 2016). Desta forma, o ICMS incide sobre as operações de circulação de mercadorias e de prestação de serviços de telecomunicações e transportes, não restritos aos municípios, sendo qualificado como "relações jurídicas entre sujeitos econômicos", quer estejam relacionados a pessoas físicas ou jurídicas (MORATO, SILVA, 2015).

De acordo com o Código Tributário Nacional, art. 121 §único, “Substituição Tributária é a instituição pela qual uma terceira pessoa, sem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

ser contribuinte, é, por lei, investida em sujeito passivo da obrigação principal e assim obrigada a satisfazer o tributo" (FREITAS, 2015, p. 571). A principal característica dessa instituição é que o imposto fica retido na fonte do seu fornecimento, pelo fabricante que vende o produto para o varejista ou para o distribuidor.

Nos procedimentos interestaduais, essa sujeição é regida por convênios e protocolos que o Estado tenha celebrado com outra entidade. Se o convênio inexistir, o imposto será recolhido no primeiro obstáculo do território brasileiro (FERREIRA, 2014).

A substituição tributária consiste no fato de imputar a responsabilidade por obrigação tributária a terceiro, o qual não praticou o fato gerador, mas que possui vinculação indireta com o contribuinte real. Este é um mecanismo antigo, oriundo do sistema impositivo que vigorava, no século XVIII, na Europa, sendo que os tributantes empregavam como uma maneira de ampliar a sujeição passiva tributária (VALERIO, 2012).

A sujeição passiva por substituição é uma ferramenta encontrada em diversas legislações de diversos países, a exemplo de Portugal e Espanha. No Brasil, o desenvolver do regime de substituição tributária é semelhante à história do ICMS, por causa da necessidade de tornar viável a sua criação e cobrança. É assim que o artigo 19, inciso IV da Constituição de 1946 conferia aos Estados a competência para instituir o imposto sobre vendas e consignações ''efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais, isenta, porém, a primeira operação do pequeno produtor, conforme o definir a lei estadual''.

Por outro lado, a Carta Magna de 1967, no seu artigo 24, inciso II, determinava como competência dos Estados e do Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias. Em outubro de 1969, a Emenda Constitucional nº. 01, de 17 de outubro de 1969, delegou à Lei Complementar a criação de outras categorias de contribuintes do antigo ICM.

O fundamento legal do regime de substituição tributária é o Código Tributário Nacional. Desta forma, o advento do Código Tributário Nacional

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

inaugurou a fundamentação legal do regime de substituição tributária, através da sujeição passiva por responsabilidade, disciplinada pelo art. 128 do citado Diploma Legal (NASCIMENTO, 2014).

Com tal fundamento, que autorizava a atribuição a terceira pessoa, que não o próprio contribuinte, vinculada ou não ao fato gerador, a responsabilidade pelo crédito tributário, surgiu embrionariamente a figura da responsabilidade tributária por substituição.

O próprio CTN, nas suas disposições primitivas sobre o Imposto Estadual referentes a Operações Relativas à Circulação de Mercadorias, já estatuía a figura da substituição tributária no art. 58, § 2º.

> Art. 58. § 2º. A lei pode atribuir a condição de responsável:
> I – ao comerciante ou industrial, quanto ao imposto devido por produtor pela saída de mercadoria a eles destinada: II – ao industrial ou comerciante atacadista, quanto ao imposto devido por comerciante varejista, mediante acréscimo, ao preço da mercadoria a ele remetida, de percentagem não excedente de 30% (trinta por cento) que a lei estadual fixar.

Analisando o inciso I, do referido artigo, constata-se que estava prevista a substituição tributária regressiva, enquanto no inciso II, a substituição tributária é progressiva. O art.13 do Decreto-lei 406, de 31 de dezembro de 1968, revogou as disposições do CTN sobre o ICM estadual, passando, assim, a ser o instrumento legal que regulamentaria o referido imposto.

Com o surgimento da Lei Complementar nº 44, de 07 de dezembro de 1983, modificando os dispositivos do Decreto-lei nº 406/68, as Fazendas Públicas estaduais passaram a atribuir a condição de responsáveis do tributo devido a terceiros. Essa autorização, no entanto, deveria ser prevista em lei (FLENIK, 2016).

Atualmente, segundo a mesma fonte, com o advento da Constituição Federal de 1988, a matéria exigiria lei complementar, conforme

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

reza o art. 155, § 2º, XII, b. Esta lei deveria ser publicada no prazo de 60 dias a partir da promulgação da Constituição. O § 8º, do art. 34 do ADCT, possibilitou que Estados e Distrito Federal fixassem normas regulamentando a matéria, se a lei complementar não fosse editada no prazo estipulado.

Estados e o Distrito Federal, em 1988, celebraram o Convênio 66, datado de 14 de dezembro deste mesmo ano, que, além de prever o pagamento antecipado do imposto, possibilitava a terceira pessoa a condição de substituto tributário, conforme o art. 25 do referido Diploma Legal.

No âmbito do ICMS, a Lei Complementar (LC) nº 87, datada de 13 de setembro de 1996, regulamentou o preceito constitucional previsto no § 7º, do art. 150. Desta forma, a referida lei traz, no seu bojo, do artigo 6º ao 10º o arcabouço jurídico do instituto.

Há duas modalidades de substituição tributária: a regressiva e a progressiva. Na primeira hipótese, a lei confere a responsabilidade a quem adquiriu a mercadoria ou produto, observando-se a postergação do pagamento do tributo. Na segunda, a lei prevê que a responsabilidade tributária recaia sobre terceiro, que paga antecipadamente o tributo, tendo em vista a ocorrência do fato gerador futuro.

A substituição tributária progressiva, também denominada de "por antecipação" ou "para frente", consiste no regime de tributação que se caracteriza pela determinação de uma pessoa, por força de lei, ser responsável pelo pagamento do imposto de terceiros, chamados de substituídos, que se situam na continuação da cadeia econômica, ou seja, cujos fatos geradores devem posteriormente acontecer (PIRES, 2016).

A substituição tributária tem significativa importância para a arrecadação estadual do ICMS, pois possibilita arrecadação máxima, além de combater eficazmente a sonegação, com um esforço operacional mínimo por parte dos órgãos fiscalizadores, porque concentra a atividade fiscal, antes disseminado entre diversos sujeitos passivo, em poucos, senão em apenas um contribuinte.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

POLITICA DE BENEFÍCIOS E INCENTIVOS FISCAIS NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL - CONCEITUALIZAÇÃO E HISTÓRICO

É necessário traçar uma conceituação de incentivos fiscais, objetivando, com isso, aclarar o instituto em tela. Assim, conforme ensinamento de Geraldo Ataliba (2010, p. 167) esclarece:

> Os incentivos fiscais consistem, basicamente, em espécie de renúncia de receitas públicas para o administrador público e benefícios aos administrados (contribuintes), objetivando o desenvolvimento econômico e regional, o aumento de saldo da balança comercial, o desenvolvimento do parque industrial nacional, a geração de empregos, a colocação de produtos de fabricação nacional no mercado externo, dentre outros

Conforme destacado, os incentivos fiscais são uma espécie de renúncia fiscal, na qual o Estado, objetivando o desenvolvimento socioeconômico de certa região, deixa de cobrar certos tipos de tributos da iniciativa privada. Para Kishi Harada (2010, p. 3):

> Incentivo fiscal é um conceito da Ciência das Finanças. Situa-se no campo da extra fiscalidade e implica redução da receita pública de natureza compulsória ou a supressão de sua exigibilidade. É um instrumento do dirigismo econômico; visa desenvolver economicamente determinada região ou certo setor de atividade.

Assim, o incentivo fiscal também em implicação nas finanças do Estado, tendo em vista que o poder público reduz as receitas públicas, por intermédio do dirigismo econômico, para desenvolver setores específicos da economia. Desse modo, os incentivos fiscais deverão se manifestar por intermédio de certas ações de natureza tributária. A esse respeito Geraldo Ataliba (2010, p. 167) esclarece:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Os incentivos fiscais manifestam-se, assim, sob várias formas jurídicas, desde a forma imunitória até a de investimentos privilegiados, passando pelas isenções, alíquotas reduzidas, suspensão de impostos, manutenção de créditos, bonificações, créditos especiais – dentre eles os chamados créditos-prêmio – e outros tantos mecanismos, cujo fim último é, sempre, o de impulsionar ou atrair, os particulares para a prática das atividades que o Estado elege como prioritárias, tornando, por assim dizer, os particulares em participantes e colaboradores da concretização das metas postas como desejáveis ao desenvolvimento econômico e social por meio da adoção do comportamento ao qual são condicionados.

Assim, os incentivos fiscais se dividem em diversas formas, seja por manutenção de benefícios, redução de alíquotas, entre outras.

Os incentivos fiscais não são um instituto recente na legislação. Seu advento ocorreu em 1959 com a criação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE. Posteriormente, em 1966 foi criada a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia – SUDAN.

Por outro prisma, na década de 60 houve intensa imigração de pessoas do campo para as cidades, fato que desencadeou em desemprego e marginalização. Com isso, os governantes tiveram que lançar mão de incentivos fiscais para estimular a economia e, consequentemente, a geração de emprego e distribuição de renda.

A esse respeito Adilson Rodrigues Pires (2016, p. 69.) explica:

> Com essa perspectiva foram criados os incentivos fiscais, que se apoiam, há muitos anos, em mecanismos que desoneram certas realidades econômicas passiveis de tributação ou reduzem a renda tributável. Contudo, a política de incentivos fiscais não tem, efetivamente,

> servida como fator de transferência de recursos para as camadas mais pobres.

Mesmo não beneficiando diretamente para a geração de recursos para as populações mais pobres, conforme consignado *supra,* a redução de renda estimulou o desenvolvimento de certos setores na década de sessenta, o que facilitou na contratação de mão de obra na época.

Sobre o período compreendido entre as décadas de 50 e 60, vale destacar que, conforme consignado no site do Ministério da Integração Nacional, destacado os aspectos que orbitaram em torno da criação da SUDAN E SUDENE:

> Vale salientar que naquela ocasião, Norte e Nordeste do Brasil encontrava-se com a evolução dos processos produtivos restritos quase que exclusivamente à atividade do setor primário ou agroindustrial, em culturas extensivas concentradas no litoral com utilização intensa de mão-de-obra não especializada e temporária, como a cana-de-açúcar, o café e o cacau ou extração de madeira. Essas regiões acumulavam uma dívida de anos de história republicana ao tempo em que a sociedade colonial extrativista delineava uma economia de alto grau de exploração de mão-de-obra, péssima distribuição de renda, onde o processo político evoluía em oligarquias territoriais, que limitavam seus domínios econômicos em agriculturas extensivas não mecanizadas e parques industriais limitados a engenhos de cana e usinas de açúcar ou extração de madeira bruta. Vivia-se nesta realidade o século XIX em plenos meados do século XX. É neste cenário que o incentivo de isenção do Imposto de Renda consigna a ideia de diversificação da economia regional mais consistente.

Assim, tendo em vista a situação vulnerável na qual se encontrava as duas regiões epigrafadas eram necessárias que o governo traçasse

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

estratégias econômicas para estimular a economia de região. Assim recorreu-se aos incentivos ficais, conforme continua o site ministerial:

> Os Incentivos Fiscais (isenção, redução e reinvestimento do Imposto sobre a Renda e adicionais não restituíveis incidentes sobre os resultados operacionais das empresas) foram criados para efetivar as políticas em comento, respectivamente na Amazônia Legal, na Região Nordeste e no norte dos Estados do Espírito Santo e Minas Gerais. Esses Incentivos objetivavam promover o Desenvolvimento Regional, hoje estimulando o crescimento de microrregiões e setores da economia considerados prioritários pelo Poder Executivo.

Com os incentivos Fiscais, as políticas de desenvolvimento da Região Norte e Nordeste, bem como a Amazônia Legal per si. Com isso, os setores da economia, consideradas como indispensáveis ao Estado passaram a ter, de forma gradativa, ações positivas em matéria de desoneração e investimentos.

Os incentivos fiscais têm previsão na Constituição Federal e na Lei de Responsabilidade Fiscal, sem prejuízo de outras leis municipais, estaduais ou federais, que deverão seguir as diretrizes dos dois diplomas legais explicitados acima.

Eis o que estabelece o artigo 151, inciso I, da Carta Magna:

> Art. 151. É vedado à União: I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Assim, o texto constitucional prevê os incentivos fiscais, desde que sejam destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico das regiões do País.

De igual modo, o texto constitucional, no art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, manteve a Zona Franca de Manaus e seus respectivos incentivos fiscais. A Lei de Responsabilidade Fiscal, por seu turno, também prevê o instituto em epígrafe. Chamada na citada lei de renúncia de receita, os incentivos fiscais estão previstos no artigo 14, o qual estabelece:

> Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:
>
> I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;
>
> II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.
>
> § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> § 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

Nota-se que existe uma série de limitações ao instituto de isenção fiscal, os quais deverão ser criteriosamente analisados antes da concessão do benefício, sobre o risco de afronta à legalidade.

A guerra fiscal poderá ser maléfica aos interesses da sociedade. São, em linhas gerais, ações de governantes atinentes aos incentivos fiscais em disputa com os outros dirigentes de outros estados. Dulci (2012, p. 97) faz as seguintes considerações sobre a guerra fiscal:

> Ao lado dos fatores apontados, que permitem entender a gravidade do quadro recente, convém dar atenção a fontes mais remotas das disputas entre os estados. Sob esse ângulo, a raiz das operações de guerra fiscal encontra-se no processo de desenvolvimento desigual, ou melhor, em estratégias de recuperação econômica dotadas por unidades importantes da federação para enfrentar o seu atraso relativo.

Assim, as disputas dos Estados por certos tipos de investidores encontram guarida no desenvolvimento desigual entre os entes federativos. No caso do setor automobilístico, poderá ocorrer por uma série de benefícios de determinado estado, conforme exemplificado, a determinada montadora para que esta deixe de investir em outra região. Ocorre que a situação em médio prazo poderá se complicar, tendo em vista que gradativamente os estados vão disputando entre si, de maneira tal que os fundamentos do desenvolvimento regional virem apenas diretrizes de guerra.

Simões Valentin (2010, p. 4) destaca que:

> O tema "guerra fiscal" vem assumindo importância crescente, frente aos benefícios fiscais e financeiros que vêm sendo concedidos de forma generaliza pelos estados às grandes empresas, para que estas se instalem em seus territórios. Estes benefícios têm produzido, acreditam alguns estudiosos, concorrência predatória entre os estados, contribuindo para agravar a crise financeira em que se encontram. O que se tem, de fato, é um confronto entre interesses econômicos dos estados, os quais através de concessão de benefícios, que geralmente são via ICMS, buscam favorecer suas economias internas. Muitas vezes as consequências econômicas da "guerra fiscal" são danosas ao desempenho econômico.

Observa-se, diante do exposto, que a guerra fiscal poderá prejudicar o desempenho econômico em virtude do artificialismo tributário e a concorrência predatória dos Estados. Isso poderá aprofundar as crises existentes, tendo em vista que determinada região irá 'perder' a guerra e ser distanciada dos investidores. A economia, com isso, fica vulnerável e volúvel.

INCENTIVOS FISCAIS NO ESTADO DO TOCANTINS E O ENFOQUE DAS VANTAGENS E DESVANTAGENS

No Estado do Tocantins existe uma série de incentivos fiscais.

Sua regulamentação ocorre por intermédio de várias legislações, entre as quais a Lei n° 1.201, de 29 de dezembro de 2000, por exemplo, a qual estabelece benefícios para as empresas atacadistas, entre outras legislações. Abaixo serão listados apenas alguns exemplos, considerando que é vasta a relação de incentivos estaduais. Para fins de exemplificação, apenas alguns incentivos fiscais estaduais serão trazidos ao presente estudo, haja vista a vasta gama de empresas beneficiadas.

O Tocantins é o mais novo estado brasileiro e, mesmo com uma industrialização imatura, consiste em um dos mais promissores para se

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

investir. Além dos investimentos na indústria e comercio atacadista, por exemplo, o Estado também possui forte potencial turístico. A qualidade de vida também é referência na capital. Palmas alcançou o patamar de melhor Índice de Desenvolvimento Humano entre as capitais brasileiras (IDH 0,788) (ESTADO DO TOCANTINS, 2013).

Abaixo serão listados alguns exemplos de incentivos fiscais no Estado do Tocantins.

Indústrias com interesse em expansão ou em implementação.

As indústrias, com interesse de expansão ou mesmo em implementação, possuem isenção de ICMS nas operações que atendam aos seguintes requisitos:

> i) Nas operações internas e nas importações de matéria-prima e insumos, semielaborados ou acabados, utilizados nos processos de industrialização; ii) Nas vendas internas destinadas a órgãos públicos; ?Sobre a energia elétrica consumida pela empresa; iii) Nas operações internas e nas importações de máquinas e equipamentos destinados a integrar o ativo fixo; iv) Referente ao diferencial de alíquota nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo (ESTADO DO TOCANTIN S, 2013).

Outras empresas que possuem projetos que apresentem viabilidade econômico-financeira, com interesse em implantação, revitalização ou expansão de unidade industrial, agroindustrial, comercial atacadista e turística. Tal incentivo fiscal é trazido pela Lei nº 1.355, de 19 de dezembro de 2002.

Comércio eletrônico

O comércio eletrônico também é beneficiado com os incentivos fiscais desde que as empresas, como requisito, pratiquem atividade comercial, exclusivamente, via Internet ou de vendas por correspondência. A incidência consiste em 1% de ICMS sobre o valor das

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

vendas a consumidores de outras unidades da Federação; 2% nas operações que importem do exterior mercadoria para revenda; Contribuição de 0,3% (sobre o faturamento mensal) ao Fundo de Desenvolvimento Econômico do Estado do Tocantins. A previsão tal benefício é concedida pela Lei nº 1.355, de 19 de dezembro de 2002.

Indústria de carne

A indústria de carne, considerando que o Tocantins é um grande exportador desse alimento, também possui incentivos fiscais significativos:

> Crédito fiscal presumido de: i)5% do imposto devido nas saídas de couro curtido (couro wet blue) e industrializado, sebo, osso, miúdo, chifres, casco de animais e outros subprodutos ou resíduos não comestíveis; ii) 2% do valor da operação, nas saídas interestaduais realizadas por estabelecimento abatedor com carnes de gado (bovino, bufalino e suíno) em estado natural, resfriadas ou congeladas; iii)9% do valor da operação, nas saídas interestaduais com carne desossada resultante do abate de gado (bovino, bufalino e suíno), embalada a vácuo e com registro no Serviço de Inspeção Federal – SIF do Ministério da Agricultura; iv) 9% do valor da operação, nas saídas interestaduais praticadas por produtores regularmente cadastrados, com gado vivo (bovino, bufalino e suíno), destinado ao abate em outra unidade da federação; v) 7% do valor da operação, nas aquisições de estabelecimento abatedor, por contribuinte deste Estado, de carnes em estado natural, resfriadas ou congeladas e dos subprodutos comestíveis resultantes do abate de gado (bovino, bufalino e suíno); vi) 5% do valor da operação, nas saídas interestaduais de gado vivo (bovino, bufalino e suíno), praticadas por produtor deste Estado (ESTADO DO TOCANTINS, 2013).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Observa-se que, considerando que o Tocantins é um exportador de carne, os incentivos fiscais poderão trazer como benefícios uma maior expansão nas exportações, trazendo saldos favoráveis para a balança comercial tocantinense. Influencia também no preço das carnes, deixando mais acessível aos consumidores finais.

Empresas de logística

Empresas de logística e distribuição que atuem no seguimento de transporte de carga também, se satisfeitos requisitos técnicos, incentivos fiscais no ICMS, nas prestações interna e interestadual, aplicado sobre o saldo devedor do ICMS decorrente das prestações realizadas.

Indústria de confecção

Os beneficiários poderão ser os seguintes: Empresas com atividade econômica no setor da indústria de confecção de artigos do vestuário e acessórios, constantes da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE de 1411801 e 1422300; • Cooperativas de fabricantes de vestuário e acessórios. A incidência é na carga tributária efetiva do ICMS de 2% do faturamento mensal. A regulamentação se dá pela Lei n° 1.385, de 09 de julho de 2003.

Comércio atacadista de remédios

Empresas que possuem atividade econômica relacionada ao comércio atacadista de medicamentos também podem ser beneficiadas com os incentivos fiscais. As vantagens, nesse caso, consistem em gerar emprego e renda e utilizar a capacidade logística do Estado. Há a substituição tributária do ICMS nas saídas e Carga tributária efetiva do ICMS de 3% nas operações internas; 1% nas operações interestaduais; 1% nas operações que importem do exterior mercadorias para revenda.

Comércio Atacadista

De acordo com a Lei 1.201, de 29 de dezembro de 2000, o comércio atacadista também pode ser beneficiado pelos incentivos fiscais. Poderão pleitear o benefício as empresas com atividades econômicas no comércio

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

atacadista, desde que possuam Termo de Acordo de Regime Especial – TARE e satisfaçam, cumulativamente, certas exigências. As vantagens são desenvolver o comércio atacadista e geração de emprego e renda.

Agroindústria

Poderão ser beneficiadas as empresas situadas no Estado que (1) disponham de fábrica de rações balanceadas e utilizem, preferencialmente, matéria-prima e insumos produzidos no Estado; (2) realizem, mesmo em parceria, o processo de reprodução, criação, abate, industrialização e comercialização de ovos, inclusive os férteis, aves, pintos de um dia, suínos, caprinos e ovinos; (3) realizem estudos genéticos; (4) de novas tecnologias de produção, criação e industrialização de aves, suínos, caprinos e ovinos. As vantagens consistem em implementar o crescimento e modernização do setor agropecuário; ampliar as exportações do segmento, considerando o potencial do Estado do Tocantins. Por fim, gera emprego e renda.

Os incentivos fiscais trazem uma série de vantagens. A principal vantagem consiste no fato dos incentivos fiscais contribuírem para a industrialização do Estado do Tocantins, o que faz gerar emprego e renda. Uma empresa beneficiada pode gerar centenas de empregos à população.

Apesar de estes benefícios contribuírem para o desenvolvimento da região, ainda há muito trabalho a ser desenvolvido. É necessária uma contínua preocupação no que tange à elaboração de medidas estruturadoras e de atração de indústrias e investimentos que, juntamente às demais políticas de concessão de incentivo, promovam a alavancagem da situação socioeconômica regional.

Com incentivos fiscais atraentes por meio de isenção de ICMS sobre vários itens da produção e serviços, crédito presumido de 100% do valor do ICMS e muitos outros benefícios, o Estado passa a ter novas empresas, incentivando o desenvolvimento socioeconômico.

As desvantagens dos incentivos consistem no fato delas não virem acompanhadas de outras políticas de desenvolvimento regional, bem como, por vezes, afetarem a economia, haja vista que poderão ser oferecidas sem critérios econômicos. Tal desvantagem é mobilizada pela falta de um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

planejamento nacionalmente integrado, executado pelo governo central, o que enseja em falta de parâmetros estaduais para os incentivos fiscais.

Essas políticas se revelam, na sua forma mais elementar, através da utilização generalizada de mecanismos de incentivos fiscais, beneficiando empresas que atendam os requisitos legais, com vista à atração de novos investimentos.

Ainda, o Estado do Tocantins poderá sofrer as consequências de disputas dos Estados por certos tipos de investidores, os quais encontram guarida no desenvolvimento desigual entre os entes federativos.

Para o Estado do Tocantins, região com baixo nível de desenvolvimento, é necessária a adoção de ações e políticas voltadas à redução das desigualdades. Na literatura econômica, percebe-se que a industrialização de uma região é o alicerce propulsor para o seu desenvolvimento uma vez que é possível identificar que a implantação de determinadas atividades produtivos e incentivos fiscais atraem outras atividades secundárias e estas, por sua vez, também compõem um papel importante no processo de redução das disparidades socioeconômicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de conclusão, observou-se que a justificativa do incentivo fiscal reside no fato deste estimular a economia, por meio da renúncia fiscal, na qual o Estado, objetivando o desenvolvimento socioeconômico de certa região, reduzir certos tipos de tributos da iniciativa privada.

O estudo, quanto ao objetivo e problemática proposta, buscou analisar as vantagens e desvantagens dos incentivos fiscais no Estado do Tocantins. Para tanto, foram analisados os incentivos fiscais de diversas organizações lucrativas, tais como empresas de carne, de logística, comércio eletrônico, empresas de medicamentos entre outras.

Como vantagens, os incentivos fiscais são:

i) Primordiais para o desenvolvimento econômico e social do Estado do Tocantins;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ii) As empresas e indústrias são estimuladas a investir na região, garantindo emprego, renda, concorrência, e melhorias na qualidade de vida da população local;

iii) O incentivo também busca estimular a livre iniciativa econômica, na medida em que, por seu intermédio, as empresas beneficiadas surgem para ofertar novos serviços e produtos para a sociedade.

As desvantagens, as quais foram frisadas ao longo do trabalho, consistem em: (i) consequente guerra fiscal entre os estados; (ii) falta de outras políticas de desenvolvimento regional, fazendo com que os incentivos fiscais sejam insuficientes por si só; e (iii) beneficiamento de empresas por questões políticas entre outros.

Destaca-se, por fim, que mesmo que a guerra fiscal sendo altamente prejudicial ao ordenamento econômico pátrio, não se pode negar a constitucionalidade dos incentivos fiscais fornecidos pelos Estados, desde que respeitados os limites da Constituição Federal e das leis pertinentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**.12.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ATALIBA, Geraldo, GONÇALVES, José Artur Lima. **Crédito-prêmio de IPI – direito adquirido – recebimento em dinheiro.** 2010. Revista de Direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 55, p.167.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 11 de maio de 2018.

_____ **Lei de Responsabilidade Fiscal**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 12 de maio de 2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 8. ed.. São Paulo: Malheiros, 2012.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22ª Edição. – São Paulo : Saraiva, 2014.

DULCI, Otávio Soares. **Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil**. Revista de sociologia e política Nº 18: 95-107 JUN. 2002.

ESTADO DO TOCANTINS. **Cartilha de incentivos fiscais.** Palmas: CDE, 2013.

_____.**Lei nº 1.173 de 02/08/2000.** Disponível em <www.diariooficial.to.gov.br> Acesso em 20 de maio de 2018.

_____.**Lei nº 1.303 de 20/03/2002**. Disponível em <www.diariooficial.to.gov.br> Acesso em 20 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 1.349 de 13/12/2002**. Disponível em <www.diariooficial.to.gov.br> Acesso em 20 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 1.355 de 19 de dezembro de 2002.** Disponível em <www.diariooficial.to.gov.br> Acesso em 20 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 1.695 de 13/06/2006**. Disponível em <www.diariooficial.to.gov.br> Acesso em 20 de maio de 2018.

_____ **Lei nº 2.229 de 03/12/2009.** Disponível em <www.diariooficial.to.gov.br> Acesso em 20 de maio de 2018.

FERNANDES, Odimir et a**l. Lei de execução fiscal comentada eanotada: lei 6.830, de 22. 09. 1980: doutrina, prática, jurisprudência.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERREIRA, Alexandre Henrique Salema**. A substituição tributária progressiva no campo de incidência do ICMS** . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2014.

LIMA, Fernando Machado da Silva. **Contribuição de melhoria** . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. **Incentivos fiscais – Histórico**. Disponível em: http://www.integracao.gov.br/historico3. Acesso em 13 de maio de 2018.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Comentários ao Código Tributário Nacional**.. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEGAS, Paulo Henrique. **Manual de contabilidade tributária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

PIRES, Adilson Rodrigues. **Contradições no direito tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VALÉRIO, Walter Paldes. **Programa de Direito Tributário**. 7. ed. Porto Alegre.: Sulina, 2012.

VALETIM. Marilena Simões. **A guerra fiscal no Brasil: Impactos econômicos.** Disponível em < http://www.achegas.net/numero/quatorze/marilena_v_14.htm> Acesso em 14 de maio de 2018.

NOTA:

[1] Antônia Maria. Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário na Faculdade Serra do Carmo. Docente da área de Direito no Instituto Federal do Tocantins. Mestra em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul e Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: antonia.m.s@hotmail.com.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

DA CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE NA PERSPECTIVA DO ESTUDO DO LEADING CASE: RECURSO DE REVISTA N. 1072- 72.2011.5.02.0384 DA 7ª TURMA DO (TST) TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

TANIA MARIA DALTO: Advogada especialista em Trabalho, Processo do Trabalho e Previdênciário pela PUC - Pontífice Universidade Católica de Minas Gerais. Atuação com experiência na 0Aconsel (Escritório da de Assesssoria e Consultoria Empresarial). MKR Advogados (Correspondente). Atuação na pesquisa com cadastro no Grupo Gramaticas dos Direitos Fundamentais.

RESUMO: O objeto do presente trabalho corresponde a possibilidade de cumulação institucional dos adicionais de periculosidade e insalubridade, em que pese ambas condições de labor ensejam incidências dos respectivos adicionais. Trata-se de uma peculiar abordagem que, pelo viés da metodologia indutiva, parte do estudo de caso retirado do Recurso de Revista n. 1072- 72.2011.5.02.0384 da 7ª Turma do (TST) Tribunal Superior do Trabalho, justificando, inclusive, em razão da significativa relevância em precedentes que vieram a se repetir, ainda após a respectiva e a ulterior reforma, valendo na qualidade de objeto do presente estudo de caso. Desse modo, o presente estudo enfrenta a problemática questão da cumulatividade, partindo indutivamente de *leading case*, para o enfrentamento dos argumentos levantados, dentre os quais, ne bis in idem (inexistência de dupla valoração do mesmo fato) dos adicionais. Importa, portanto, expor as inteligências no sentido da não recepção do artigo 193 em respectivo parágrafo 2º da CLT.

Palavras-chave: Cumulação de Adicionais. Adicional de Insalubridade. Adicional de Periculosidade.

Sumário: 1. Introdução – 2. Desenvolvimento: 2.1 Do Estudo de Caso: Ivanildo Bandeira contra Amsted Maxion Fundição e Equipamentos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Ferroviários S/A; 2.2. Do Regime Jurídico do Caso 2.3. Solução dada pelo Tribunal; 2.4. Discussão da solução dada pelo Tribunal com base na doutrina e em decisões convergentes. 3. Considerações Finais; 4. Referências Bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade devido aos trabalhadores que se sujeitam a duas condições no labor que ensejam a incidências dos referidos adicionais.

Para desenvolvimento das temáticas, releva-se o estudo de caso retirado do Recurso de Revista n. 1072- 72.2011.5.02.0384 da 7ª Turma do (TST) Tribunal Superior do Trabalho, considerado emblemática em termos de precedentes para discussão acerca da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, possibilitando o que antes era unanimemente vedado.

O caso da 7ª Turma do TST Tribunal Superior do Trabalho teve significativa relevância em precedentes que vieram a se repetir, ainda após a respectiva e ulterior reforma, valendo na qualidade de objeto do presente estudo de caso.

Desse modo, o presente estudo enfrenta a problemática questão da cumulatividade, partindo indutivamente de *leading case*, para efeitos do embate das respectivas argumentações acerca do ne bis in idem (inexistência de dupla valoração do mesmo fato) dos adicionais, inteligências no sentido da não recepção do artigo 193 em respectivo parágrafo 2º da CLT (Consolidação da Leis Trabalhistas), status hierárquico das Convenções 148 e 155 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) e do artigo 7º, inciso XXIII da CF/88 em detrimento ao dispositivo da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Nota-se que o presente trabalho analisa o histórico processual além dos fundamentos utilizados pela turma julgadora do excelso Tribunal que levanta uma expressiva divergência acerca da cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade, inclusive averiguando posterior e eventuais reformas.

Em suma, releva-se o estudo do presente caso, posto significativa celeuma com o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência sobre a proibição da cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade dispostos nos artigos. 192 e 193 da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT) em detrimento à outras vertentes que tem entendido no sentido da cumulatividade e que releva importância na respectiva compreensão para efeitos deste presente estudo de caso.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Do Estudo de Caso: Ivanildo Bandeira contra Amsted Maxion Fundição e Equipamentos Ferroviários S/A

O presente estudo de caso pretende analisar a possibilidade da aplicação da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade através de julgado da 7ª Turma do TST (Tribunal Superior do Trabalho) em sede de Recurso de Revista n. 1072- 72.2011.5.02.0384, Relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão.

Trata-se do Recurso de Revista polarizado pelo Recorrido Ivanildo Bandeira que afirmou, *in casu*, trabalhava na empresa Recorrente, Amsted Maxion Fundição e Equipamentos Ferroviários S/A, exercendo a função de moldador em condições que, segundo o caso, afirmou condições que não se reduziram na insalubridade, mas também pela exposição ao ruído e de periculosidade devido ao contato com produtos inflamáveis, no aprofundamento, tratava-se, em suma, graxa e óleo diesel.

Em que pese a relevância do tema que versa sobre a cumulatividade de adicionais, aprofunda-se em pontos de maior relevância do caso, dentre os quais, o dado de que o pedido foi julgado procedente pela Vara do Trabalho e mantido em sede de Recurso Ordinário pelo Tribunal Regional da 2ª Região (SP), sustentando que fazia jus aos dois adicionais cumulados.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Na profunda análise da sentença do presente caso, argumentou-se que a Constituição de 1988 prevê, no artigo 7º, inciso XXIII, que os dois adicionais são aplicados para situações diversas: um "[..;] remunera o risco da atividade e o outro a deterioração da saúde decorrente da atividade" , sem ressalvas quanto à necessidade de escolha entre ambos pelo trabalhador.

Desse modo, foi interposto o Recurso Ordinário, o qual manteve a condenação imposta na sentença pelo pagamento cumulativo do adicional em grau máximo (no índice de 40% sobre o salário-mínimo) durante todo o contrato de trabalho com o adicional de periculosidade (no índice de 30% sobre o salário-base) durante os onze meses em que o reclamante trabalhou no pasteurizador.

Inconformada, a reclamada interpôs o respectivo Recurso de Revista postulando a reforma do julgado, sustentando acerca da tese da proibição da cumulatividade dos adicionais com base no entendimento adotado pela Corte *a quo*, ou seja, o repetido art. 193, § 2º, da CLT verificáveis em julgados da divergência.

Já a Sétima Turma do TST, desproveu o recurso da Amisted-Maxion, sob os fundamentos de que a Constituição Federal de 1988 prevê em seu Art. 7º inciso XXIII da Constituição Federal ambos adicionais para situações bastante diferentes "já que um remunera o risco da atividade e o outro a deterioração da saúde decorrente da atividade", não ressalvando quanto à necessidade de escolha pelo trabalhador por um dos adicionais.

A Sétima Turma deste Tribunal, por meio do acórdão, conheceu do recurso de revista da reclamada no que tange ao tema "cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade", negando provimento. A Reclamada, então, interpõe recurso de embargos à SBDI-1, pugnando pela reforma da decisão da Turma no tocante ao tema acima referido, apontando violação aos artigos 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal e 193 da CLT e divergência de teses. O Ministro Presidente da 7ª Turma, por meio do Despacho, admitiu os embargos, por entender configurada divergência jurisprudencial válida.

2.2 Do Regime Jurídico do Caso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Os dispositivo que embasa a vertente majoritária corresponde ao Art. 193, parágrafo 2º da (CLT) Consolidação da Leis Trabalhistas que, define o que seria as atividades perigosas e justamente, proíbe a cumulatividade dos adicionais:

> Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: [...]§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. (BRASIL, 1943)

A definição legal acerca das atividades insalubres é encontrada no artigo 189 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que dispõe.

> Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. (BRASIL, 1943)

A vertente minoritária pontua o Art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988 que é clara no seguinte sentido:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (Vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943) (BRASIL, 1988)

Ainda a vertente minoritária, favorável a cumulatividade dos referidos adicionais, embasa em duas Convenções da (OIT) Organização

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Internacional do Trabalho n. 148 através do Decreto n. 93413, de 15 de Outubro de 1986 que dispõe em respectivo Art. 8º, tópico 3º:

> Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultantes da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho. (BRASIL, 1986)

E da Convenção da (OIT) Organização Internacional do Trabalho n. 155 através do Decreto n. 1354, de 29 de Setembro de 1994, atentando ao Art. 11, alínea "b" que dispõe:

> Artigo 11 - Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverão garantir a realização das seguintes tarefas: [...] b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exploração simultânea a diversas substâncias ou agentes. (BRASIL, 1994)

Alegando superioridade hierárquica às normas da CLT, haja vista o reconhecimento de status supralegal das referidas Convenções em detrimento ao dispositivo da CLT, dentre os argumento utilizado também, verifica-se a inteligência que defende a não recepção dos Artigos da CLT (Consolidação da Legislação Trabalhista) que defendem a cumulação, mas que, porém, encontram-se incompatíveis com as normas constitucionais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

trata-se do Recurso de Revista (RR) n. 18718720135120022, julgado pela 7º turma TST em agosto de 2014 declara:

> A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária.

Assim, os dispositivos levantados acerca da presente proposta diz respeito as referidas Convenções que se repetem no julgados minoritários e o reiterado Art. 193 parágrafo 2º da CLT em razão da inteligência da não recepção utilizada pelos tribunais.

2.3 Solução dada pelo Tribunal

No caso analisado, o Recorrido alegou que trabalhava como moldador na empresa Recorrente Amsted Maxion Fundição e Equipamentos Ferroviários S/A, pleiteando a cumulação dos adicionais, sendo deferido o pedido pelo juiz singular e mantido pela decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

O referido Tribunal reconheceu os adicionais de periculosidade, cumulando com adicional de insalubridade, haja vista a não ocorrência de *bis in idem*, uma vez diversos os respectivos fatos que ensejaram os referidos adicionais, tal como verificável na solução inserida no julgado que segue:

> **EMENTA: RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL.**

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contid a no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os -riscos para a saúde

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes-. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento (RR-1072- 72.2011.5.02.0384, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT de3/10/2014).

Desse modo, o Tribunal solucionou a respectiva problemática questão que vitimava o obreiro com a pluralidade fática de risco e insalubridade, cumulando ambos os adicionais, sob os seguintes argumentos: a) alegação da não recepção do art. 193, parágrafo 2º da CLT; b) inexistência de dupla valoração do mesmo fato (*bis in idem*), haja vista incidência de ocorrências diversas, cada qual ensejadora de adicional respectivo; c) nenhuma vedação expressa do disposto na norma constitucional com superioridade hierárquica em detrimento a CLT, inerente do artigo 7º, XXIII que garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva, ensejando o significado permissivo da cumulação; d) a máxima de superioridade das Convenções Internacionais n. 148 e 155 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) com status supralegal em detrimento aos dispositivos celetistas; e) predominância de princípios e valores insculpidos no texto constitucional como a saúde com exposição de certos riscos concomitante aos agentes nocivos.

2.4 Discussão da solução dada pelo Tribunal com base na doutrina e em decisões convergentes.

Há existente celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da temática e o presente desenvolvimento visa levantar a divergência para efeito de imparcial exposição sobre cumulação dos referidos adicionais, desenvolvendo os argumentos da corrente contrária e favorável à cumulatividade de ambos os adicionais para credibilidade do presente caso em estudo.

A) Da Vertente Contrária a Cumulatividade dos Adicionais

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

A investigativa do presente estudo de caso releva o desenvolvimentos, inclusive, dos argumentos desfavoráveis, que, em que pese reconheçam a celeuma sobre a temática, declinam não só do ponto de vista legalista do artigo 193, parágrafo 2º da CLT, mas também invocando a Súmula 47 que uniformizou a impossibilidade de cumulação, tal como se verifica:

> **Ementa RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. PROVIMENTO**. Conquanto seja controverso na doutrina e na jurisprudência a questão da possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, ainda que por fatos geradores diferentes, este E. Regional, por meio da edição da sua Súmula 47, uniformizou o seu entendimento no sentido de impossibilidade da cumulação. Assim, por disciplina judiciária, impõe-se declarar a impossibilidade dessa cumulação. HONORÁRIOS PERICIAIS. ARBITRAMENTO CONSENTÂNEO COM O TRABALHO DESEMPENHADO. REDUÇÃO DO VALOR. DESCABIMENTO. Somente se mostram excessivos, merecendo redução em seu valor arbitrado, honorários periciais fixados com desatenção à noção de razoabilidade e de correlação entre o trabalho e a paga. Fixação que se mostra consentânea com a envergadura e grau de dificuldade do trabalho técnico não traduz excesso.TRT-17 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA: RO 00000329220175170007 Relator DANIELE CORRÊA SANTA CATARINA, DATA DO JULGAMENTO 03/09/2018, DATA DA PUBLICACAO, 17/09/2018).

Vale, ainda, salientar que ainda é a vertente majoritária formada pela ex-desembargadora do TRT de Minas Gerais, Alice Monteiro de Barros (in memoriam), José Cairo Jr, Cláudia Salles Viana, Valentin Carrion, Sérgio

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Pinto Martins e outros tantos autores, todos no sentido da impossibilidade da cumulação dos referidos adicionais.

Tendo como principal fundamento, alguns autores mais críticos apontam como o único, a redação do artigo 193 parágrafo 2º da (CLT) Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe: "o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que por ventura lhe seja devido" (BRASIL, 1943). O dispositivo legal é claro no sentindo de que é impossível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade" (MARTINS, Sérgio Pinto. 2011, p. 261).

No mesmo sentido aduz o nobre professor Valentin Carrion: "A lei impede a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade; a escolha de um dos dois pertence ao empregado (art. 193, § 2º)." (Carrion, Valentin. 2015, p. 236).

Retifica ainda que desta forma fica evidente pelo texto do referido parágrafo que não é possível, no ordenamento jurídico brasileiro, a cumulação desses dois adicionais, sendo que a prerrogativa de escolha por um dos dois recairá sobre o empregado (CARRION, 2010, p. 214).

Ainda dentro da vertente desfavorável, verifica-se o entendimento do Tribunal abaixo explicitado com pontuais restrições e ressalvas ao se posicionar pela impossibilidade dos adicionais, atentando-se que, ainda, alguns que se posicionam contrariamente a cumulação, relevam pontuais restrições, tal como verifica-se abaixo:

> **RECURSO DE REVISTA. ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. PAGAMENTO NÃO CUMULATÓRIO. OPÇÃO POR UM DOS ADICIONAIS**. Ressalvado o entendimento deste Relator, o fato é que, segundo a jurisprudência dominante nesta Corte, é válida a regra do art. 193, § 2º, da CLT, que dispõe sobre a não cumulação entre os adicionais de periculosidade e de insalubridade, cabendo a opção pelo empregado entre os dois adicionais. Assim, se o obreiro já percebia o adicional de insalubridade, porém entende que a percepção do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> adicional de periculosidade lhe será mais vantajosa, pode requerê-lo, ou o contrário. O recebimento daquele adicional não é óbice para o acolhimento do pedido de pagamento deste, na medida em que a lei veda apenas a percepção cumulativa de ambos os adicionais. Todavia, nessa situação, a condenação deve estar limitada ao pagamento de diferenças entre um e outro adicional. **Para a ressalva do Relator, caberia o pagamento das duas verbas efetivam ente diferenciadas (adicional de periculosidade e o de insalubridade), à luz do art. 7º, XXIII, da CF, e do art. 11-b da Convenção 155 da OIT, por se tratar de fatores e, de principalmente, verbas/parcelas manifestamente diferentes, não havendo bis in idem. Recurso de revista conhecido e provido. (GRIFO NOSSO)**

Evidenciado, portanto, que, embora seu voto tenha sido pela não cumulação dos adicionais, ressalva que somente não entendeu pela cumulação, o Ministro Godinho, tendo em vista peculiaridade do caso de configuração de um mesmo fato ensejador, *in casu, bis in idem*.

A processualista Vólia Bonfim Cassar, na mesma linha de Delgado, declara "Infelizmente e de forma absurda, o TST vem sustentando que os adicionais não se acumulam caso o empregado esteja exposto a mais de um agente nocivo, baseado no item 15.3 da NR- 15, da Portaria nº 3.214/78 e no artigo celetista. (CASSAR, op. cit., p. 827).

B) Da Vertente Favorável â Cumulatividade dos Adicionais (Aprofundamento dos Argumentos)

Em prol da imparcialidade do estudo, releva reiterar que se trata de manifesta divergência, tendo a pretensão da abordagem de ambas vertentes em prol da imparcialidade do estudo de caso, tais argumentos correspondem, dentre outros, as inteligências dos dispositivos constitucionais previstos no Capítulo II, Título II, da Constituição Federal de 1988 que trata acerca dos Direitos Sociais, estabelecendo, em seu artigo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

7°, *caput* e incisos XXII e XXIII, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a redução dos riscos inerentes do trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, bem como o adicional de remuneração de atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; além de reconhecer a tutela do meio ambiente do trabalho dentre outros.

Como base na doutrina para defender a possibilidade da cumulação do adicionais podemos nos embasar em alguns princípios de extrema importância para o Direito do Trabalho. Como o princípio da proteção sendo este basilar do direito por meio das palavras na concepção de Américo Plá Rodriguez, citado por Nascimento, o seguinte:

> No direito do trabalho há um princípio maior, *o protetor*, diante da finalidade de origem, que é a proteção jurídica do trabalhador, compensadora da inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho, pela posição econômica de dependência ao empregador e de subordinação às suas ordens de serviço.(NASCIMENTO, op.cit., p.471)

Este princípio, na concepção de Américo Plá Rodriguez, citado por Maurício Godinho Delgado, divide-se em três outros princípios: I) princípio do *in dubio pro operario*; II) princípio da condição mais benéfica; III) princípio da norma mais favorável. Assim sendo explica Delgado:

> A compreensão do grande jurista uruguaio *Américo Plá Rodriguez*, que considera manifestar-se o princípio protetivo em três dimensões distintas: o princípio do *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) não se desdobra

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> apenas nas três citadas dimensões. *Ela abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho.* Como excluir essa noção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas? Ou do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da proposição relativa à continuidade da relação de emprego? Ou da noção genérica de despersonalização da figura do empregador (e suas inúmeras consequências protetivas ao obreiro)? Ou do princípio da irretroação de nulidades? E assim sucessivamente. Todos esses outros princípios especiais também cria, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia. (DELGADO, op.cit., p. 197).

Baseando-se ainda no princípio da proteção, e não menos importante que este temos o princípio da irrenunciabilidade está disposto no art. 9º da CLT, que dispõe serem nulos os atos praticados com objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos.

No mesmo dispositivo no seu artigo 468 dispõe

> Art. 468 CLT "nos contratos individuais de trabalho qualquer alteração somente será lícita se por mútuo consentimento, isto é, havendo reciprocidade das partes contratantes, e ainda assim desde que não resultem direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. (BRASIL, 1943)."

De acordo com Plá Rodriguez há diversas formas de expor o fundamento deste princípio, alguns se baseiam no princípio da indisponibilidade; outros o relacionam com o caráter imperativo das

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

normas trabalhistas; outros o vinculam como noção de ordem pública; outros o apresentam, de forma de limitação da autonomia da vontade; mas por terminologias ou caminhos diferentes chegar-se-á na mesma ideia.

A constituição é a norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico, desse modo a validade das demais normas tem como pressuposto que sejam compatíveis com as normas constitucionais. Neste sentido, segue o entendimento de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcelos:

> Do ponto de vista jurídico, o principal distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. Como conseqüência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material.(FORMOLO, Fernando. **A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.**Justiça do Trabalho.)[S.l.], v.23, n.269, p.49-64, 2006.

Desenvolvendo a vertente, agora, favorável à cumulação dos adicionais, inclusive se utilizando de alguns argumentos do julgado em estudo que a presente fragmenta em prol da qualidade do estudo que, em parte, afirmam a possibilidade de cumulação, dentre os quais, as Convenções da OIT (Organização Internacional do trabalho) n. 148 e n.155, bem como na não recepção do Art. 193, parágrafo 2º da CLT no seguinte trecho:

> **EMENTA: RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. [...] NOS 148 E 155 DA OIT. [...]** Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF.(RR-1072- 72.2011.5.02.0384, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT de 3/10/2014).

Não se pode afastar os efeitos das Convenções, uma vez que o Brasil é signatário dos Tratados Internacionais, e nestes estão as Convenções de nº 148 e 155 com peculiar características de norma constitucional, ou ao menos um status supralegal, de acordo com o que estabelecem o Supremo Tribunal Federal no sentido de sustentação a presente defesa da cumulatividade das atividades insalubre e perigosa:

> **EMENTA: CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE - CUMULATIVIDADE. POSSIBILIDADE**.A cumulação de adicionais deve ser autorizada, até para coibir casos como o presente, onde o valor irrisório dos adicionais, sobretudo o de insalubridade, estimula o comprometimento da saúde e da vida do trabalhador, ao invés das empresas buscarem a eliminação dos agentes periculosos e insalubres do ambiente de trabalho, numa clara pecuniarização da saúde do trabalhador, em que o capital prefere pagar os adicionais em comento ao invés de arcar com os investimentos necessários à eliminação dos riscos do ambiente de trabalho. Deve-se fazer uma interpretação conforme a Constituição Federal, visando conferir máxima efetividade ao dispositivo constitucional que, no caso, é garantir um ambiente de trabalho saudável e preservar a incolumidade física, psíquica e moral do trabalhador, concluindo-se pela possibilidade a cumulação dos dois adicionais. Incidência do art. 7º, XXII da CF e Convenções 148 e 155 da OIT. Precedente do TST. (TRT 17ª R., RO 0000817-50.2014.5.17.0010, Rel. Desembargador

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> Cláudio Armando Couce de Menezes, DEJT 24/02/2016).

Baseando, ainda, no Direito Internacional, afirma-se que as Convenções da OIT que versam sobre a proteção à saúde e à segurança do trabalhador trazem disposições gerais sobre o tema. Sendo assim, cada país adotará as leis específicas que entender serem mais adequadas, conforme suas necessidades e peculiaridades (MARTINS, 2014, p. 283).

Não há unanimidade nesta proibição, haja vista a falta de uma *ratio* pertinente que justifique esta vedação, inclusive como fundamento jurídico vale mencionar as Convenções Internacionais n. 148 e n. 155 da OIT (Organização Internacional do trabalho) que são as normas usadas como fundamento para a cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade

Importa salientar a ratificação da Convenção n. 148 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) que tutelou os trabalhadores contra riscos decorrentes pela contaminação de ar, ruído e as vibrações no local de trabalho através do Decreto n. 93413, de 15 de Outubro de 1986 que dispõe em respectivo Art. 8º, tópico 3º:

> Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultantes da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho. (BRASIL, 1986)

Já a Convenção 155 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) declina para a tutela da saúde e segurança do trabalhador e, também, galgou respectiva ratificação através do Decreto n. 1354, de 29 de Setembro de 1994, atentando ao Art. 11, alínea "b" que dispõe:

> Artigo 11 - Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverão garantir a realização das seguintes tarefas: [...] b) a determinação das operações e processos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exploração simultânea a diversas substâncias ou agentes. (BRASIL, 1994)

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2014, p. 1094), o Direito Internacional do Trabalho possui vários objetivos que visam:

> a)universalizar os princípios e as normas trabalhistas, a fim de garantir a maior uniformidade em sua aplicação; difundir em âmbito global as regras de justiça social, fomentando a justiça e a paz nas relações de trabalho;impedir que razões econômicas impeçam os Estados de aplicar as normas internacionais de proteção ao trabalhador previstas nas convenções da OIT; estabelecer regras claras de reciprocidade dos Estados na aplicação das regras de trabalho entre os cidadãos; e proteger os direitos dos trabalhadores imigrantes, inclusive no que tange à conservação das garantias trabalhistas adquiridas no país de origem, relativamente aos seguros sociais

Todos os objetivos citados visam proteção ao trabalhador, garantindo a sua dignidade e o bem estar social. Para perpetuar esses objetivos, o Direito Internacional do Trabalho utiliza instrumentos normativos, como: os tratados internacionais (denominados pela OIT de convenções) e as declarações, recomendações ou, ainda, resoluções (MAZZUOLI, 2014, p. 1095).

Os referidos documentos internacionais afirmam que qualquer aumento dos riscos profissionais de forma cumulativa acaba gerando mais de um fator nocivo além da saúde, podendo ser utilizado como critério de remuneração que pode ser cumulado com a saúde e a segurança do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

trabalhador, justamente, para os efeitos dos adicionais de periculosidade e insalubridade com propósitos de compensar o trabalhador de forma particularizada por cada agente nocivo.

Também, fragmento do julgado que argumenta e entende pela não configuração do "*bis in idem*" (inexistência de dupla valoração do mesmo fato), em razão da configuração de fatos geradores distintos para os diferentes adicionais:

> **[...]** A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger (RR-1072- 72.2011.5.02.0384, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, DEJT de 3/10/2014).

Não se pode perder de vista que o julgado não é o único e que a primeira decisão do TST no sentido da cumulação não se exauriu, mas foi precedente para serem prolatadas novas decisões, inclusive, julgados favoráveis à cumulação oriundos de Tribunais Regionais do Trabalho, como, por exemplo, as seguintes ementas, ressalvando-se no caso do Tribunal Regional do Trabalho da 4º região a anterioridade destas ementas em relação à publicação da Súmula nº 76 desteTribunal:

> **EMENTA: CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE**. Entende-se possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, por remunerarem a exposição do empregado a agentes nocivos e em condições de risco (TRT-4 - RO: 00003374720135040761 RS 0000337-47.2013.5.04.0761, Relator: Ricardo Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 25/08/2015, 3a. Turma).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Portanto, em que pese expressiva divergência, os entendimentos favoráveis de apegam a literalidade do art. 193 parágrafo 2º da CLT, sem afastar o entendimento do referida impossibilidade de cumulação sumulado. Ocorre, porém, que são vários os argumentos em favor da cumulação, inclusive Convenções com status supralegais, não esquecendo do significado permissivo constitucional em favor da cumulatividade, haja vista que não há uma vedação explícita do § 2º, art. 7º da Constituição Federal que claramente afirma: "XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança", direito fundamental, que se prepondera sobre os demais" (BRASIL, 1988)

3 CONCLUSÃO

A vertente majoritária versa, ainda, por uma perspectiva legalista que declina em prol do artigo 193, parágrafo 2º da CLT, reduzindo a referida regência dos adicionais em um ato de escolha ou opção do obreiro por apenas um dos benefícios, ainda que onerado tanto pelas condições de risco, bem como pelos agentes nocivos da insalubridade.

Ocorre, porém, manifestação de pontuais julgados que referenciam o caso em estudo para a possibilidade cumulativa de ambos os adicionais, tanto de periculosidade, bem como de insalubridade, tendo em vista significativos argumentos que importa o presente estudo.

Primeiramente, a tese da não recepção do art. 193, parágrafo 2º da CLT em detrimento aos normas constitucionais com superioridade hierárquica, ainda sob a mesma inteligência pautada na superioridade hierárquica de algumas normas de ordem internacionais favoráveis à cumulação: Convenções Internacionais n. 148 e 155 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) com status supralegal em detrimento aos dispositivos celetista.

O declínio no sentido da cumulatividade de ambos adicionais, também, em razão de não caracterizar pluralidade de valoração do mesmo fato (*ne bis in idem*), uma vez que as hipóteses ensejadoras dos adicionais de insalubridade e periculosidade são distintas, uma decorrente de risco e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

outra diversa atrelada a agentes nocivos, incluindo Princípios basilares do Direito do Trabalho como Irrenunciabilidade e da Proteção.

Ainda, a literalidade expressa do artigo 7º, XXIII da Constituição Federal de 1988 que garantiu de forma plena o direito ao recebimento de ambos adicionais, sem nenhum vedação de qualquer tipo de cumulação, dando expressivo trato permissivo em prol da cumulatividade, incluindo valores que devem prevalecer inerentes da saúde e da segurança no trabalho.

Portanto, a consistência nos pontos favoráveis em detrimento a qualquer tipo de perspectiva meramente legalista do dispositivo celetista, declinando para a cumulatividade, ou seja, incidência dos adicionais pelas hipóteses diversas em prol do trabalhador, tendo em vista os referidos argumentos da solução no caso em estudo quando afligir o trabalhador com ambas as situações de periculosidade e insalubridade no trabalho.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 19 ago. 2018.

_____. Constituição Federal, de 5 de Outubro de 1988. Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasil, 9 ago. 1943. Disponível em:www.planalto.com.br/htm. Acesso em: 19 ago. 2018.

_____.MTE. **NR 16 – Atividades e operações perigosas**, Brasília, 08 jun.1978. Disponível em:http://acesso.mte.gov.br/data/files/8A7C816A4D526E89014D9175E50467F4/NR16%20(atualizada%202015).pdf. Acessado em: 20 set. 2018.

_____ Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista* nº. 1072-72.2011.5.02.0384 da 7ª Turma. Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 3/10/2014. Disponível em:e-revista-rr-7761220115040411/inteiro-teor-190543647>. Acesso em: 20 set 2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

_____Tribunal Regional do Trabalho da 4º Região. Recurso Ordinário nº 00003374720135040761 da 3ª Turma, Relator: Juiz Ricardo Carvalho Fraga, Data de

Julgamento: 25/08/2015. Disponível em: . Acesso em: 24 set 2018.

_____ Tribunal Regional do Trabalho 17º Região. *Recurso Ordinario* nº00000329220175170007, da 3 Turma. Relatora Daniele Correa, Santa Catarina, Data do Julgamento 03/09/2018. Disponivel em https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/627520340/recurso-ordinario-trabalhista-ro-329220175170007>.Acesso em 20 set 2018.

BUCK, R. C. **Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade** (3ª ed.). São Paulo: Ltr, 2017.

CARRION, Valentin. ***Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas.***35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARRION, V. ***Comentário à Consolidação das Lesi do Trabalho***. Ribeirão Preto: Saraiva, 2015.

FORMOLO, Fernando. ***A acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Justiça do Trabalho,*** São Paulo, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. ***Direito do Trabalho.*** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. ***Curso de direito internacional público***. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 148*. Disponível em:. Acesso em: 15 Set 2018.

RODRIGUES, Américo Plá, **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 3ª edição 2000.

MARTINS, S. P. ***Direito do Trabalho*** (15ª ed.). Saraiva, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

NASCIMENTO, Amauri Mascaro e NASCIMENTO; Sônia Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014, 29ª edição, 2ª tiragem 2015

OLIVEIRA, S. G. . **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador** (2ª ed.). São Paulo: Ltr, 1988.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela, op.cit., pp. 363-371.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

TEMA: A (IN)EFICÁCIA DA TUTELA PENAL DO ECA (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE) À LUZ DA DIVERGÊNCIA SOBRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

ELIZABETH KARIELLY ALVES DA SILVA: Acadêmica do 9º período do curso de Direito da Católica do Tocantins.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA

(Orientador)[1]

RESUMO: O presente artigo, se destina a realizar um estudo acerca da efetividade das medidas socioeducativas em detrimento das propostas de redução da maioridade penal. Ter-se-á uma análise das medidas socioeducativas e seus pressupostos de aplicação. Esta pesquisa se debruça também sobre a evolução do direito menorista no Brasil, com a intenção de possibilitar uma maior compreensão da tutela jurisdicional do menor infrator. Por conseguinte, serão elucidados os aspectos divergentes, quanto a uma possível solução para a diminuição da delinquência juvenil, abalizando aos aspectos motivadores das propostas de redução da maioridade penal, e revelando a importância do zelo pela efetivação da legislação menorista então vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito menorista; Estatuto da Criança e Adolescente; maioridade penal; medidas socioeducativas.

ABSTRACT: The present study is intended to conduct a study about the effectiveness of socio-educational measures to the detriment of proposals to reduce the age of criminality, an analysis of socio-educational measures and their assumptions of application. This research also deals with the study of the evolution of the right of the minority in Brazil, with the intention of making possible a greater understanding of the judicial protection of the minor infrator. Therefore, the divergent aspects will be elucidated as to a possible solution for the reduction of juvenile delinquency, emphasizing the motivating aspects of the proposals to reduce the age of criminality, revealing the importance of zeal for the effectiveness of the minorist legislation then in force in the Brazilian legal system.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

KEYWORDS: Minorist law; Statute of the Child and Adolescent; criminal majority; educational measures.

INTRODUÇÃO

Realidade no que diz respeito à responsabilização penal dos jovens infratores é tema principal das discursões acerca da efetividade quanto à imposição das medidas socioeducativas, possuidoras do dever de restaurar e reintegrar esses menores à sociedade. Investiga a respeito do êxito na aplicação e posteriormente depois de identificada a deficiência em relação à execução do mecanismo para coibir esses menores, busca-se o recurso eficaz para reprimir esse problema social.

A inercia do Estado perante a situação crítica em que se encontra a criminalidade, em referência aos menores amparados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), gera para a sociedade certa visão de impunidade, uma vez que notórias as irregularidades e a ineficiência quanto à redução de adolescentes e jovens na vida do crime, e consequentemente a reincidência.

O fato de ser evidente a carência no exercício legal corrente acarreta um clamor social no sentido de se criar alguma medida que regularize o cenário atual, trazendo medidas concretas para sanar essa crise pública. Sugere-se então a redução da maioridade penal. Essa abordagem traz consigo divergências com relação às deliberações que cada sugestão proporcionará.

O artigo trará três principais abordagens, sendo a primeira delas: a "evolução histórica do direito menorista no Brasil", explanando desde o período pré-colonial ao ECA, passando pelos indispensáveis códigos anteriores.

Posteriormente se discorrerá sobre a "prática dos atos infracionais", onde será caracterizado e diferenciado quanto à responsabilização entre crianças e adolescentes, para o fim de aplicar as medidas impostas a esses

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

menores, para em seguida especificar cada medida socioeducativa imposta na legislação correspondente.

Na terceira e ultima abordagem, denominada "Estudo das proposituras da redução da maioridade penal" serão destacado os principais pontos de vista no que se refere ao questionamento proposto neste tópico.

A revisão sistemática de literatura foi a metodologia empregada para a instrumentalização deste estudo, foram utilizadas como base de dados as bibliotecas da Católica do Tocantins, Escola da Magistratura Tocantinense e os sítios eletrônicos biblioteca virtual da Faculdade de Direito, Revista online da Universidade Federal de Santa Catarina, entre outros.

Ademais, salienta-se que este trabalho foi elaborado como requisito parcial de obtenção de aprovação na matéria de TCC II do curso de Direito da Católica do Tocantins.

1 O DIREITO MENORISTA NO BRASIL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Desde as primeiras leis penais ao início do século XX, adultos e crianças eram tratados igualmente, inexistia o conceito de indivíduo em fase peculiar de desenvolvimento, todos recebiam os mesmos tratamentos em diversas áreas do direito, não havia distinção na esfera trabalhista, por exemplo, e consequentemente na penal, onde crianças recebiam as mesmas punições que adultos. (FACHINETTO 2003)

As normas primitivas que tange o Direito Penal Menorista, durante o período pré-colonial vigorava o mesmo sistema jurídico de Portugal, deste modo, as Ordenações Reais, em conjunto pelas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e, posteriormente, resultando da união das Ordenações Manuelinas com as leis singulares em vigência, pode se dizer que, a que teve maior influência inicialmente, as Ordenações Filipinas. (SARAIVA 2003)

As relações jurídicas passaram a ser regidas pelas Ordenações Filipinas, sendo estas promulgadas por D. Filipe III em 1603, vigendo até o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Código Criminal de 1830, onde iniciou a viabilização da sanção aos menores.

É válido e certo considerar, que o sistema punitivo imposto aos menores infratores era rígido e inflexível, uma vez que a base do sistema imposto era intransigente em todos os aspectos, nesse sentido pontua José Fábio Rodrigues Maciel (2018, n.p) que "as penas previstas nas Ordenações Filipinas eram consideradas severas e bastante variadas, destacando-se o perdimento e o confisco de bens, o desterro, o banimento, os açoites, morte atroz (esquartejamento) e morte natural (forca). "

A ordenação indicava que a imputabilidade penal se daria aos 7 anos de idade, sendo então até a idade indicada, ressalvada da pena de morte, tendo a concessão de uma redução de pena, no entanto, dos 17 aos 20 anos a sistemática era outra, tornando-se mais severo, podendo dependendo do ato, ser até mesmo condenado à morte, segundo a avaliação do julgador, podendo aplicar a pena total ou diminuí-la, consoante sua persuasão, baseando se na análise do ato cometido, bem como nas circunstâncias e análise da pessoa do menor.

> E se for de idade de dezasete anos até vinte, ficará em arbitrio dos julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuindo-lha. E em este caso olhará o julgador o modo com que o delicto foi commettido, e as circumstancias delle, e a pessoa do menor; e se o achar tanta malícia, que lhe pareça total pena dar-lhe-ha, posto que seja de morte natural. (REINO DE PORTUGAL, 1595).

Perante a análise realizada é perceptível que desde os primeiros dispositivos legais a vigerem no Brasil é possível observar já havia uma tutela penal retribuía que se direcionava ao o menor que transgredisse preceitos sociais. Nesta senta, é imperioso mencionar que as penas impostas aos menores eram extremante severas. (MACIEL, 2006)

1.1 CÓDIGO PENAL REPUBLICANO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Posteriormente advindo da Proclamação da República, foi promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brazil, instituído por meio do Decreto n° 847, de 11 de outubro de 1890, sendo então o primeiro Código Penal brasileiro.

O Código foi criado pela urgente necessidade de reformar o regimento penal vigente à época. Nesta consolidação buscou-se, por uma metodologia de aplicabilidade penal, que se pautava na análise do desenvolvimento mental do indivíduo, surgindo então uma preocupação acerca da capacidade cognitiva de crianças e jovens. (REBELO, 2010)

Nele havia uma definição no que tange aos ciclos eminentes do menor, de acordo com o art. 27, caracterizando a infância, "Não eram considerados criminosos: § 1º Os menores de 9 annos completos; § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento; " (BRASIL, 1890).

Já o art. 30 do mesmo Diploma determinava que os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem agido com discernimento, seriam recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que o juiz determinar, desde que o recolhimento não excedesse a idade de 17 anos.

Verifica-se aqui o cuidado que o legislador tinha ao estabelecer medidas disciplinares, demonstrando a preocupação com a recuperação do menor, nesta fase também. Este quadro permaneceu até 1927, quando entrou em vigência o Código de Menores do Brasil, que também ficou conhecido como o Código de Mello de Matos.

1.2 CÓDIGO DE MELLO DE MATTOS -1927

Através do Decreto n° 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 nasce o primeiro Código Sistemático de Menores do País, elaborado por José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, foi o primeiro juiz de menores do Rio de Janeiro e da América Latina, possuía grande carinho pela área infantil, e para com os desprivilegiados da sociedade. Este código representou uma era itinerária no que diz respeito a legislação infantil no cenário brasileiro. (AZEVEDO, 2007).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Vigorava aqui a assistência ao menor de 18 anos, criando Vara Especializada para os menores em situações irregulares, passando a ser objeto do direito brasileiro tendo então tratamento diferenciado daqueles até então recebidos. (AZEVEDO, 2007)

No primeiro artigo deste código, já se visualizava uma nova sistemática no que diz respeito aos menores de 18 anos, ao preceituar o seguinte: "Art. 1º O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistência e protecção contidas neste Codigo."

Para Mello Mattos o principal objetivo era manter a ordem social, logo, aqueles menores que possuíam famílias não eram objeto do Direito à essa época. Já as crianças pobres, abandonadas ou marginalizadas, que se encontravam em situação irregular sim. (PAES, 2013). Caracterizavam situação irregular aqueles menores de idade (18 anos) que estivessem expostos, abandonados, ou fossem delinquentes, legitimados nos artigos seguintes do Código Mello de Mattos:

> Em razão da exposição:
>
> Art. 14. São considerados expostos os infantes até sete annos de idade, encontrados em estado de abandono, onde quer que seja.
>
> Se tratando de abandono:
>
> Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 annos:
>
> Pelo fato de delinquir:
>
> [...] Art. 69. O menor indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> respeito do estado physico, mental e moral delle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda.

No Código de Mello de Mattos, o legislador, enxergou na proteção a integridade do menor em situação de risco, uma forma de garantir a manutenção da ordem social. Neste dispositivo, em face desse caráter é perceptível um significativo avanço no que diz respeito à legislação menorista.

1.3 CÓDIGO PENAL DE 1940

Instituído através do Decreto Lei n° 2.848, de dezembro de 1940, o Código Penal de 1940 estabilizou a demarcação da inimputabilidade aos menores de dezoito anos, aderindo ao critério biológico, referindo-se à inimputabilidade perante a idade estabelecida, como pontua Nucci ao dizer que "no Brasil, em lugar de se permitir a verificação da maturidade, caso a caso, optou-se pelo critério cronológico, isto é, ter mais de 18 anos". (2013, p. 315)

O Art. 23 desta lei determinava que os menores de dezoito anos seriam penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Assim também confirma Oliveira "a partir do Código Penal de 1940 qualquer que seja a idade do menor, este não será submetido a processo criminal, mas a procedimento previsto em legislação especial. " (2003, p. 03).

Deste modo, o menor que praticasse algum fato definido como crime, em termos comuns, era considerado pelo ordenamento jurídico como incapazes de compreender e designar.

Assim depreende-se que o menor infrator não possui capacidade de assimilar o fato tido como infração penal e que lhes falta vontade soberana, jamais podendo ser julgado como uma pessoa adulta, pois o fato de ser menor é pressuposto para livrá-lo da condenação a que um adulto sofreria por ser considerado inimputável. (OLIVEIRA, 2003).

1.3 CÓDIGO DE MENORES 1979

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Em 1979 foi instaurado um novo código de menores, seguindo os moldes do código anterior de 1927, trazendo todo um viés direcionado a doutrina da proteção integral já existente no ponto de vista posterior do ECA, (Estatuto da Criança e do Adolescente), porém a estrutura primordial era fundamentada em consonância com o código de 1927, baseado em uma ótica auxiliar e repressiva, quanto às condições social e psicológica do menor. (QUEIROZ 2008)

Sob esse enfoque, caracterizavam-se os menores que se encontravam em situações desproporcionais, identificando-os como indivíduos em situação de desigualdade, criando assim o termo até hoje constantemente utilizado, "menor em situação irregular". (SPOSATO 2006)

A configuração para os menores em situações irregulares se dava para: crianças e adolescentes até 18 anos, que cometessem atos ilícitos, sendo utilizado o termo "atos infracionais", e, por conseguinte aquelas que sofriam negligências pela família, como maus tratos, como aquelas descuidadas, abandonadas e indefesas pela sociedade.

Importante ressaltar que o Código de Menores não se designava a prevenção dos atos acometidos, somente cuidava do conflito já existente. Observe o que ordena o art 2° da referida lei:

> Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:
> I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
> a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
> b)
> manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
> II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a:
> a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> contrário aos bons costumes;
> b)exploração em atividade contrária aos bons costumes;
> IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
> V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
> VI - autor de infração penal.

Paulo Lúcio Nogueira em análise ao artigo acima mencionado, elucida que este dispõe quanto a classificação das categorias da "situação irregular" e o autor ao citar Nogueira, explica que para este, a "situação irregular" deve ser entendidas como:

> Situação de perigo que poderão levar o menor a uma marginalização ampla, pois o abandono material e moral é um passo para a criminalização... A situação irregular do menor é, em regra, consequência da situação irregular da família, principalmente com a sua desagregação. (LIBERATI, apud NOGUEIRA, 1988, p. 13).

Contudo, não se pode deixar de reconhecer que, em alguns casos, a situação do menor é decorrente da própria situação familiar, seja pelo estado de pauperismo (abandono material), seja em virtude de riqueza (desvio de conduta).

Por mais de dez anos em vigor, o Código de Menores procurou atender à situação da época da forma mais condizente possível com a Lei Maior.

1.4 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A partir da constituição de 1988 começou a projetar uma nova política de proteção e de assistência ativa à infância e à juventude, que diferentemente da anterior considerava criança e adolescente possuidores de direitos nas mais amplas espécies, desde a existência digna, à saúde, à educação e principalmente ao suporte jurídico. (MOREIRA, *at all.* 2016)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Foi então em junho de 1990 por meio da lei 8069/90 que ocorreu no Brasil um marco significativo no cenário jurídico, havia necessidade de uma nova lei enraizada, com mudanças no protótipo das leis anteriores, com a finalidade de redefinir os direitos e as responsabilidades dos menores, baseado nas diretrizes da Constituição Federal de 1988 e que tivesse sua base no Princípio da Proteção integral, surge então o Estatuto da Criança e do Adolescente conhecido como ECA. Essa legislação formou uma mudança no padrão das leis anteriormente vigentes: os Códigos de menores de 1927 e de 1979. (MOREIRA, *at all.* 2016)

Com a instituição do ECA, formou-se uma nova orientação jurídica conhecida como Doutrina Da Proteção Integral do Menor.

O protótipo de proteção integral surgiu baseado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Organização das Nações Unidas (ONU). No Brasil, este princípio está sagrado no Texto Constitucional no artigo 227, que reza:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desta forma, depreende-se que o Estatuto da Criança e Adolescente, dentro do ordenamento jurídico é dispositivo legal que tem como função precípua dar efetividade à princípios e garantias constitucionalmente instituídos.

Como nas palavras de Jason Albergaria (1991) a base do Estatuto da Criança do Adolescente deveria partir do princípio da proteção da pessoa do menor ou da clemência, partindo do pressuposto da imaturidade psíquica do menor.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Outro aspecto importante que é basilar para definir a proteção do menor é o princípio da exigência do exame médico-psicológico e social da personalidade do menor, como pressuposição para a individualização da medida tutelar. (MOREIRA,*at all.* 2016)

De acordo com o ECA consideram-se crianças, os menores de doze anos, e adolescentes, os que têm entre doze e dezoito anos.

Seguindo os moldes do estatuto, menor independentemente da situação, não comete crime, e sim atos infracionais, assim sendo, atos infracionais possuem caráter administrativo, jamais penal. Logo, um menor que comete delito, não é considerado um criminoso e sim um infrator, e as penas a ele estabelecidas serão de acordo com a infração cometida. (MOREIRA, *at all.* 2016)

Utiliza-se para a identificação o critério biológico**:** Neste caso, para provar a inimputabilidade, basta simplesmente à comprovação da menoridade do sujeito, ou seja, ainda que o menor tenha capacidade para compreender a natureza da ilicitude do ato, ainda que ele tenha consciência do ato que cometeu, ainda que ele tivesse condições de agir de outra maneira, o fato dele ser menor de dezoito anos, por si só já o torna inimputável. Pois adota a presunção de que todo menor de dezoito anos não é capaz de entender o caráter ilícito de sua ação. (MIRABETE, 2016)

Conforme prevê o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 104, o menor de 18 anos é inimputável porém capaz, inclusive a criança, de cometer ato infracional, podendo então receber aplicação de medidas socioeducativas, sendo elas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional e, por fim, qualquer uma das previstas no art. 101**,** I a VI, estabelecendo também que a autoridade competente poderá determinar de acordo com o caso concreto a medida mais adequada, conforme o art. 105 do ECA

2 DA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS

De acordo com o ECA consideram-se crianças, os menores de doze anos, e adolescentes, os que têm entre doze e dezoito anos.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Seguindo os moldes do estatuto, menor independentemente da situação, não comete crime, e sim atos infracionais, assim sendo, atos infracionais possuem caráter administrativo, jamais penal. Logo, um menor que comete algum delito, não é considerado um criminoso e sim um infrator, e as penas a ele estabelecidas serão de acordo com a infração cometida. Quando houver menores infratores, o legislador levará em consideração o critério ou os critérios para a aplicação das medidas ao menor. (MARCOS BANDEIRA, 2006)

Compreendendo as imposições que preceitua o ECA e após distinguir as expressões "criança" e "adolescente" e delinear quem são as pessoas que estão sujeitas às medidas socioeducativas e aquelas que não estão. É de suma importância ressaltar que o próprio ECA se incumbiu de definir, no âmbito de seus limites estatutários, os "inimputáveis", como também estabeleceu aresponsabilização juvenil infracional a partir dos doze anos completos, como já foi exposto. No seu Art. 2º recomenda-se o seguinte: "Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. "

A responsabilização destes jovens, de acordo com o ECA, começa aos doze anos e vai até aos dezoito anos incompletos, ou seja, somente os adolescentes, entre 12 e 18 anos incompletos, a quem for atribuído a prática de qualquer ato infracional estará sujeito à determinação de medidas socioeducativas e/ou protetivas, estabelecida nos arts. 112 e 101 do ECA, aplicadas pela autoridade judiciária competente.

O art. 103 do ECA dispõe sobre a configuração do ato infracional. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Entretanto é fato que não há uma diferença, objetivamente falando, entre o cometimento de um crime previsto no Código Penal ou se tratando de uma contravenção penal por exemplo para a definição de ato infracional.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Nessa mesma perspectiva Marcos Bandeira cita Damásio de Jesus ao tratar deste mesmo assunto, não há distinção entre crimes, contravenções e atos infracionais. Consoante o escólio do professor Damásio de Jesus:

> Há quatro sistemas de conceituação do crime: a) formal; b) material; c) formal e material; d) formal material e sintomático [...]. No sentido substancial, para Manzini, delito é a ação ou omissão, imputável a uma pessoa, lesiva ou perigosa a interesse, penalmente protegido, constituída de determinados elementos e, eventualmente, integrada por certas condições, ou acompanhada de determinadas circunstâncias previstas em lei [...]; sob o aspecto formal, crime é um fato típico e antijurídico. Explicita objetivamente mais uma vez: [...] os quatro sistemas, dois predominaram: o formal e o material. O primeiro apreende o elemento dogmático da conduta qualificada como crime por uma norma penal. O segundo vai além, lançando olhar às profundezas das quais o legislador extrai os elementos que dão conteúdo e razão de ser ao esquema legal [...]. Não há diferença ontológica, de essência, entre crime (ou delito) e contravenção. O mesmo fato pode ser considerado crime ou contravenção pelo legislador, de acordo com a necessidade da prevenção social. Assim, um fato que hoje é contravenção pode no futuro vir a ser definido como crime. (JESUS, apud BADEIRA, 2006, p.27)

Extrai dessa fundamentação que se crime e contravenção, naturalmente, não diferem um do outro, o mesmo se aplicaria aos atos infracionais, pois a distinção seria abstrata, meramente subjetiva, ou seja, se a figura típica e ilícita, prevista como crime ou contravenção, estiver sendo praticada por um imputável penalmente, ele estará cometendo um crime ou contravenção e poderá sofrer uma pena, enquanto se esse mesmo ato estiver sendo cometido por um adolescente, nesse caso, estaria configurado um ato infracional, onde seria ele sujeito à imposição de uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

medida socioeducativa e/ou protetiva - seguindo os moldes do ECA, em seus arts. 101 e 112. N

Marcos Bandeira (pág. 49) também esclarece quanto o cometimento dessas infrações perante o Estatuto "Os atos infracionais praticados por criança serão apreciados pelo Conselho Tutelar, o qual terá a atribuição de aplicar qualquer das medidas de proteção previstas no Art. 101, I a VI do ECA, ou seja, terá competência para aplicar medidas protetivas à criança que estiver numa situação de risco social ou moral, por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; e pela prática de algum ato infracional – por sua conduta"

3 ANÁLISE DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Passando do viés legal para a sistemática das medidas socioeducativas fazendo uma análise acerca do surgimento e a funcionalidade de cada medida socioeducativa. É sabido que medidas socioeducativas são medidas aplicáveis a adolescentes autores de atos infracionais, possuindo previsão legal no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). E mesmo atendendo como uma sanção como resposta à prática de um delito, apresentam um caráter predominantemente educativo.

É nítido, nos veículos de mídia em geral, que o sistema possuidor da obrigação de restaurar necessita de uma análise profunda, para que compreendam o trabalho feito pelo estado e a partir daí absorva a essência e assim diagnostique onde há de fato o fator que requer uma reforma e uma aplicabilidade eficiente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente disponibiliza a previsão de medidas de proteção,
aplicadas às crianças e as medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes que praticam atos infracionais, e tem por objetivo não a punição, mas a efetivação de formas para reeduca-los e reinseri-los de volta à sociedade, sendo
estas medidas jurídicas de caráter repressivo e atuante de maneira pedagógica. (LIBERATI, 2006)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Mesmo com a afirmação de que as medidas socioeducativas tenham caráter administrativo e não penal alguns doutrinadores possuem posições divergentes a este assunto.

Em relação a essa temática KONZEN (2005) detém a opinião de que o bojo da medida socioeducativa, ou seja, seu aspecto material, possui natureza penal, em razão do reconhecimento lógico do seu caráter.

O autor propõe que ao questionar a um adolescente infrator qual a impressão que se tem relacionado à determinação de uma medida socioeducativa, provavelmente, a resposta será que se considera em uma situação punitiva.

A medida socioeducativa compõe uma esfera instrumental, que corresponde à finalidade acossada quando da sua aplicação, que deverá ser predominantemente socioeducativa.

Danielle Rinaldi Barbosa ensina que, a priori, a medida socioeducativa em nada difere da punição criminal:

> Uma vez que ambas correspondem à resposta unilateral e obrigatória do Estado diante da configuração de um ato típico, ilícito e inaceitável no meio social. Já no tocante à esfera instrumental da medida, não se nega que a pena decorrente da prática de crime também possui o seu caráter ressocializante.(2009, p.54)

E acrescenta a autora:

> Inobstante isso, em razão da situação do adolescente de pessoa que se encontra em fase precípua de desenvolvimento, o caráter pedagógico da intervenção estatal deverá ser para ele mais evidente, à vista das maiores possibilidades de reformulação dos seus valores e virtudes. (2009, p.54)

Marcos Antônio Santos Bandeira, explica que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> à gravidade da infração e aos péssimos antecedentes do menor não são sufi cientes para motivar a privação total de sua liberdade, até mesmo pela própria excepcionalidade da medida socioeducativa de internação, restando caracterizada afronta aos objetivos do sistema. [...] A gravidade da infração e os péssimos antecedentes, a toda evidência, não são motivação bastante para privar o adolescente de sua liberdade, alento. (2006, p.34)

O autor ainda leciona sobre o caráter excepcional da internação e a classifica como "a forma mais drástica da intervenção estatal na esfera individual do cidadão, pois o poder sancionatório do Estado alcança o *jus libertatis* do adolescente, o maior bem que possuímos depois da vida". (2006, p.183)

Segundo o autor o maior desafio de todos os que se envolvidos na reeducação do adolescente infrator é transformá-lo, tornando-o cidadão respeitado, evitando que venha a tardiamente tornar-se um delinquente imputável. Nessa perspectiva expressa o seguinte:

> As medidas socioeducativas, portanto, devem pautar-se fundamentalmente na adoção pedagógica de mecanismos de inclusão social, que sejam capazes de introjetar no jovem ainda em formação valores que penetrem na sua centelha divina, aumentando a sua auto-estima, ampliando os seus horizontes e a sua condição de sonhar com a grande possibilidade que é a vida. Sonhar que é capaz de ser um cidadão respeitado e capaz de desenvolver todas as suas potencialidades que ficaram esquecidas diante da vida dura e desumana que o fez esquecer de "ser" e o obrigou a lutar para sobreviver. (2006, p.137)

Esse é o principal objetivo de desvincular o menor infrator de um criminoso em potencial, tratando-o diferenciado para que não se auto qualifique como um adulto não passível de reparação, quando na verdade

possuem toda uma vida de possibilidades pela frente, pois encontra-se no início de sua formação, sem poderes para discernir e compreender, algumas vezes, o que se passa ao seu redor e quais as dimensões que sua atitude infracional resultaria.

Em relação às modalidades disponibiliza o ECA em seu art. 122 o seguinte:

> Art. 112 – Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
>
> I -advertência;
>
> II -obrigação de reparar o dano;
>
> III -prestação de serviços à comunidade;
>
> IV- liberdade assistida;
>
> V- inserção em regime de semi-liberdade;
>
> VI - internação em estabelecimento educacional;
>
> VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.
>
> § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.
>
> § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.
>
> § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições [...].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

O proposto no artigo acima efetivará aos adolescentes uma das medidas citadas, adequando-a sempre a prática do ato infracional cometido. Observando o compromisso com a justiça e garantindo que seus direitos sejam mantidos, proibindo então a aplicação de medidas diversas das enunciadas no artigo 112 do Estatuto. Essas medidas detém a função de formação do tratamento tutelar com o objetivo de reestruturar e transformar o adolescente para por fim atingir a normalidade da integração social.

As especificações de cada medida individualmente possuem um objetivo restaurador e de acordo com o ato praticado por cada menor, vejamos:

Advertência: O menor infrator será advertido e receberá conselhos e orientações da autoridade judiciária na presença de seus pais ou de seu responsável legal, respeitando o adolescente advertido e tratando-o com dignidade; lembrando que é ainda, pessoa na condição peculiar de desenvolvimento e não poderá ser exposto ou submetido a constrangimento.

A essa temática Liberati esclarece: "A medida será aplicada em audiência judicial e consubstanciada em termo próprio, onde constarão as exigências e orientações que deverão ser cumpridas pelo adolescente. (Liberati, 1991, p. 57)"

Como a advertência sobrevém da prática de infracional, o sentido do ato de advertir, terá natureza repressivo/opressivo efetivando o poder do Estado sobre o indivíduo.

Obrigação de reparar o dano: Em concordância com o que dispõe o artigo 116 parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, o infrator poderá ser obrigado a reparar os danos/prejuízos causados pela prática da infração. Na visão de Afonso Armando Konzen, a obrigação de reparar o dano:

> constitui-se na imposição de formas de restituição, ressarcimento ou compensação. O *nomem*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *júris* da medida inclui a palavra obrigação. Independente dos eventuais reflexos cíveis dessa medida e de sua importância pedagógica, enquanto instrumento destinado à percepção pelo adolescente das consequências notadamente econômicas de seus atos, a imposição unilateral não só da restituição, mas especialmente das formas de ressarcimento do prejuízo do ofendido ou a instalação de qualquer outra providencia de compensação, significa, para o adolescente, o reconhecimento público da inadequação do ato praticado. (KONZEN, 2005, p. 46).

Essa medida socioeducativa possui caráter impositivo de reposição ou restituição do bem prejudicado como forma de provocar o adolescente infrator de forma econômica tendo ainda, função reflexiva pedagógica.

Prestação de serviço à comunidade: A prestação de serviços à comunidade atua como uma ação variável da internação, possibilitando que o infrator cumpra tais imposições junto da sua família, com a sua comunidade e sem ter que desligar-se dos seus afazeres. Representa uma das medidas com maior eficácia, pois permite ao infrator, de acordo com as suas capacidades laborativas, a realização de tarefas junto a sua própria comunidade. Demostrando um caráter pedagógico. Caráter pedagógico da medida socioeducativa da prestação de serviços à comunidade:

> A medida possibilita o alargamento da própria visão do bem público e do valor da relação comunitária, cujo contexto deve estar inserido numa verdadeira praxis, onde os valores de dignidade, cidadania, trabalho, escola, relação comunitária e justiça social não para alguns, mas para todos, sejam cultivados durante sua aplicação. (ROBERTO BERGALLI, APUD MARCOS MANDEIRA, 2006 PÁG. 150)

Importante ressaltar que a medida não pode ser imposta contra a vontade do adolescente, pois configura a trabalho forçado. Deste modo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

pode ocorrer substituição da medida, se decorrer o descumprimento pelo adolescente. O trabalho deve ser não oneroso, interagindo com a comunidade e desenvolvendo a cidadania, aspecto importante. De outro modo, caso o infrator juvenil, venha descumprir a norma positivada e se comprovado a sua culpabilidade, poderá ter sua sentençadeclarada unilateralmente pela autoridade judiciária competente. (MARCOS BANDEIRA, 2006)

Da liberdade assistida: Essa medida socioeducativa foi estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e está prevista em seu artigo 118 e parágrafos seguinte, Tem como finalidade orientar e acompanhar o infrator juvenil, e deve criar mecanismos para inclui-lo e reforçar os vínculos entre ele e o seu grupo social e familiar. Como sugere o próprio nome, a liberdade assistida é o acompanhamento do infrator juvenil na administração de sua liberdade, já que ele se mostrou incapaz de exercê-la sozinho. O infrator deve ser acompanhado, auxiliado e orientado para se sentir seguro e amparado.

> Haverá um acompanhamento na vida familiar e social do menor, lhe dedicando orientação e auxílio. O reeducando permanece junto de sua família, mas deve comparecer à entidade de atendimento periodicamente, procedendo a entrevistas com o setor técnico (ISHIDA, 2010, p. 235).

Contribuindo com o ilustrado Liberati explica que:

> Para melhor resultado dessa medida será conseguido pela especialização e valor do pessoal ou entidade que desenvolverá o tratamento tutelar com o jovem. Deverão os técnicos ou as entidades desempenhar sua missão através de estudo do caso, de métodos de abordagem, organização técnica da aplicação da medida e designação de agente capaz, sempre sob a supervisão de juiz. (LIBERATI, 1991,p. 61).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Caso o infrator descumpra a medida imposta na Liberdade Assistida, a exemplo desse descumprimento por exemplo: Deixar de frequentar os cursos obrigatórios e não demonstrar bons rendimentos, terá sua medida substituída por outra, podendo até perder a liberdade invertendo na internação sanção por até três meses.

Semiliberdade e internação: As medidas de privação da liberdade em que há a institucionalização do adolescente infrator, e a ruptura com os laços familiares e sociais, de certo modo são as que mais geram incômodos, assegurados sempre os requisitos da celeridade e excepcionalidade. O infrator deverá cumprir as normas estabelecidas pelos dirigentes das instituições e por seus comandados. É a medida mais polêmica, pois se assemelha ao sistema prisional, dividindo opiniões. O Estado se reveste de prerrogativas para proteger a sociedade desses indivíduos, que mesmo sendo considerados sujeitos de direito e em situação especial, pois estão em desenvolvimento, possuem as mesmas características negativas de um agente adulto quando se relata à criminalidade, devendo o Estado, inclusive, utilizar de força física e condução coercitiva. (PASSAMANI & ROSA, 2009)

Prevista no art. 120 do ECA,

> Trata-se, na verdade, de um modelo similar ao regime semi-aberto destinado aos imputáveis, os quais, normalmente, exercem atividades escolares e profissionalizantes externas sob a supervisão do responsável pela colônia agrícola, industrial ou similar e retornam para o pernoite, permanecendo, também, nos domingos e feriados no estabelecimento do regime semi-aberto. (BANDEIRA, 2006, p.163-164)

O Estado detém a privação de liberdade do infrator em prol da paz e da segurança social, a privação da liberdade do infrator juvenil representa o que de mais grave lhe pode, legalmente, acontecer em razão de sua conduta munida de culpabilidade, antijuridicidade e tipicidade

3 ESTUDO DAS PROPOSITURAS DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O fato da criminalidade na infância e adolescência ter aumentado substancialmente com o passar dos tempos, fez com que o poder público em geral debatesse essa temática com frequência e com caráter de urgência. Fator comprobatório da importância em discutir esse tema é o resultado de pesquisas de opinião pública apontando que há um clamor social por uma resolução, para que haja alguma medida eficaz que controle o aumento de infrações cometidas por esses menores.

Uma possível solução para uma parte da sociedade, muito comentada e discutida pelas autoridades públicas, é a diminuição da maioridade penal, não somente para a população, bem como para o Senado onde prosseguem variadas Propostas de Emenda à Constituição, as chamadas PEC'S, sugerindo, nesse caso, a adoção desta medida como solução para a criminalidade e violência.

Como já apresentado no decorrer do trabalho, houve uma evolução tanto legal quanto em relação ao aumento da criminalidade. Conforme o passar do tempo foram criados diversos mecanismos para tentar sanar a deficiência que se instalava e até hoje vem destruindo a infância e juventude de milhares de jovens pelo Brasil.

Rogério Greco apresenta uma sugestão no sentido preventivo, segundo ele "a prevenção geral pode ser estudada sob dois aspectos. Pela prevenção geral negativa, conhecida também como pela expressão prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir junto à sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal". Em seguida traz o posicionamento de Hassemer onde expõe acerca da prevenção por intimidação "existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o direito; esperança, enfim, de que o direito penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade." (HASSEMER, *apud*. GRECO, R. p.490)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Greco ao citar Paulo de Souza Queiroz preleciona que "para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não à prevenção negativa dos delitos; seu proposito vai além disso; infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em ultima análise, a integração social. "(QUEIROZ, *apud* GRECO p.490)

Entretanto é fato que essa ação preventiva passa a ser questionável no quesito eficácia, uma vez que ao analisar dados, verifica-se mesmo com a aplicabilidade de crimes punidos com esse tipo de pena, não demonstrando resultados positivos no que diz respeito à ausência ou diminuição ao se utilizar tal sanção.

A utilização dessa ação no Brasil teria uma importância significativa, uma vez que há índices que demonstram a ineficácia da tutela punitiva em todas as esferas, principalmente no tocante menores infratores.

Para Rebelo as falhas nas investigações funcionam como estímulo à prática delituosa. Prossegue dizendo que no caso do menor, o problema é ainda mais acentuado quando a conduta delituosa tem o condão de lhe trazer ganho financeiro, como ocorre em crimes de furto, roubo, extorsão mediante sequestro e outros crimes. (REBELO, 2010)

Por vezes o fato de afirmar que não poderá ser atribuída a responsabilidade por um ilícito, em particular a um menor, é diretamente relacionado a impunidade, porém é um equívoco uma vez que no próprio ECA, como já foi demonstrado anteriormente, pressupõe de previsão de medidas rígidas para um sujeito que se encontra em formação.

Rebelo (2010, p.55) defende que "acreditar que a diminuição da maioridade penal possa ser uma alternativa viável à segurança pública é, na essência, uma visão deturpada e minimalista da questão." E segue dizendo que "As cadeias são fábricas de crimes, pois a superlotação carcerária representa um aspecto negativo no que se refere às repercussões na esfera da educação, reabilitação e ressocialização dos presos.

Se extrai do posicionamento mencionado que para a imputação aos menores de 18 anos, vir a ser benéfica para a sociedade, o sistema prisional

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

teria que passar por uma reforma geral, adquirindo condições materiais e suporte para a quantidade de presos que superlotam o país. Do contrário, a diminuição da maioridade penal, sob uma ótica apartada, representaria um problema a mais para a segurança, em vez de solucionar o conflito que já está instalado.

Fernando Capez compreende divergentemente, não se posicionando favorável a proteção que estabelece o ECA, para o autor o Estatuto é um afronto jurídico e principalmente, um atentado à justiça social, incentivando a criminalidade através da impunidade dos criminosos menores de idade, pois sob sua visão o ECA tem o despudor de proibir a divulgação de seus nomes, e que suas fotos só podem ser estampadas mediante uma tarja de proteção.

É nítido que o tema proposto para a abordagem divide opiniões e gera posicionamentos distintos. Para facilitar a compreensão será destacado quatro pontos de vista diferentes, sendo eles: a) manutenção da maioridade penal aos 18 anos, e a não alteração da legislação específica. b) manutenção da maioridade de 18 anos, aumentando o período de internação. c) redução da maioridade penal para 16 anos; e d) redução da maioridade penal para 14 anos.

3.1 MANUTENÇÃO DA MAIORIDADE PENAL AOS 18 ANOS, E A NÃO ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.

No primeiro subtópico, que diz respeito à manutenção da maioridade penal aos 18 anos, e a não alteração da legislação específica, os apoiadores desse posicionamento alegam que esses menores possuem uma imaturidade própria à pessoas com a idade inferior a 18 anos, utilizando da ideia de que se encontram em formação referente a suas mentes e seus valores éticos. Por se encontrarem em estágio de mudança, argumentam que nesse período ainda seria possível correção as deturpações possivelmente sofridas, restituindo-os ao seio social sem precisar sofrerem penas tão severas, em relação às que são submetidas aos maiores de 18 anos.

3.2 MANUTENÇÃO DA MAIORIDADE DE 18 ANOS, AUMENTANDO O PERÍODO DE INTERNAÇÃO.

Para uma melhor compreensão veja o que determina o art. 121 paragrafo 3 do ECA

> **Art. 121.** A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.
>
> **§ 3º** Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

O artigo limita quanto o período máximo de internação aos menores, sendo este de três anos. A posição em abordagem, neste tópico, é colocada no sentido de que uma possível solução para toda a questão levantada neste trabalho, não seria de fato a diminuição da maioridade penal, mas a dilatação do período máximo de internação, havendo divergência somente quanto à quantidade de anos taxativa, podendo ser de cinco, oito ou dez anos.

Há atualmente alguns projetos de leis e emendas com o intuito de alterar o estatuto nesse sentido. O objetivo principal seria o aumento das sanções para atos infracionais considerados menos gravosos, estabelecendo a eles o período máximo de três anos de internação, e para as infrações mais graves esse prazo aumentaria, sendo de três anos o mínimo e se tratando de hediondos e equiparados o prazo poderia chegar a cinco anos.

Para quem argumenta favoravelmente à ampliação é harmônica a percepção de que os menores não têm que ficar impunes, muito menos devem ser submetidos às mesmas penalidades dos adultos, devendo ser explorado uma saída intermediária como solução.

3.3 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Será explanado pontos cruciais quanto a redução da maioridade tanto para quem sugere aos 14 quanto para aos 16 anos.

A fundamentação para quem defende a redução cinge no fato de que o Código Penal pregressa ao passado retroagindo à década de 40, onde prevalecia o critério biológico, por acreditarem á época, que não possuíam discernimento, visto que não havia acesso à informação, diferentemente dos menores atualmente.

Outra situação bastante questionada para os defensores desta aplicação é o fato de que se o menor de 16 anos pode votar, exercer sua cidadania, tendo a possibilidade de modificar o futuro do país, porque não ser responsabilizado criminalmente da mesma maneira.

Há também aqueles que utilizam de uma justificativa um tanto mais radical, para estes a não responsabilização criminal pelo ato praticado seria um estimulante ao cometimento de delitos, em virtude de acreditar que nada iria lhes ocorrer caso o fizessem, contando ainda com o elemento favorável à eles de que nem mesmo teriam registros em seus antecedentes criminais.

Rebelo em contraponto elucida que " se tal impunidade ou mesmo se tal inconsequência é inerente tão somente aos menores de 18 anos ou 21 anos? Como ponto de observação, deve se mencionar que apenas 15% dos crimes são praticados por menores de 21 anos. Utilizar a redução da maioridade penal como solução para a criminalidade juvenil, sem enfrentar os graves problemas sociais que se revelam como causadores maiores da violência, revela-se em um raciocínio meramente utilitarista". Ou seja, acredita na ideia de que algumas injustiças podem acontecer, como a impunidade de alguns jovens, neste caso, em prol de um bem maior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreendido toda a questão levantada ficou evidenciado que as medidas socioeducativas são meios eficazes para a retribuição do mal provocado por menores infratores, e portanto, não devem persistir as propostas de redução da maioridade penal.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O que deve haver é a adoção de políticas públicas que viabilizem a plena efetivação da aplicação das medidas já previstas pelo ECA, visto que são inviáveis as propostas de redução da maioridade penal por determinados fatores.

A aplicação da pena possui uma finalidade pedagógica, entretanto o que se busca também é a retribuição do mal causado, porém esse objetivo só poderia ser alcançado com a correta aplicação das medidas socioeducativas já existentes, não cabendo aplicar mecanismos punitivos mais rígidos, e sim o Estado se empenhar na aplicação das medidas socioeducativas, para que haja de fato resultados positivos no trabalho de ressocialização do menor.

Se torna tanto quanto contraproducente, em razão de que tanto a hipotética aplicação seções penalidades aos menores de 18 e maiores de 16 anos quanto a aplicação correta das medidas socioeducativas aos inimputáveis possuem na prática o mesmo efeito desejado por quem defende a redução da maioridade que é a retribuição da parcela do mal causado, e em ambos os casos o problema não se refere à punibilidade, mas se encontra em outra natureza.

Nesse sentido deveria ser explorado o modo como tem sido desenvolvida a atuação do Estado, quanto ao desenvolvimento das medidas socioeducativas e suas finalidades. Se o argumento principal para diminuição da maioridade penal cuida da necessidade de executar penas mais severas, e a grande recorrência de delitos praticados por menores. O que se invalida, pois como se verifica essa premissa é uma falácia replicada pela mídia.

Raciocinar quanto à aplicabilidade da punição mais severa faz constatar que não é por esse caminho que chegaria a solução desejada. Quando se analisa a questão carcerária atual, por exemplo, e diagnostica-se o déficit existente, associando à superlotação, o despreparo quanto à reintegração dos apenados à sociedade e principalmente a reincidência destes, situação esta reconhecida como “estado de coisa inconstitucional” pelo STF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Entende-se que a solução não seria inserir jovens em formação, e com alguma possibilidade de serem reintegrados à sociedade, em um sistema penitenciário falido, como é o atual sistema brasileiro.

O problema da criminalidade entre jovens de 16 e 18 anos será solucionado quando se deixar de pensar na pena, e o Ente Estatal passar a investigar as causas que dão origem a conduta delituosa. Quando o Estado se preocupar com desenvolvimento e aplicação de políticas públicas que visem promover a efetivação dos direitos e garantias fundamentais que estão previstos na Constituição Federal, sobretudo no que diz respeito aos direitos sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991.

AZEVEDO, Maurício Maia de. (Monografia) **O Código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**... Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: Acesso em: 03/09/2018.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

_____. **Lei de 16, de dezembro de 1830**. Manda Executar o Código Criminal. Rio de Janeiro: Senado, 1830. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm >. Acesso em: 03 nov. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

_____. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - Código Penal. Brasília. 1940. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html> acesso em: 28/10/2018

_____. **Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.** Consolida as leis de assistencia e protecção a menores. Disponível em: . Acesso em: 03 nov. 2018.

_____. **Código Mello Mattos (1927)**. Código de Menores. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 26/10/2018.

_____. **Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 19**90. Estatuto da Criança e do Adolescente.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lei de Diretrizes Sócio-Educativas**: Processo ou Procedimento? Tese de doutorado. 2007 disponivel em Publicacao_494.doc – acesso em 19/10/2018.

BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas**: Uma leitura dogmática, crítica e constitucional / Marcos Bandeira. - Ilhéus: Editus, 2006.

BARBOSA, Danielle Rinaldi. A natureza jurídica da medida socioeducativa e as garantias do direito penal juvenil. **In: Revista Brasileira Adolescencia e Conflitualidade.** Volume 1. Número 1. 2009. Disponivel em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_natureza_juridica_da_medida_socioeducativa_e_as_garantias_do_direito_penal_juvenil.pdf> Acesso em 19/10/2018

CAPEZ, Fernando. **Direito penal,** v, I, Parte Geral. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Conselho Federal de Psicologia. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: refletindo sobre sujeitos, direitos e responsabilidades/Jacqueline de Oliveira Moreira; Maria José Gontijo Salum; Rodrigo Torres Oliveira - Conselho Federal de Psicologia. - Brasília

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 9º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência das Medidas Socioeducativas**: Reflexões sobre a natureza jurídica da medida. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

_____. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional**. Porto Alegre, 2005

_____. **Pela Justiça na Educação**. Brasília. Fundescola/MEC, 2001

MACIEL, JOSÉ FÁBIO RODRIGUES. **Ordenações Filipinas- considerável influência no direito brasileiro** - Colunas | Carta Forense. Cartaforense.com.br. Disponível em: . Acesso em: 3 nov. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal** comentado. 7. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: RT, 2007.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo. Saraiva, 1991.

ODORIZZI, KARINE. **REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL**: PRÓS E CONTRAS – PHMP. Phmp.com.br. Disponível em: . Acesso em: 3 nov. 2018.

OLIVEIRA, Raimundo Luiz Queiroga de. **O Menor Infrator e a Eficácia das Medidas Sócio-Educativa**s. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 162, 15 dez. 2003. Disponível em: . Acesso em: 28/10/2018

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

PAES, JANIERE PORTELA LEITE. **O Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente**: avanços e retrocessos | eGov UFSC. Egov.ufsc.br. Disponível em: . Acesso em: 3 out. 2018

PASSAMANI, M. E. & Rosa, E. M. (2009). **Conhecendo um programa de liberdade assistida pela percepção de seus operadores.** Psicologia Ciência e Profissão, 29(2), 330-345. Acesso em 25 de outubro, 2018, Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-98932009000200010&script=sci_abstract&tlng=pt. > Acesso em: 29/10/2018

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. In Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2011. Disponível em: < http://www.infopedia.pt/$ordenacoes-filipinas>. Acesso em: 03 nov. 2018

REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. **Maioridade penal e a polêmica acerca de sua redução**. 1. ed. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral : uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 4. ed. Rev. e atual. Porto Alegre. Livr. do Advogado, 2013.

SPOSATO, Karyna. Princípios e garantias para um direito penal juvenil mínimo. In: Justiça, adolescente e ato infracional; socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Atlas, 2002.

NOTA:

[1] Defensor Público Federal de 1ª Categoria na Defensoria Pública da União no Estado do Tocantins. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes - UCAM. Especialista em Direito nas Relações de Consumo pela Universidade Candido Mendes - UCAM. Especialista em Direito da Concorrência e Propriedade Industrial pela Universidade Candido Mendes - UCAM. Membro da Comissão de Revalidação de Diplomas de Mestrado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Obtidos em Universidades Estrangeiras da Pró-Reitoria de Cooperação e Convênios Internacionais da Universidade Candido Mendes - UCAM (licenciado). Aprovado no 1º Concurso para Provimento na 3ª Classe de Cargos de Procurador do Município de Nova Iguaçu, Estado do Rio de Janeiro. Professor e orientador da graduação (bacharelado) do curso de Direito da Universidade Candido Mendes - Ipanema (licenciado). Professor da graduação e da pós-graduação do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins - UBEC. Autor de artigos jurídicos com diversas participações em seminários e palestras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

www.conteudojuridico.com.br

CRIMES DE ROUBO NA CIDADE DE PALMAS-TO

RAFAEL BARROS PESSANHA ALVES: Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ANTÔNIA MARIA DA SILVA

(Orientadora)[1]

RESUMO: O presente artigo aborda o crime de roubo na cidade de Palmas-Tocantins, trazendo sua tipificação dentro do Código Penal Brasileiro, bem como apresentando dados quantitativos inerentes ao crime de roubo, além de comparar dados referentes aos anos de 2015 a 2017, exemplificando oscilações que ocorreram, tendo por base dados oficiais da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Tocantins/SSP-TO. A pesquisa também conceitua roubo e apresenta os elementos presentes na prática do delito. Além disso, destaca situações de aumento e diminuição e quais são os tipos de crimes de roubo que mais ocorreram na capital do estado do Tocantins entre os anos de 2015 a 2017.

Palavra-chave: Crime de roubo, Roubo Palmas/Tocantins, Roubo Palmas 2015 a 2017.

ABSTRACT: This article deals with the crime of robbery in the city of Palmas-Tocantins, bringing its typification within the Brazilian Penal Code, as well as presenting quantitative data inherent to the crime of robbery, in addition to comparing data referring to the years 2015 to 2017, exemplifying oscillations that occurred, based on official data from the Public Security Secretariat of the State of Tocantins / SSP-TO. The research also concept of robbery and elements for the practice of crime, besides highlighting situations of increase and decrease and what are the types of robbery crimes that occurred most in the capital of the state of Tocantins between the years 2015 to 2017.

Keywords: Theft crime, Theft Palms / Tocantins, Theft Palms 2015 to 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

A violência é uma realidade nos dias atuais. É um fenônemo estudado em todos os lugares do mundo, visando encontrar a solução para esse problema incorporado em muitas nacionalidades, inclusive a brasileira, sem que ocorra uma solução, pelo menos de médio prazo para tal evento.

Segundo Maria Cecília de Souza Minayo (2006, p. 6), ‘‘a violência consiste no uso da força, do poder e de privilégios para dominar, submeter e provocar danos a outros: indivíduos, grupos e coletividades’’.

O autor David Léo Levisky (2010, p. 6) relata que a violência acompanha o homem desde tempos imemoriais, mas, a cada tempo, ela se manifesta de formas e em circunstâncias diferentes.

Destaca o autor Zeferino Rocha (1996, p.10) que:

> A violência, sob todas as formas de suas inúmeras manifestações, pode ser considerada como uma vis, vale dizer, como uma força que transgride os limites dos seres humanos, tanto na sua realidade física e psíquica, quanto no campo de suas realizações sociais, éticas, estéticas, políticas e religiosas.

A violência urbana manifesta-se por várias condutas criminosas, tais como homicídios, sequestros, assaltos à mão armada, crimes de violência doméstica e, principalmente, por meio do crime de roubo.

Por sua vez, a política pública de segurança pública nacional não consegue minimizar as condutas delituosas, cuja consequência imediata é o aumento progressivo de crimes, sem que haja uma solução para a problemática constatada e todas as regiões do País, inclusive de Palmas/Tocantins.

Dentre os tipos de crimes, como já afirmado, assume relevância o crime o roubo.

Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no Brasil ocorreu um roubo a cada minuto no ano de 2016, totalizando 557 mil casos. Tal constatação significa um crescimento de 8% em relação a 2015, quando ocorreu 530 casos de roubo. Dos crimes ocorridos em 2016, 41% estavam concentrados nas capitais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Também é importante ressaltar que fortalece a onda de crime de roubo, o caos na segurança pública. Tal situação levou o governo brasileiro a criar o Ministério da Segurança Pública, em 2018, como mais um mecanismo ou forma de tentar solucionar o problema da criminalidade no país, de modo a concentrar esforços na retomada do controle da segurança.

Assim, diante dos números expressivos de ocorrências de roubo no Brasil, o presente artigo contextualiza o tipo penal, abordando o crime de roubo na cidade de Palmas/Tocantins, trazendo dados quantitativos relativos ao crescimento ou diminuição desse crime na capital, além de apresentar os tipos mais comuns de roubos na zona urbana.

Como metodologia de pesquisa, levantou-se os dados quantitativos referentes aos crimes de roubo na cidade de Palmas nos anos de 2015 a 2017, por meio da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Tocantins, segregados por subtipos de crimes de roubo: a transeuntes, a veículos, a transporte coletivo, a estabelecimento comercial ou de serviço, a residência, com restrição de liberdade da vítima, dentre outros.

A principal função da pesquisa é trazer dados estatísticos e quantitativos referentes ao crime de roubo em Palmas/TO, exemplificando alguns aspectos do crime de roubo em suas diversas modalidades e quais são os fatores relevantes para essa ocorrência cotidiana, bem como quem são os principais atingidos do ponto de vista social e econômico.

Além disso, far-se-á uma síntese das formas de repressão previstas no Código Penal Brasileiro para o crime de roubo.

No decorrer desse artigo será apontado, também, com base nos dados da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Tocantins, o crescimento e a dimunuição do crime de roubo, que ocorreram nos anos de 2015 a 2017 na cidade de Palmas/TO, apresentando estatísticas e dados quantitativos.

Em se tratando de organização, o presente artigo versará sobre o conceito do crime de roubo e sobre o crime de roubo em Palmas/Tocantins, apresentando as estatísticas.

2 DO CRIME DE ROUBO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Historicamente os atos criminosos sempre foram objeto de repressão, ainda no início da civilização humana.

No contexto histórico existiam repressões de modo geral, sempre no sentido de punir algum delinquente que contrariasse os princípios e os valores de cada cultura. Pode-se afirmar que em todas as culturas existem formas parecidas e formas distintas de crime, bem como diferentes tipos de punibilidade.

Fernando Capez (2015, p. 459) conceitua o roubo como crime complexo, pois é composto por fatos que individualmente constituem crime.

Fabiana Carvalho destaca (2016) que o roubo é um crime complexo onde estão envolvidas a tutela do patrimônio, a liberdade e a integralidade corporal, diferente do furto que é um crime simples, envolvendo apenas a tutela do bem jurídico.

Em seu artigo, Rogério Tadeu Romano (2015, p.1) traz um breve relato da tipicidade e a punibilidade no século XIX dos crimes contra a vida e o patrimônio.

Para o autor, o Código Imperial, de 1830, classificava os crimes contra a pessoa e a propriedade, prevendo os crimes de roubo e latrocínio, nos artigos 169 e 271, punindo-os com a pena de galés e morte, dependendo das circunstâncias.

Ainda Romano (2015, p. 1)

> O Código Penal de 1890 manteve a mesma classificação e o mesmo sistema. Todavia, incluía na noção de roubo a violência à coisa (destruição ou rompimento de obstáculos), no artigo 358, presumindo a violência à pessoa quando havia o emprego de chave falsa ou se a destruição se dava mediante escalada.

Atualmente, o crime de roubo tem se modernizado e aumentado proporcionalmente ao crescimento populacional, e esse aumento tem a influência direta da falta de investimento em educação, tendo, Wilson Ferreira Gomes (2014, p.1) abordado essa questão:

> A falta de investimentos na educação gera a crescente disparidade social, que, por sua vez, agrega valores negativos à personalidade humana, como a ignorância intelectual, a desqualificação profissional, a falta de perspectivas e, por fim, a decepção, a raiva, a violência e a criminalidade.

Ainda conforme Gomes (2014, p.1), a omissão do Estado abre precedentes perigosos na leitura dos direitos sociais, uma vez que a desigualdade e a falta de investimento empurra os cidadãos para longe dos livros e os coloca à mercê dos exploradores de mentes desocupadas.

Conforme Rogério Greco (2016, p. 587), a figura típica do roubo é composta pela subtração, características do crime de furto, conjungada com o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa. O Roubo pode ser visualizado como um furto acrescido de alguns agravantes.

O artigo 157 do Código Penal assim define o crime de roubo:

> Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

Anteriormente, no Código Penal era causa de aumento de pena, se no crime houvesse o emprego de ‘‘arma’’, deixando assim, bem amplo a definição do que poderia ser usado como arma. No entanto, vale ressaltar que a Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018 alterou uma das hipóteses de agravantes que agora necessita de emprego de ‘‘arma de fogo’’. Se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo, a pena aumenta-se de dois terços.

O roubo é caracterizado pelas circunstâncias empregadas na ação do delinquente. A violência e a grave ameaça identificam exatamente o delito em espécie. A vítima é obrigada a entregar o bem, de forma grosseira e rude, causando muitas vezes temor e medo.

2.1 CARACTERÍSTICA DO ROUBO

Os *modus operandi* é o modo que agem criminosos para consolidação do delito.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

No roubo também ocorre desdobramentos, ou seja, situações imprevistas. Esse é o caso do latrocínio, conhecido como roubo seguido de morte e tipificado como roubo com resultado morte. Nesse caso, ocorre um crime preterdoloso, que é quando o agente comete um crime mais grave do que o pretendido, e segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), há crime de latrocínio quando resulta a morte, mesmo que o indivíduo não consiga subtrair o bem, in verbis:

O artigo 157 do Código Penal Brasileiro diz que: ‘‘Subtrair coisa alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”. Para essa situação a pena prevista é de quatro a dez anos, além de multa.

Ainda no artigo 157, o parágrafo primeiro prescreve que incorre na mesma pena quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

Importante destacar que parágrafo segundo do art. 157 do Código Penal prevê um aumento de pena de um terço até a metade para os seguintes casos:

(i) Se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma.
(ii) Se há o concurso de duas ou mais pessoas.
(iii) Se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.
(iv) Se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.
(v) Se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.
(vi) Se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

A Lei 13.654, de 23 de abril de 2018, trouxe alterações ao crime de roubo, ao incluir o parágrafo segundo A, que por sua vez aumentou a pena de dois terços. O inciso I diz que se a violência é exercida com emprego de arma de fogo é um caso de aumento da pena. O inciso II que diz que se há

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

O parágrafo terceiro, inciso I, prevê uma pena de reclusão de sete a dezoito anos se da violência empregada no crime resulta em lesão corporal grave e de vinte a trinta anos se resulta em morte, além disso, cabe multa.

Conforme relata Mariana Bartnack **(2003, p.1) o** roubo nada mais é que o furto agravado pelas circunstâncias da violência física ou psíquica contra a pessoa, ou ainda por outro meio que a impede de resistir aos propósitos e à ação do delinqüente.

Ainda segundo Bartnack (2003, p.1) não há roubo se a ameaça não é dirigida para a subtração e tem outra finalidade.

Greco (2016, p. 588) destaca que, o que torna o roubo especial em relação ao furto é justamente o emprego da violênca à pessoa ou da grave ameaça, com a finalidade de subtrair a coisa alheia móvel para si ou para outrem.

Ainda Greco (2016, p. 589) a ameaça deve ser verossímil, crível, razoável, capaz de infundir temor.

Para Hungria, (1980, p. 55) a ameaça deve ‘‘tornar-se idônea, pelo menos no caso concreto, a paralisar a reação contra o agente’’.

Toda essa tipificação do crime de roubo a torna uma ferramente de combate ao crime, pois é dela que se extrai a punição ao infrator da lei, bem como possíveis agravantes e atenuantes.

2.2 DO CRIME DE ROUBO EM PALMAS/TO

Entre o ano de 2015 a 2017 houve uma variação em relação aos crimes de roubo na capital, com aumento e diminuição constante, sem que se possam identificar quais as causas da oscilação positiva e/ou negativa das políticas públicas.

2.2.1 Roubo de veículos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Seguno dados da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Tocantins, ocorreram 198 casos no ano de 2015, 220 casos em 2016 e 137 casos em 2017.

Tendo por ano base o ano de 2015, vê-se que houve um aumento de 11% do crime de roubo em 2016 e uma diminuição de 30% em 2017.

Por sua vez, houve uma diminuição de 37% de 2016 para o ano de 2017.

Esse crime é bastante comum nas grandes capitais, como São Paulo-SP, Rio de Janeiro-RJ, Fortaleza-CE, e geralmente a finalidade é bem variada. Os veículos roubados são utilizados para a prática de outros crimes, bem como para desmanche e posterior venda das peças, usadas ou seminovas.

Nas fronterias do Brasil com a Bolívia, Paraguai, e outros países de fronteria seca, a finalidade de roubos à veículos é a troca do bem por substâncias entorpecentes/drogas, armas, muambas e outros tipos de tráfico e contrabando.

Na cidade de Palmas-TO a realidade é semelhante. No entanto, a quantidade desses crimes não é tão grande como nos locais citados acima. Na capital tocantinense existem casos de desmanche, utilização para outros delitos, bem como a venda para outros estados cuja fiscalização por parte do estado é precária.

2.2.2 Roubo a transeunte.

Outro crime comum em Palmas-TO é o roubo a transeunte (pedestre). É possível observar que nesse crime o número é bem superior ao roubo de veículos.

Em 2015 ocorreram 1.214 casos, em 2016 foram 1.200 casos e 960 no ano de 2017, conforme dados da SSP/TO.

Com base no ano de 2015 é possível identificar que houve uma redução de 1% em relação a 2016 e 26,4% dos casos para o ano de 2017.

Logo, houve uma diminuição de 25% de 2016 para o ano 2017.

Os pedestres são vulneráveis a vários tipos de crimes, especialmente o de roubo ou furto. Essa vulnerabilidade existe ao transitar em ruas, avenidas e sem iluminação.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Outro fator predominante para a ocorrência desse delito de roubo a pedestre é a receptação, tipificado pelo Código Penal Brasileiro como crime, em seu artigo 180.

> Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A receptação é um problema que vêm sendo abordado há alguns anos. Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei PLS 479/2017 que visa aumentar a pena do crime de receptação, buscando reduzir os casos. Caso a lei seja aprovada, a pena passará de dois a seis anos, e em sua modalidade qualificada, de cinco a dez anos.

A qualificação desse delito está tipificada do parágrafo primeiro ao sexto do artigo 180 do Código Penal Brasileiro.

> 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime:
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.
> 2º - Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência.
> 3º - Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:
> Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas as penas.
> 4º - A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> 5º - Na hipótese do 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.
> Na receptação dolosa aplica-se o disposto no 2º do Art. 155.
> 6º - Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no caput deste artigo aplica-se em dobro.

O objetivo do criminoso é sempre a subtração de diversos tipos de objetos, como: aparelho celular, dinheiro, cartões de crédito, jóias, bolsas e outros.

Com essa onda de crimes ocorrendo, é necessário que haja fortes investimentos, tanto na prevenção quanto na repressão.

Um exemplo disso é o posto da Polícia Militar que foi instalada do lado externo do Capim Dourado Shopping, com a presença de viatura em horários estratégicos para prover a segurança de trabalhadores, alunos e toda população que utiliza transporte coletivo no período noturno.

2.2.3 Roubo em transporte coletivo.

Outro crime que assusta a população brasileira, principalmente nos grandes centros é o roubo em transporte coletivo.

O roubo em transporte coletivo é um crime bastante comum nas grandes capitais.

No ano de 2015 ocorreram 10 casos, 2 casos em 2016 e 15 casos em 2017 segundo dados da SSP/TO.

Em Palmas-TO, tendo por base o ano de 2015, houve uma diminuição de 80% em relação ao ano de 2016 e um aumento de 50% para o ano de 2017.

Já do ano de 2016 para o ano de 2017 houve um aumento de 65%.

Embora seja pequeno o registro desses casos, nota-se que houve um aumento significativo desses roubos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

2.2.4 Roubo em residência.

Quanto ao roubo em residência, verifica-se que esse delito em questão é um dos mais violêntos e impactantes para as vítimas que tem seu domicílio violado, em qualquer dia e horário, bastando um descuido para sofre o ataque.

Em 2015 foram registrados 25 casos, 39 casos em 2016 e 41 no ano de 2017, segundo dados da SSP/TO.

Verifica-se que houve um crescimento de 56% tendo por base o ano de 2015 em relação ao ano de 2016, além disso, se comparar de 2015 a 2017 houve um aumento de 64%.

Do ano de 2016 para o ano de 2017 ocorreu aumento de 5%.

Esse crime se torna bastante gravoso pelo fato de haver violação de domicilio.

Para minimizar esse tipo de crime, em palmas também atuam no período noturno, em diversas quadras da cidade, vigias noturnos, auxiliando na segurança de casas e estabelecimentos comerciais.

2.2.5 Roubo em estabelecimento comercial ou de serviço.

Essa modalidade de crime vem assombrando comerciantes e empresários de diversos ramos e segmentos.

Segundo dados da SSP/TO, em 2015 foram registrados 101 casos, 65 em 2015 e 47 em 2017.

Os números foram reduzidos gradativamente. Com base no ano de 2015, houve uma dominuição de 42% em relação a 2016 e de 53% em relação há 2017.

Do ano de 2016 para o ano de 2017, houve uma diminuição de 27%.

Em Palmas-TO, alguns estabelecimentos funcionam 24h com segurança eletrônica, outros, há segurança humana, no entanto, utilizam de grades para fazer o atendimento de clientes em período noturno, pois, é nesses horários que há maior incidência desses roubos.

Possivelmente o fator determinante para essa diminuição é a forma como os comerciantes vêm trabalhando a prevenção, investindo em segurança privada e outros modos, como colocar grades de ferro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Talvez o Estado também tenha exercido papel de destaque na diminuição, com ações de prevenção e repressão, que acabam por desfavorecer os índices de criminalidade em toda a cidade.

2.2.6 Roubo com restrição da liberdade da vítima

Essa modalidade de crime é popularmente conhecida como ''Sequestro Relâmpago'', que é quando a vítima é obrigada a fazer diversas transações bancarias para criminisos durante período em que se encontra em poder dos mesmos.

Conforme dados da SSP/TO, em 2015 ocorreu apenas 1 caso, no ano de 2016 e 2017 não foram registrados nenhum caso.

Em Palmas, no ano de 2015, ocorreu apenas um caso envolvendo tal modalidade. Certamente o investimento por parte do Município em circuito de vídeo monitoramento urbano, colocando câmeras de segurança em pontos estratégicos, visando inibiu tais condutas criminosas, em toda a cidade, a exemplo do que ocorre em pontos estratégicos de Palmas, implantadas pela prefeitura municipal.

Estabelecimentos bancários, com segurança privada, monitorando suas agências diuturnamente também contribuem para a segurança de seus usuários e clientes, pois, algumas abordagens podem ocorrer ainda dentro da agência bancária, e com a segurança montada, a probabilidade de um ataque diminuiu certamente.

2.2.7 Outros Roubos.

Cumpre ressaltar que ocorreram outros diversos tipos de roubos.

Em 2015 ocorreram 154 casos, 84 em 2016 e 160 casos no ano de 2017, segundo dados da SSP/TO.

Baseando-se pelo ano de 2015 houve uma diminuição de 45% em relação ao ano de 2016, e um aumento de 3% em relação ao ano de 2017.

Destaca-se ainda que do ano de 2016 para o ano de 2017 esse aumento foi de 90%.

Vale lembrar que esses outros roubos versam sobre diversos tipos de objetos e coisas, desde bicicleta até embarcações, não sendo divulgados exatamente quais se referam, nos dados oficias.

Importante destacar que, casos de roubo de carga, de veículo de transporte de valores (carro-forte) e a instituição financeira, não ocorreram em Palmas no ano de 2015 a 2017.

É importante assinalar que esses números podem ser maiores, pois, existe a possibilidade de vítimas desses crimes não terem procurado a polícia para registrar o fato, ou seja, pode haver subnotificação das ocorrências.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo apresentar de forma simples os dados inerentes ao crime de roubo em Palmas-Tocantins.

Com base nos dados apresentados nota-se que há uma variação, sendo que o roubo a pedestres foi o que mais ocorreu de 2015 a 2016, seguido pelo roubo de veículos que teve o segundo maior percentual dentre os apresentados.

Quanto ao crime de roubo de veículos, houve redução de 30% de 2015 para o ano de 2017.

Pertinente ao crime de roubo a transeunte/pedestre houve redução de 26,4% de 2015 para o ano de 2017.

Para os casos de roubo em transporte coletivo houve um aumento de 50% dos casos em relação ao ano de 2015 para o ano de 2017. Também aumentou nos casos de roubo em residência, de 2015 para o ano de 2017 em 64%.

Em relação ao roubo em estabelecimento comercial ou de serviço houve diminuição, do ano de 2015 para o ano de 2017, de 52%.

Para os casos de roubo com restrição da liberdade da vítima houve apenas um caso no ano de 2015. Já outros roubos ocorridos na capital houve um aumento de 3% do ano de 2015 para o ano de 2017.

Assim sendo, o roubo na cidade de Palmas-Tocantins ainda é bastante inferior quando comparado a outras capitais brasileiras. No entando, conforme mencionado, o crime é proporcional ao número de habitantes e partindo desse presuposto, nota-se que há sim, um problema de segunça pública em Palmas-TO quanto a diversos tipos de roubos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. (Código Penal) Artigo 157. Disponível em: . Acesso em 20/09/2018.**

BRASIL. **Lei 9.426, de 24 de Dezembro 1996.** . **(Código Penal) Artigo 180.** Altera dispositivos do Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - Parte Especial**. Disponível em: . Acesso em 21/09/2018.**

BRASIL. **Lei 13.654, de 23 de Abril de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: . Acesso em 07/11/2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. parte especial. v.2. ed.saraiva. 2015.p.459.

CARVALHO, Fabiana. Análise conceitual sobre furto e roubo**. Disponível em:**
< https://fabianarodrigues52**.jusbrasil.com.br/artigos/327182145/analise-conceitual-sobre-furto-e-roubo>. Acesso em 25/08/2018.**

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. : **estatisticas/tableau-patrimoniais**. Disponível em: < http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/tableau-patrimoniais/ >. Acesso em: 07/11/2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. v.13. ed. Impetus. 2016. p.587, 588 e 589.

HUNGRIA, Nélson.; FRAGOSO, **Comentários ao Código Penal**: v.7. artigos 155 a 196. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 55.

LEVISKY, David Léo. Uma gota de esperança. **A violência na sociedade contemporânea. p.06. Disponível em: . Acesso em: 29/07/2018.**

MINAYO, MCS. **Violência e saúde**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2006.p.06. Temas em Saúde collection. 132 p. ISBN 978-85-7541-380-7. Available from SciELO Books. Disponível em: < http://books.scielo.org/id/y9sxc/pdf/minayo-9788575413807.pdf>. Acesso em 15/09/2018.

ROMANO, Tadeu Rogério. **Alguns aspectos polêmicos do crime de roubo** 2015. Disponível em: < https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina357-alguns-aspectos-polemicos-do-crime-de-roubo.pdf >. Acesso em: 23/08/2018.

ROCHA, Z. Paixão, **violência e solidão: o drama de Abelardo e Heloísa no contexto cultural do século XII**. Disponível em: . Recife: UFPE, 1996. p. 10. Acesso em: 12/08/2018.

TOCANTINS. Secretaria da Segurança Pública: **Gerência de Inteligência, Análise e Estatística/Unidades Policiais**. Palmas/TO,2018.[os dados não são de domínio público]. Recebido via email. .

WILSON, Ferreira Gomes. Falta de educação, sobra violência**. 2014. Disponível em: < http://wilsonferreiracampos.blogspot.com/2014/04/falta-educacao-sobra-violencia.html>. Acesso em 12/08/2018.**

NOTA:

[1] Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário na Faculdade Serra do Carmo. Docente da área de Direito no Instituto Federal do Tocantins. Mestra em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul e Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BULLYING E A RESPONSABILIDADE CIVIL DE INSTITUIÇÕES DE ENSINO PÚBLICO

JOSE PEDRO ALVES NETO:
Bacharelando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - Palmas Tocantins.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA

(Orientadora)[1]

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade abordar o *bullying*e a responsabilidade civil de instituições de ensino público. Tendo como objetivo verificar qual tipo de responsabilidade civil e a quem é ela atribuída nos casos de *bullying*sofrido por crianças e adolescentes em escolas públicas brasileiras. Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método dedutivo, pois, parte de uma situação geral já existente para uma específica, com uma abordagem qualitativa. Quanto à responsabilidade, quando envolve alunos menores, ou incapazes a responsabilidade dos pais e do Estado é objetiva uma vez que caracteriza omissão específica.

PALAVRAS-CHAVE:*Bullying.* Escolas Públicas. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This article aims to address bullying and civil liability of public education institutions. With the purpose of verifying what type of civil liability and to whom it is attributed, in cases of bullying suffered by children and adolescents in public Brazilian schools. For the development of the research was used the deductive method, therefore, part of a general situation already existing for a specific, with a qualitative approach. Regarding responsibility, when involving minor or incapacitated students the responsibility of parents and the State is objective since it characterizes specific omission.

WEYWORDS:Bullying. Public schools. Civil responsability.

1 INTRODUÇÃO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O estudo trata da questão do *bullying*e a responsabilidade civil de instituições de ensino público. No último século o *bullying* se tornou um instituto muito importante, pois, deixou de ser visto como simples brincadeiras que ocorrem no interior das escolas e passou a ser tratado como violência.

O*bullying* se caracteriza por violência física ou psicológica intencional e realizadas por diversas vezes contra determinada pessoa, ou até mesmo grupos, causando sérias consequências que variam desde a dor, a angústia, vergonha, constrangimento devido à relação desigual de poder.

A principal motivação do estudo é que a questão do *bullying* tem se tornado comum nas escolas públicas, em especial do ensino fundamental. Os alunos considerados diferentes pelos demais colegas são submetidos a tratamento discriminatório e se tornam vítimas afetando o aprendizado como um todo.

O desenvolvimento do estudo é relevante tanto para a comunidade acadêmica como para todos os interessados no tema. Mesmo diante de estudos publicados sobre o *bullying*, vale a pena desenvolver novas pesquisas a fim de contribuir com a disseminação de informações relativas ao tema, neste sentido, o problema da pesquisa foi verificar qual a espécie de responsabilidade civil atinente aos danos decorrentes da prática de *bullying* e quem são as pessoas responsáveis?Uma vez que a finalidade da escola não está restrita apenas ao ensino propriamente dito, mas de igual modo ao cuidado e vigilância que se deve tomar em favor dos alunos, que em sua maioria são menores e estão ainda em processo de desenvolvimento psicológico, intelectual, moral, formação escolar e para o mundo do trabalho.

O objetivo geral se pautou em compreender a importância da responsabilização civil nos casos de *bullying* em escolas públicas brasileiras. Os objetivos específicos se propuseram a discorrer sobre o *bullying;* enfatizar as principais leis que tratam do *bullying*e analisar a responsabilidade civil nos casos de *bullying*em escolas públicas do Brasil.

O método utilizado nesta pesquisa foi o dedutivo, pois, parte de uma situação geral já existente para uma específica, a ser desenvolvida por meio

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de abordagem qualitativa. A técnica empreendida a pesquisa bibliográfica em diversas fontes de consulta. As fontes de consulta impressas e virtuais foram artigos relativos à área educacional, para retratar a realidade do *bullying*em escolas públicas do Brasil e na parte legal, as leis e jurisprudências que tratam o tema.

Estruturalmente, o trabalho é sistematizado itens para a melhor compreensão. O primeiro item trata de aspectos relativos ao *bullying*, aspectos conceituais. O segundo discorre sobre as principais características do *bullying*. O terceiro aborda a questão da responsabilidade civil das escolas públicas quanto ao *bullying.*

2 ASPECTOS RELATIVOS AO *BULLING* E A RESPONSABILIDADE CIVIL EM INSTITUIÇÕES DE ENSINO PÚBLICO

A palavra *bullying* tem origem inglesa e traduzida significa intimidação, assim como comportamento agressivo que ocorre no ambiente escolar.Oproblema sobre violência na escola sempre existiu, era conhecida como brincadeiras maldosas, a princípio. Porém, com o passar dos tempo se tonou relevante devido aos efeitos que causam às vítimas, pois são atos violentos, agressivos e perigosos.

De acordo com Chalita (2007) o bullying é a negação da amizade, do cuidado, do respeito. O agente agressor, impiedosamente, expõe o agredido às piores humilhações.

Deste modo o *bullying é um fenômeno que se desenvolveu em grande parte das nações e acomete as mais diferentes classes sociais. Por isto é preciso buscar entender o que leva ao bullying e como esta prática pode prejudicar os indivíduos em sua vida pessoal, profissional e, principalmente educacional.*

Os estudos sobre *bullying* se iniciaram na década de 70 na Suécia e na Dinamarca, no entanto esse fenômeno sempre existiu no ambiente escolar, mas não era caracterizado como tal, por se acreditar que não se passava de brincadeiras inofensivas e normais entre os estudantes. Foi na

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

década de 80 que os estudos sobre o tema tomaram proporções maiores devido aos estudos feitos na Noruega por Dan Olweus (CHALITA, 2007).

O tema chegou ao Brasil no fim dos anos 90 e início de 2000, e as pesquisas realizadas englobavam apenas a realidade dos locais onde eram realizadas. Mas, na década de 80, já se realizavam estudos sobre a depredação de prédios escolares e aos poucos os estudos atingiram as relações interpessoais agressivas (ANTUNES & ZUIN, 2008).

O *bullying* é um fenômeno social complexo, inerente à condição humana. Uma etapa muito importante na prevenção e combate a este tipo de violência em meio escolar é a compreensão clara do conceito por toda a comunidade educativa e a sua distinção relativamente a outros comportamentos, nomeadamente a indisciplina e a violência fortuita (VENTURA; FANTE, 2015).

Tokarnia (2017) ressalta que o Brasil em cada 10 estudantes um sofre *bullying,* Em pesquisa realizada pelo Programa Internacional de Avaliação de Estudantes – PISA em 2015 cerca de 17,5% dos adolescentes respondeu sofrer formas variadas de *bullying* sendo que são agredidos algumas vezes por mês; 7,8% disse que são excluídos pelos colegas da escola; 9,3% motivo de piadas; 4,1% ameaçados; 3,2% empurrados ou agredidos. Alguns desses alunos relataram que os colegas destroem seus objetos pessoais, são vítimas de rumores, boatos maldosos. Grande parte são vítimas frequentes de *bullying*, ou seja, estão mais expostos a este tipo de tratamento.

Conceitua-se *bullying* como abuso de poder físico ou psicológico entre pares, envolvendo dominação, prepotência, por um lado, e submissão, humilhação, conformismo e sentimentos de impotência, raiva e medo, por outro. As ações abrangem formas diversas, como colocar apelidos, humilhar, discriminar, bater, roubar, aterrorizar, excluir, divulgar comentários maldosos, excluir socialmente, dentre outras. (RISTUM,2008).

Para Debarbieux&Blaya (2002, p.72) o *bullying* é entendido como "[...] desejo consciente e deliberado de maltratar uma pessoa e coloca-la sob tensão". O *bullying* se caracteriza a partir de três pressupostos básicos: intencionalidade, repetitividade e desigualdade de poder. (OLIVEIRA et. al.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2015). O *bullying* que acontece na escola é efetivado por meio da agressão dos colegas de sala ou do colégio, no sentido de expô-los negativamente, por períodos consecutivos. Tais ações constrangedoras provocam dificuldade de defesa dos alunos atingidos, que se sentem com baixa auto estima, prejudicando, inclusive o desenvolvimento educacional.

De acordo com Oliveira et. al. (2015, p.2):

> Este fenômeno pode manifestar-se diretamente, nas formas físicas (bater, cuspir, verbal) apelidos pejorativos, ameaças, insultos, fofocas e por meio do *cyberbullying*(uso de mídias sociais eletrônicas ou de comunicação – internet e telefone), ou indiretamente, em situações sem confronto direto entre as partes envolvidas (exclusão social, fofoca).

Ou seja, pode-se dizer que a questão do *bullying é vista como problema de relacionamento, no qual o poder é impelido ao outro por meio de violência. É uma realidade de muitas crianças e adolescentes em idade escolar, atingindo diversas nações e culturas. O bullying provoca nas vítimas problema psicológico, atrapalha o processo ensino aprendizagem e influencia negativamente na vida social.*

Dentre as classificações ou tipos de *bullying* Lago, Massa e Peidra (2006)afirmam que entre eles o físicoesse tipo de *bullying* se manifesta por meio da violência física, como socos, chutes, tapas repetidos em uma mesma pessoa, bloqueio da passagem, empurrões e toques de maneiras inadequadas e agressivas.Muito difícil de ser identificada uma vez que se confunde a meras brincadeiras.

Existem diferentes maneiras de se praticar *bullying*: por meio de ofensas verbais, físicas, virtuais e psicológicas. Se traduz em atos agressivos intencionais e repetitivos, afetando diretamente determinada pessoa ou grupo.

O *bullying* verbal ocorre por meio de palavras ofensivas. Algumas pessoas não levam a sério as ofensas e superam tais agressões com facilidade, porém, outras se sentem extremamente ofendidas com atos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

discriminatórios, palavras ultrajantes dirigidas, apelidos vexatórios, humilhações de toda a espécie. Ou seja, para alguns alunos a fase escolar acaba ficando marcada negativamente, afetando a conduta social, criando gerações de adultos inseguros e despreparados para a convivência social.

Já o *bullying* físico ocorre com a perpetuação de atos agressivos como empurrões, amarras, prisão da vítima, além de golpes de pontapés, cuspir, roubo ou danificação dos pertences pessoais da vítima. (COSTA, 2011). Dentro do aspecto do *bullying* há, também, o sexual que é onde ocorrem insultos ou comentários sobre a opção ou índole sexual. O fato de obrigar a vítima a manter relações sexuais também é uma forma de *bullying*. Da mesma forma quando a agressão se relaciona com homofobia, ou seja, qualquer tipo de discriminação com a orientação sexual da vítima ou identidade de gênero.

Segundo Costa (2011) no caso do *bullying* virtual, pode-se dizer que ocorre com a contribuição de tecnologia, por meio de ofensas proferidas por redes sociais, onde as vítimas, fotos, dados pessoais e familiares acabam sendo expostos para uma grande quantidade de pessoas. O *bullying* virtual pode ser realizado tanto via computadores quanto celulares que possuem tecnologia apropriada para acesso à redes sociais. Para ferir os alunos, perfis são falsificados e são publicadas mensagens que ofendem, denigrem e discriminam. Ainda, de acordo com Costa (2011) esse tipo de atentado ficou conhecido como *cyberbullying*.

De acordo com Costa (2011) o *bullying* psicológicoafeta as vítimas por meio de todo o tipo de discriminação relativa à cor da pele, opção religiosa ou sexual, estatura física (ou muito gordo ou magro em demasia); tipo de cabelo etc. Assim como as outras formas de *bullying*o psicológico visa perseguir as vítimas de forma que fiquem com medo, aterrorizadas, manipuladas, intimidadas e dominadas, podendo levar ao acometimento de doenças como a depressão e fobia social.

3 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO SOBRE O *BULLYNG*

Apesar de o *bullying* não estar previsto no Código Penal, Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o acusado pode responder a diversos tipos penais, pois, na verdade praticam lesão corporal, tortura, por meio de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

agressões físicas e que pode, inclusive, levar a morte, ou promovendo estado psíquico perturbado nas vítimas levando-as a cometer suicídio em função da pressão psicológica a que são submetidas. (ALVES, 2017).

Da mesma forma, o art. 129 do CP que aborda sobre a lesão corporal com pena de três meses a um é um crime que ofende a integridade corporal e a própria saúde. Grosso modo, considerado crime comum e que pode ser cometido por qualquer pessoa. Porém, grande parte das vítimas de *bullying* é submetida a agressões físicas diversas com o objetivo de causar pavor, medo e demonstrar poder e força.

A lesão corporal pode ser grave, gravíssima e seguida de morte e todas essas classificações podem ser inseridas em se tratando do *bullying.* Para Bitencourt (2011, p.192) sobre a lesão corporal:

> Lesão corporal não é apenas ofensa à integridade corpórea, mas também à saúde. A lesão à saúde abrange tanto a saúde do corpo como a mental. Se alguém, à custa de ameaças, provoca em outra um choque nervoso, convulsões ou outras alterações patológicas, pratica lesão corporal, que pode ser leve ou grave, dependendo de sua intensidade.

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 e Convenção dos Direitos da Criança da UNICEF podem ser vistos como os principais instrumentos legais que tratam do *bullying* no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Lopes Neto (2005, p.165) quando a legislação brasileira relativa ao *bullying* afirma-se:

> [...] três documentos legais que formam a base de entendimento com relação ao desenvolvimento e educação de crianças e adolescentes: A Constituição da República Federativa do Brasil, o Estatuto da Criança e do adolescente e a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas. Em todos esses documentos, estão previstos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> os direitos ao respeito e à dignidade, sendo a educação entendida como um meio de prover o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para a cidadania.

Tais documentos legais consistem em garantir o direito ao desenvolvimento da criança e do adolescente. O art. 227 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) depreende que é:

> [...] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Percebe-se que a Constituição Federal de 1988 determina que é dever da família, sociedade e Estado garantir às crianças e adolescentes diversos direitos, de maneira prioritária, à vida, educação, lazer, profissão, cultura com dignidade e respeito, além da convivência com familiares que devem protegê-los de qualquer prática discriminatória, exploração e violência.

Segundo a Convenção dos Direitos da Criança, promulgada em 20 de novembro de 1989, importante documento de defesa dos direitos humanos e um dos mais renomados da legislação afirmam que grande maioria dos países, com algumas exceções trabalham para a defesa da criança e do adolescente, conforme expressa o art. 19:

> Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

Assim sendo, a Convenção dos Direitos da Criança infere necessidade dos países adotarem medidas legais, em âmbito administrativo, social e educacional para proteger as crianças e os adolescentes contra qualquer tipo de violência física ou mental, abuso, maus tratos, violência sexual enquanto estiverem sob a guarda dos pais ou responsáveis.

Da mesma forma, o art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Brasil, 1990, p.1) aduz: "Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio [...]" asseguradas as condições de existência e dignidade humana.

Assim, o ECA defende que as crianças e adolescentes tem direito de serem protegidos, ser saudáveis do nascimento ao desenvolvimento, garantido por politicas públicas e sociais. Já o art. 18 do referido Estatuto infere que é dever de todos zelar pela dignidade das crianças e adolescentes, *in verbis:* "É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor." Ou seja, sendo responsabilidade também dos professores, profissionais da educação e funcionários da escola primar pelo bem estar dos alunos.

Com o intuito de enfatizar que a prática do *bullying* deve ser veementemente evitada e lembrada foi editada a Lei nº. 13.277, de 29 de abril de 2016 instituiu o dia 7 de abril como dia D de combate ao *bullying* e violência na escola. A aprovação da referida Lei foi uma homenagem às 12 (doze) crianças assassinadas a tiros em uma escola do Rio de Janeiro. O triste fato ficou conhecido como massacre de Realengo, e trouxe à cena a questão do *bullying* motivando a aprovação da mencionada Lei no sentido de instituir o Dia Nacional de Combate ao *Bullying* e à Violência na Escola.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Posteriormente, foi aprovada a Lei nº13.185, de 6 de novembro de 2015 que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática *(Bullying).* O objetivo principal desta Lei é previsto no art. 4º:

> Art. 4º Constituem objetivos do Programa referido no caput do art. 1º:I - prevenir e combater a prática da intimidação sistemática (bullying) em toda a sociedade;II - capacitar docentes e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema;III - implementar e disseminar campanhas de educação, conscientização e informação;IV - instituir práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores;V - dar assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores;VI - integrar os meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, como forma de identificação e conscientização do problema e forma de preveni-lo e combatê-lo;VII - promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito a terceiros, nos marcos de uma cultura de paz e tolerância mútua [...].

Assim sendo, a referida Lei que trata do Programa de Combate ao *Bullying* tem como premissa a prevenção e combate de toda prática de intimidação. Para tanto, orienta com relação ao treinamento dos docentes e demais colaboradores da escola para tratar de ações voltadas para a solução deste grave problema. Também prevê realização de campanhas educativas que visem a conscientização e informação, além de orientar práticas de conduta aos familiares, amigos, sociedade no sentido de identificar possíveis vítimas e agressores. O programa declara a relevância de promover a cidadania, empatia, respeito a terceiros, cultura da tolerância mutua e diferenças.

Ainda, segundo o art. 4º da Leinº13.185/2015 sempre que possível deve-se evitar a punição dos agressores, dando prioridade a ações alternativas, educativas que visem a responsabilização e mudança de comportamento de hostil para tolerante. Além do mais, se faz necessário

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

promover conscientização da necessidade de se evitar todos os tipos de violência, em especial aquelas proferidas meio a intimidação sistemática *bullying,* ou mesmo por meio de constrangimento, vexatório físico ou psicológico por parte de alunos, docentes, funcionários das escolas e todos os profissionais da educação.

Todas as instituições de ensino devem propor medidas de conscientização a fim de que sejam prevenidos atos de violência e intimidação sistemática *bullying.* (Art. 5º, LEI 13.185/2015). Devem ser produzidos materiais bimestrais sobre as ocorrências de *bullying*em todos os Estados e Municípios do país para planejamento das ações.Art. 6º, LEI 13.185/2015). Poderão ser firmados convênios para parcerias fundamentais na execução dos objetivos do referido Programa (Art. 7º, LEI 13.185/2015).

Quanto a Lei n. 13.663, de 14 de maio de 2018, foi criada para alterar o art. 12 da Leinº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) no sentido de incluir a promoção de medidas de conscientização, prevenção e combate a violência, ao mesmo tempo em que busca promover cultura de paz nos estabelecimentos de ensino.

Deste modo a paz universal também se torna obrigação das escolas, que devem assegurar a proteção aos seus alunos e demais colaboradores, visando diminuir cada vez mais atos de violência, discriminação e, inclusive *bullying* nas escolas.

4 EFEITOS JURÍDICOS EM DECORRÊNCIA DO *BULLYING*

Considerando que o objeto do estudo é o bullyingpraticado em escolas do ensino fundamental se faz necessário verificar as atribuições de responsabilidades aos menores incapazes e seus representantes.

De acordo com o inciso I do art. 932 do Código Civil os pais também são responsáveis civilmente em reparar o dano, quando os filhos menores estiverem sob sua guarda ou companhia. Ou seja, são responsáveis em reparar atos ilícitos cometidos pelos filhos que estiverem morando com os pais. Para haver a responsabilidade civil dos pais é preciso que os filhos sejam menores de idade, estejam sujeitos à autoridade dos pais e em

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

companhia destes. Neste caso a responsabilidade está no poder familiar e para tanto os pais precisam vigiar os filhos, dar assistência moral e material etc.

Ocorre quando o filho estiver morando com os pais está sob sua autoridade de vigilância há um instituto em direito civil temos o que se chama de culpa in vigilando: aqueles que têm obrigação de vigiar tornam-se civilmente responsáveis pelos atos daqueles que falham no dever as atribuições de vigiar. Se os filhos causam o dano, os pais são objetivamente responsáveis.

É o que diz o art. 932, inciso I do Código Civil: *São também responsáveis pela reparação civil (...) os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia***"** e precisa obedecer os pais em todos os atos e quanto não obedece os pais respondem"

> O Código civil ainda elenca o menor incapaz como possível responsável no art.928:
>
> Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.
>
> Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Quando os pais não detiverem condições suficientes para custeio da indenização, ou seja, tratando da responsabilidade subsidiaria e mitigada do incapaz, situação essa que os bens do menor podem ser alcançados quando o patrimônio do responsável não for suficiente para a indenização, desde que respeite o princípio da equidade para não interferir nos meios de subsistência do incapaz.

A responsabilidade civil destina-se a restaurar o equilíbrio patrimonial ou a moral atingida por ato ilícito do agente, que danifica ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

destrói um bem de qualquer natureza de outrem, causando o dano. Sobre o assunto, afirma Diniz (2003, p.6-7):

> A responsabilidade civil cinge-se, portanto, a reparação do dano causado a outrem, desfazendo tanto possíveis seus efeitos, restituindo o prejudicado ao *status quo* ante. Aresponsabilidade civil constitui uma relação obrigacional que tem por objetivo a prestação de ressarcimento. Tal obrigação de ressarcir o prejuízo causado pode originar-se:
>
> a) da inexecução de contrato; e b) da lesão a direito subjetivo, sem que preexistente lesado e lesante qualquer relação jurídica que a possibilidade.

Conforme os art. 186 do Código Civil de 2002, o ato danoso poderá ocorrer por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia, que é levado em consideração a culpa do agente ou a falta de observância de norma jurídica existente.

A respeito da responsabilidade civil Rodrigues (2002) depreende que se traduz em dever de indenizar terceiro e que deve ser aplicado a outro em virtude de prejuízos causados por atos praticados por ele mesmo ou em conjunto de outras pessoas dependentes. O Direito se interesse por compreender os danos causados à vítima e que devem ser reparados por quem causou. Nesse caso, a responsabilidade é tanto dos pais quanto das escolas.

O conceito de responsabilidade civil está vinculado ao conhecimento de não causar dano a outrem. A responsabilidade pode ser definida como a aceitação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão.

Segundo o magistério de Stoco (2004, p.114):

> A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

O sujeito que pratica ato ilícito lesando ou diminuindo de alguma forma o patrimônio ou a moral de outrem fica a obrigado a reparar o prejuízo, ainda que o dano seja simplesmente moral.

A esse respeito declaram Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 45):

> Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 37, a administração pública de todos os poderes deverá obedecer a princípios como: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O § 6º do referido artigo menciona que as pessoas jurídicas pertencentes ao direito público e privado e que prestam serviços devem responder pelos danos a seus agentes, inclusive quando afetam terceiros, [...] assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

O ordenamento jurídico brasileiro ao responsabilizar o Estado em casos de omissão recorre a teoria da culpa administrativa. Ou seja, devido à omissão na prestação de serviços públicos, aplica-se a teoria da culpa do serviço público, pois decorre da omissão do Estado em não agir devidamente em certas situações.

Em se tratando de danos causados pelo Estado existem duas situações: omissão específica e genérica. De acordo com Cavaliere Filho (2008) a omissão é específica quando o Estado tem o dever de evitar o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

dano. Exemplos: cobrir bueiros em vias públicas e que podem causar acidentes aos pedestres e motoristas causando-lhes dano evidente. Porém, quando ocorre responsabilidade civil por omissão o Estado deve responder objetivamente, conforme depreende o art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988. Ainda, ressalta que em caso de omissão genérica a responsabilidade do Estado é subjetiva, uma vez que é preciso aferir culpa. Ou seja, a omissão genérica se caracteriza quando não é possível identificar o agente público responsável e, neste caso, a responsabilidade se torna subjetiva.

Além do mais, a Constituição Federal de 1988 declara no art. 227 citado anteriormente a obrigação de proteger crianças e adolescentes, pois são sujeitos de direito e compartilham dos direitos fundamentais dos adultos e, portanto, o dever de proteger não é somente da família ou responsáveis, mas do Estado no sentido de garantir atenção integral. Desta forma, a prática do *bullying* por crianças ou adolescentes fere a teoria da proteção integral, uma vez que acaba sendo negligenciado o dever dos pais e do Estado, em geral deixando-os expostos a cometer atos ilícitos ou sofrer consequências frutos destes. Assim sendo, a base para se evitar práticas como a do *bullying* está em primeiro plano, na proteção dos indivíduos, principalmente durante a fase de seu desenvolvimento.

O Estado e a escola não devem ficar omissos em casos de *bullying*, devem responder objetivamente uma vez que precisam assumir o papel de guarda os alunos, repassada pelos pais quando matriculam nas instituições educacionais. Por isso, quando ocorre crimes desta natureza observa negligencia do Estado e escola quanto a proteção dos alunos.

Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, Ministro Roberto Barroso, RE 593325, julgado em 2016:

> 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 327.904, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, assentou o entendimento no sentido de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Considerando que a responsabilidade civil se firma pela obrigação de reparar danos causados a terceiros, patrimonial ou moral, quando se trata de responsabilidade civil do Estado é objetiva.

Para Carvalho Filho (2008, p.502):

> Quando se fala em danos da Administração Pública por omissão é imperioso se distinguir a omissão específica da omissão genérica. A omissão é específica quando o Estado tem a obrigação de evitar o dano. Isso ocorre nos caos de bueiros destampados que ensejam a queda de uma pessoa, causando-lhe danos. No entanto, há situações que não há possibilidade de o Estado impedir, através de seus agentes, danos eventuais aos seus administrados. O exemplo típico é o de lesões sofridas por atos de vandalismo de terceiros, em estádios de futebol.

A respeito da responsabilidade do Estado ou Poder Público vem bem detalhada nas palavras de Mello (2005, p.866):

> O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De consequente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

Desta forma, a responsabilidade civil do Estado busca garantir boas condições para que atos lesivos sejam corrigidos, indenizados os prejuízos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

causados. Deste modo, as escolas públicas também devem ser responsabilizadas por omissão em virtude de *bullying*. Pois, é dever do Estado ou poder público evitar que determinadas pessoas tenham prejuízo em função de atividades desempenhadas em prol da coletividade. A educação, propriamente dita é uma atividade voltada para a grande maioria das pessoas e, portanto, são responsáveis por eventuais danos ocasionados, principalmente no que concerne à falhas em promover bom ambiente escolar, impedindo que os atos de *bullying* ocorram nas escolas.

Na concepção de DeMéo (2018) a responsabilidade civil de atos de *bullying*incide sobre menores de idade que praticam atos lesivos, causando danos a colegas de escola e, por isso, precisam responder de forma objetiva, sem que seja comprovada a culpa, com exceção em casos especiais, como o do regresso.

Direito de regresso é umaação que tem como objeto principal para ressarcir os cofres públicos de modo que venha a proteger o patrimônio público, a partir da diminuição do erário em virtude do dever de indenizar a pessoa que foi prejudicada pelo servidor e é uma garantia contida na constituição federal art.37 §6º:

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

Segundo a teoria do risco administrativo a pessoa jurídica responde objetivamente, por sua vez para exercer seu direito de regresso contra o agente público,deve demonstrar que houve (Dolo) intenção de causar um prejuízo ou com(Culpa) foi negligente, imprudente e imperito no agir, por parte do agente que esse responderá subjetivamente.

Como se pode ver o Estado pode figurar como parte em ações indenizatórias, uma vez que a educação é obrigação do Estado e outros, implementada para atender a coletividade, não sendo permitido que sejam

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

prejudicadas em nenhuma hipótese terceiros. Da mesma forma que a responsabilidade de pais com os filhos, o Estado também responde objetivamente, haja vista que é preciso comprovar tão somente ação ou omissão do agente causador, nexo de causalidade e evento que causou prejuízo a terceiros, desnecessária a comprovação de dolo ou culpa do agente público.

No Brasil, já existem decisões estaduais acerca da responsabilização de escola pública em caso de *bullying* obrigando-a a indenizar vítimas. Uma dessas decisões foi na Comarca de Santa Maria, Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 2013, pelo Relator Luís Francisco Franco, Tribunal de Justiça daquele Estado:

> RECURSO INOMINADO. MUNICÍPIO DE SANTA MARIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ESCOLA DE ENSINO FUNDAMENTAL. BULLYING. AGRESSÕES E HUMILHAÇÕES. MENOR COM SÍNDROME DE DOWN. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO CONFIGURADA. DANO MORAL CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. A Administração Pública responde objetivamente pelos danos advindos de atos ou omissões de seus agentes, contra terceiros, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal. [...]. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. (Recurso Cível Nº 71004620498, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado em 28/11/2013)

Neste caso em específico, a ação indenizatória foi de danos morais contra a escola. O ato lesivo de *bullying*foi contra aluno de determinada escola em função de ser portador da *Síndrome de Down* o que reforçou a discriminação, preconceito e agressões dos colegas. Assim, o Estado tem obrigação de garantir a segurança dos alunos que estão sob sua guarda, em conformidade com a teoria do risco administrativo. Além de prover a segurança dos alunos, o Estado também deve promover ações voltadas para a inclusão social das pessoas com deficiências diversas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Devido à omissão do município em referência, foi condenado a indenizar o valor de quinze mil reais (primeiro grau) e quatro mil (em novo recurso), a favor do aluno e/ou familiares pelo sofrimento em função de atos de *bullying* em função da falta de cuidado do poder público.

Em outra oportunidade, considerando o dever que as escolas têm de oferecer condições seguras aos alunos, e, portanto, responde por todas as lesões que possam sofrer no interior do recinto educacional. O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pelo Relator Ministro Celso de Mello, em RE nº109615 do Rio de Janeiro, julgado em 1999:

> INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

falta do serviço públicoCarta Política de 1946. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o eventusdamni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos. (RE nº109615 RJ , Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 27/05/1996, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 02-08-1996 PP-25785 EMENT VOL-01835-01 PP-00081)

Desta forma, a decisão do STF aduz que a responsabilidade da instituição de ensino é objetiva, fundamentada na teoria do risco, devido a danos causados a aluno por outro colega, devidamente matriculado em escola da rede pública municipal, tendo a escola que arcar com indenização patrimonial devida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo trata do *bullying*e a responsabilidade civil de instituições de ensino público com o objetivo de compreender a importância da responsabilização civil nos casos de *bullying* em escolas públicas brasileiras. Pode-se dizer que o problema inicial da pesquisa foi respondido, uma vez que a responsabilidade civil é objetiva sendo responsabilizados ospais e o próprio Estado ou poder público. Isto porque, a educação enquanto dever do Estado deve ser oferecida a todos as crianças, jovens, adolescentes e adultos, em escolas públicas e gratuitas do ensino fundamental.

Foi possível compreender que o *bullying* se consolida por meio de agressões de caráter físico e psicológica. É efetivada por meio de atos de violência a indivíduos no ambiente escolar, de forma intencional e com a intenção de ferir, discriminar, humilhar, por meio de atos e práticas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

vexatórios a terceiros. Em se tratando do *bullying* é praticado pelos próprios colegas escolares, em relações desiguais de poder.

A legislação brasileira, desde a promulgação do Código Penal, que embora não tratar diretamente a respeito do *bullying*, os atos violentos podem ser enquadrados em artigos penais, como o de lesão corporal. Um passo jurídico importante foi a legislação denominou o dia 7 de abril como dia Nacional de Combate ao *Bullying* e a violência na escola, uma forma de disseminar informações sobre a questão e buscar ações preventivas para erradicar uma prática hostil e desumana que vem ocorrendo no âmbito educacional.

De acordo com a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, alterou-se algumas questões relativas às normas previstas no Direito do Brasil, mais especificamente sobre a segurança e eficiência na aplicação do direito público. O art. 20 aduz "Nas esferas administrativa, controladoria e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão". Ou seja, o referido artigo ressalta que a responsabilidade do Estado responderá mediante normas jurídicas indeterminadas, em especial aqueles que abrem a diferentes hipóteses de interpretação ou que tenham mais de uma solução.

Deste modo, o art. 20 da Lei nº 13.655/2018 afirma a proibição de decisões vazias, de cunho meramente teórico ou principiológico sem que sejam avaliados os fatos, impactos, consequências. A Lei mencionada obriga aquele que julga a avaliar a motivação, tendo como base elementos verdadeiros, críveis e relacionados ao processo administrativo, judicial ou de controle de forma a avaliar as consequências práticas de sua decisão.

Outro artigo muito comentado na mencionada Lei é o 28 que trata a responsabilidade que os agentes públicos devem ter por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou falhas grosseiras.

Tal artigo depreende que os agentes públicos devem responder mediante casos de dolo ou erros e que embora sejam penalizados, não retira a responsabilidade do Estado pelo ato de seus agentes, conforme previsto no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Segundo o art. 28 da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Lei nº 13.655/2018 para que os agentes sejam responsabilizados em caso de dolo ou erro o fato deve ter ocorrido de forma regressiva.

Compreende-se que o Estado responde pelos atos de omissão e danos que seus agentes podem causar, porém, alguns estados-membros impõem resistência no pagamento das indenizações alegando falta de recursos públicos, exigindo cada vez mais provas concretas para firmar acordo com as vítimas. Se faz necessário que os Estados assumam a responsabilidade e que a justiça tenha mais decisões e jurisprudências a favor das vítimas afetadas em casos de *bullying* nas escolas.

A Lei 13.185/2015 estabelece que é dever das escolas e afins criar programas para conscientizar e prevenir a violência e intimidação sistemática. Porém, estados e municípios devem participar conforme expressa o art. 6ºque atribui aos estados e municípios o dever de participar, produzir e publicar relatórios bimestrais sobre as ocorrências de *bullying*, em geral. Ou seja, é um trabalho conjunto.

Dentre as limitações da pesquisa pode-se dizer que por se tratar de assunto recente, merece ser mais bem explorado em outras oportunidades, no sentido de contribuir para a produção de novos estudos, atualizando os já publicados. A realização do estudo foi relevante para o acadêmico, que teve oportunidade de colocar em prática conhecimentos teóricos adquiridos em sala de aula.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, M. R. F.**O bullying e as consequências penais.** Web artigos, abril, 2017. Disponível em:<https://www.webartigos.com/artigos/o-bullying-e-as-consequencias-penais/85050/> Acesso em: 17 out. 2018.

ANTUNES, D. C. & ZUIN, A. A. S**.** Do Bullying ao preconceito: os desafios da barbárie educação. **Psicologia Social**, vol. 2008.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal 2: parte especial.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 17 out. 2018.

_____**Leinº 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.ht0m> Acesso em: 17 out. 2018.

_____.**Lei nº 13.277, de 29 de abril de 2016.** Institui o dia 7 de abril como Dia Nacional de Combate ao *Bullying* e a violência na escola. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13277.htm> Acesso em: 17 out. 2018.

_____.**Lei nº13.185, de 6 de novembro de 2015.** Institui o programa de combate à intimidação sistemática (*Bullying).* Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm> Acesso em: 17 out. 2018.

_____.**Lei nº 13.663, de 14 de maio de 2018.** Altera o art. 12 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 para incluir a promoção de medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência e a promoção da cultura de paz entre as incumbências dos estabelecimentos de ensino. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13663.htm> Acesso em: 17 out. 2018.

_____.**Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 17 out. 2018.

_____.**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil.Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 out. 2018.

_____.Lei Nº 13.655, De 25 De Abril De 2018. Inclui No Decreto-Lei N. 4.657, De 4 De Setembro De 1942 (Lei De Introdução Às Normas Do Direito Brasileiro), Disposições Sobre Segurança Jurídica E Eficiência Na Criação E

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Na Aplicação Do Direito Público. Disponível Em:<Http://Www.Planalto.Gov.Br/Ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.Htm> Acesso Em: 29 Out. 2018.

_____.Lei Nº9.394 De 20 De Dezembro De 1996. Estabelece As Diretrizes E Bases Da Educação Nacional. Disponível Em:<Http://Www.Dca.Fee.Unicamp.Br/~Leopini/Consu/Reformauniversitaria/Ldb.Htm> Acesso Em: 29 Out. 2018.

_____. Re Nº 109615 Rj. Relator: Celso De Mello.(Data De Publicação: J 02/08/1999. Pp – 25785 Ement Vol 01835-01 Pp-00081. Disponível Em:

Https://Stf.Org.Br Acesso Em: 8 Nov. 2018.

_____Re 593325 Agr-Segundo, Relator: Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgado Em 09/08/2016, Acórdão Eletrônico Dje-216 Divulg 07-10-2016 Public 10-10-2016). Disponível Em:<Http://Www.Stf.Jus.Br/Portal/Jurisprudencia/Visualizarementa.Asp?S1=000317492&Base=Baseacordaos> Acesso Em: 15 Nov. 2018.

CARVALHO FILHO, J. dos S.**Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CAVALIERE FILHO, S.A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado, **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul.-set. 2011. Disponível em:<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf> Acesso em: 15 nov. 2018.

CHALITA, G. **Pedagogia da amizade**: bullying - o sofrimento das vítimas e dos agressores. São Paulo: Vozes, 2007.

COSTA, P.J. F. S. et al. **Vitimação em contexto escolar**: frequência e as múltiplas formas. Minho: Centro de Investigação em Estudos da Criança, Instituto de Educação, Universidade do Minho, 2011.

DE MÉO, R. A. P.**A responsabilidade civil nos casos de "bullying" entre estudantes, segundo a legislação brasileira**. Disponível em:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

<http://jus.com.br/revista/texto/17198/a-responsabilidade-civil-nos-casos-de-bullyingentre-estudantes-segundo-a-legislacao-brasileira> Acesso em: 30 out. 2018.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FANTE, C. & PEDRA, J. A. **Bullying Escolar**: perguntas e respostas. Porto Alegre: Artmed, 2013.

GAGLIANO, S. P.; FILHO, P. R.**Novo curso de direito civil**. 4. ed. Revista Atualizada e reformulada.Editora Saraiva 2006.

LAGO, A; MASSA, J L; PIEDRA, R. Crianças contra crianças: O bullying uma perturbação emergente**, Revista na Pediatria,** 64 (2) 2006, p.101-164.

LOPES NETO, A. A.Bullying comportamento agressivo entre estudantes. **Jornal da Pediatria.** Rio de Janeiro. 2005;81 (5supl) p. 164-172, 2005.
Disponível:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S002155 7200500070000 6&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 17 out. 2018.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 15. Ed. Malheiros Editores, 2005.

OLIVEIRA, W. A. de; IOSSI, M. A.; MELLO, F. C. M. de; PORTO, D. L.; YOSHINAGA, A. C. M.; MALTA, D. C.. Causas do bullying: resultados da Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar, **Rev. Latino-Am. Enfermagem**. Forthcoming 2015. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/rlae/2015nahead/pt_0104-1169-rlae-0022-2552.pdf> Acesso em: 13 out. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Inominado nº 71004620498. Município de Santa Maria (Recorrente) e A.G.B.P. (Recorrido).**Relator Desembargador Luis Francisco Franco. 28 de novembro de 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113547892/recurso-civel-71004620498-rs> Acesso em: 30 out. 2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

RISTUM, M. **Bullying escolar.** In: AVANCI, JQ., orgs. Impactos da violência na escola: um diálogo com professores. Rio de Janeiro: Ministério da Educação/ Editora FIOCRUZ, 2008,

STOCO, R.. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 563.

TOKARNIA, M.. **Um em cada dez estudantes no Brasil é vítima frequente de*Bullyng***: aInformação é do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes, Agência Brasil, abr.

Brasília, 2017. Disponível em:<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-04/um-em-cada-dez-estudantes-no-brasil-e-vitima-frequente-de-bullying> Acesso em: 13 out., 2018.

UNICEF.BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Disponível em:<https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html> Acesso em: 17 out. 2018.

VENOSA, S. de S. **Direito civil**: responsabilidade civil. vol. 2, 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

VENTURA, A.; FANTE, C. Flagelos da modernidade: cyberbullying. In: FANTE, C.; PRUDENTE, N. P. (Orgs.) **Bullying em debate**. São Paulo: Paulinas, 2015. (Coleção Pedagogia e Educação). p. 23-49.

---

[1]Doutora em Educação pela Universidade de São Paulo. Professora do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo e orientadora deste trabalho de conclusão de curso. E-mail: prof.karinemota@fasec.edu.br

www.conteudojuridico.com.br

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO À LUZ DIREITOS HUMANOS

FRANKLIN GULIVER SOARES: Analista judiciário do Tribual Regional FEderal da 1ª Região, Especialista em Direito Público (Uniderp Ahanguera), Graduado em Direito.

DAVID ALVES MOREIRA

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo mostrar que o Regime Disciplinar Diferenciado não está em consonância com os princípios norteadores da execução penal que estão insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como os decorrentes de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, em especial: o Princípio da Legalidade, o Princípio da Individualização da Pena, o Princípio da Humanidade das Penas e o Princípio da Proporcionalidade. Para consecução desse fim, utilizou-se o método de abordagem dedutivo de pesquisa, já que se analisou o Regime Disciplinar Diferenciado frente aos referidos princípios, para se concluir que se encontra em desacordo com a Constituição Federal de 1988. Foram usadas doutrinas de Direito Penal e Direito Constitucional, bem como colhidos diversos artigos em sítios especializados no assunto. Dessa forma, para a evolução da pesquisa, estudou-se o Regime Disciplinar Diferenciado na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), demonstrando o contexto histórico de criação, características e hipóteses de incidência. Após, analisou-se o Regime Disciplinar Diferenciado frente os Princípios Penais norteadores da execução penal. Por último, foi realizada a ponderação dos interesses que devem prevalecer na aplicação do RDD. Com base nesses elementos, chegou-se a conclusão de que o referido regime é inconstitucional, devendo prevalecer a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Regime Disciplinar Diferenciado. Lei n. 10.792/2003. Execução Penal. Lei n. 7.210/84. Inconstitucionalidade. Tratamento desumano. Dignidade da pessoa humana.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO I - O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. 1.1. Origem e evolução do instituto do Regime Disciplinar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Diferenciado. 1.2. Natureza Jurídica do Regime Disciplinar Diferenciado. 1.3. Regime Disciplinar Diferenciado e a Lei de Execução Penal: Características e Hipóteses de Cabimento. 1.4. Procedimento. CAPÍTULO II - REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO FRENTE AOS PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS NORTEIAM A LEI DE EXECUÇÃO PENAL INSCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, BEM COMO OS DECORRENTES DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. 2.1. Conceito de princípios. 2.2. Princípio da Legalidade. 2.3. Princípio da Individualização da Pena. 2.4. Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade. 2.5. Princípio da Humanidade das penas. CAPÍTULO III - RDD FRENTE OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA SOCIAL/JURÍDICA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM CONFLITO. 3.1. Princípio da Segurança Social/Jurídica. 3.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3.3. Ponderação dos interesses na aplicação do RDD. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo aferir a (in) adequação do instituto jurídico denominado Regime Disciplinar Diferenciado perante o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente os princípios de direitos humanos que norteiam a execução penal insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como decorrentes de tratados internacionais.

Não se trata de uma análise legalista de tal regime, mas sim de uma análise deste ante os princípios jurídicos de direitos humanos expostos na Constituição da República Federativa do Brasil e os que orientam a Lei de Execução penal, em cotejo com os diplomas internacionais em Direitos Humanos.

Trata-se de assunto de grande relevância, pois evidencia o conflito entre a supremacia do interesse público e os direitos humanos, haja vista que a conjuntura política em que foi criado tal instituto revela a ineficiência do estado perante o crime organizado, tornando questionáveis as medidas para sanar tais problemas, principalmente o isolamento celular.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

O Regime Disciplinar Diferenciado foi criado sob a designação de sanção disciplinar, introduzido no corpo da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), através da Lei n. 10.792/03, a fim de coibir a atuação do crime organizado no interior dos estabelecimentos prisionais brasileiros, bem como a influência dos reeducandos fora dos presídios.

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a (in) constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado fece os princípios de direitos humanos que norteiam a execução penal, através da análise criminológica acerca tal medida taxada de disciplinar, mas, por alguns, tida como novo regime de cumprimento de pena mascarado.

Para isso, é necessário, primeiramente, traçar o histórico do surgimento de tal regime. Após, é imprescindível um confronto deste com os princípios que norteiam a Lei de Execução Penal insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil e, por fim, através da Teoria da Ponderação de Interesses, demonstrar quais interesses em conflitos devem prevalecer.

CAPÍTULO I - O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

1.1. Origem e evolução do instituto do Regime Disciplinar Diferenciado

A origem do regime de prisão, nos moldes do Regime Disciplinar Diferenciado, remonta a Antiguidade, mais especificamente à Grécia Antiga, no entanto, com outra denominação. No Brasil, há notícias de que tal regime tenha sido implantado durante o império, sob a designação de "cárcere duro", para aqueles que desobedecessem ao Imperador[1].

Atualmente, no Brasil, o instituto jurídico denominado Regime Disciplinar Diferenciado teve origem em decorrência de uma série de rebeliões ocorridas no sudeste do Brasil, mais especificamente nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

No dia 18 de fevereiro de 2001, no Estado de São Paulo, ocorreu a maior rebelião carcerária da história brasileira. Em poucas horas, 29 (vinte e nove) unidades prisionais paulistas rebelaram-se tornando reféns funcionários e familiares de presos, tendo como principal palco a Casa de Detenção de São Paulo (Carandiru).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O movimento sistemático foi idealizado e executado pela organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC), que tinha como fim o retorno para a referida casa de detenção dos líderes do grupo que haviam sido transferidos desta para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, estabelecimento de Segurança Máxima. Acerca do tema, Fernando Salla escreveu:

> Dia 18 de fevereiro de 2001, início de uma tarde de domingo. O sistema penitenciário do Estado de São Paulo foi sacudido pela maior rebelião já registrada na história do Brasil. Em algumas horas, 29 unidades prisionais da cidade de São Paulo, da Região Metropolitana e do Interior do Estado rebelaram-se e fizeram reféns funcionários e familiares de presos. A maior parte das prisões rebeladas integrava a Secretaria da Administração Penitenciária (SAP). Outras pertenciam ao sistema policial. Algumas unidades prisionais estavam previamente articuladas para este movimento e outras simplesmente foram aderindo, à medida que circulavam as informações, pela mídia, sobre a revolta. Esse impressionante movimento sincronizado de rebeldia foi liderado por indivíduos presos pertencentes a uma organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC). Milhares de espectadores acompanharam pela televisão, imagens das rebeliões que se espalharam pelos presídios do Estado. Um dos centros de comando do movimento foi a Casa de Detenção de São Paulo, com mais de sete mil presos. Essas rebeliões simultâneas tinham um motivo muito claro, ligado a esse grupo criminoso: pressionar a administração penitenciária para a volta para a Casa de Detenção de São Paulo dos líderes do grupo que haviam sido removidos dali, dias antes, para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, uma espécie de *supermax* do sistema penitenciário do Estado de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> São Paulo. Pediam os rebelados, ao mesmo tempo, a desativação do Anexo, onde as regras disciplinares eram extremamente severas, permanecendo os presos, durante 23 horas por dia, isolados na cela, sem qualquer atividade e com severas restrições de visitas. Para a opinião pública, naquele momento não foram apresentadas pelos presos denúncias de más condições das prisões, alimentação ruim, falta de assistência médica ou judiciária, arbitrariedades praticadas pelas autoridades, maus tratos, etc. Só depois de permanecerem rebeladas algumas unidades prisionais, no dia seguinte, é que as lideranças chamaram a atenção para os problemas e as deficiências do serviço penitenciário. O dia escolhido pelos rebelados foi estratégico para conter uma reação violenta das autoridades: domingo, dia de visitas de familiares e amigos de presos. A presença de milhares de familiares no interior das prisões tornava aflitiva a situação e colocava um desafio para as autoridades, no sentido de uma solução sem violência. Em alguns lugares, as rebeliões foram controladas ainda no domingo e, em outros, estenderam-se pela segunda-feira. O saldo de todo o movimento foi a morte de 20 presos, a maior parte provocada pelos próprios presos, em decorrência de conflitos entre grupos criminosos rivais.[2]

Em decorrência da deflagração da referida rebelião, a solução tomada pelo Estado para apaziguar a crise no sistema penitenciário foi a edição, pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária de São Paulo, da Resolução nº 26/2001, com a finalidade de regulamentar tratamento diferenciado a líderes do crime organizado. A referida resolução previa em seu corpo o isolamento por 180 (cento e oitenta) dias para o infringente primário e 360 (trezentos e sessenta) dias nas reincidências, bem como banho de sol de, no mínimo, 01 (uma) hora por dia e visitas semanais com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

no máximo 02 (duas) horas, conforme o art. 5º, incisos II e VI da Resolução 26/2001[3].

Sobre o tema, Salo de Carvalho e Christiane Russomano asseveraram:

> Na tentativa dos administradores em assegurar a disciplina e a ordem do sistema prisional, foram editadas duas resoluções pela Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP/SP). Em maio de 2001, a Resolução SAP/SP 26 estréia a experiência do RDD no Brasil, inicialmente restringido a 05 unidades prisionais: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau, Penitenciária de Iaras e Penitenciária I de Avaré. Durante o ano de 2001, as Penitenciárias I e II de Presidente Venceslau e a Penitenciária de Iaras deixaram de aplicar o RDD, pois o Centro de Readaptação Penitenciária de Presidente Bernardes, inaugurado em 02.04.2002, fora adaptado exclusivamente para este fim. A Resolução 26 dispunha no seu artigo 1º que o RDD seria aplicável, apenas nas unidades penitenciárias referidas, aos líderes e integrantes de facções criminosas e aos presos cujo comportamento exigisse tratamento contenção. O tempo máximo de permanência no RDD era de 180 dias, podendo, porém, ser ampliado para 360 dias (art. 4º). Caberia ao Diretor Técnico das Unidades, através de petição fundamentada direcionada ao Coordenador Regional das Unidades Prisionais, solicitar a remoção do preso ao RDD. Em estando o Coordenador Geral de acordo, o pedido seria encaminhado ao Secretário de Administração Penitenciária Adjunto, o qual decidiria sobre o ingresso ou não do apenado no regime de exceção (art. 2º). Em continuidade ao processo de normatização de restrições aos direitos dos presos por atos administrativos estaduais, em julho de 2002 é

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> editada a Resolução 49, cujo objetivo era de restringir o direito de visita e as entrevistas dos presos em RDD com seus advogados. A resolução limita o número de visitantes por dia de visita (art. 2º) e estabelece que as entrevistas com advogados deveriam ser previamente agendadas, mediante requerimento oral ou escrito à Direção do estabelecimento, que designaria data e horário para atendimento reservado nos 10 dias subsequentes (art. 5º). Em agosto de 2002 é editada a Resolução SAP/SP 59, que institui o RDD no Complexo Penitenciário de Campinas (Hortolândia). A Resolução previa o regime especial não somente para os condenados, mas ampliada aos presos provisórios acusado de prática de crime doloso ou que representassem alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal. O tempo máximo de permanência no regime foi fixado em 360 dias. Outrossim elencava um rol de condutas que implicariam na submissão ao regime: (a) incitamento ou participação em movimento para subverter a ordem ou disciplina; (b) tentativa de fuga; (c) participação em facções criminosas; (d) posse de instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem ou de estabelecer comunicação proibida com organização criminosa; e (e) prática de fato previsto como crime doloso que perturbe a ordem do estabelecimento (art. 2º).[4]

No Estado do Rio de Janeiro, a primeira experiência nos moldes do regime Disciplinar Diferenciado ocorreu em dezembro de 2002, após a rebelião no Presídio de Bangu I, liderado por Fernandinho Beira-Mar, que após o motim, juntamente com os demais líderes, foi colocado em Regime Disciplinar Especial de Segurança (RDES). Em julho de 2003, tal sistema foi reformulado, sendo difundido para outras unidades prisionais. Sobre o episódio, dissertou André Luiz Alves:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Caso semelhante ocorreu no Estado do Rio de Janeiro no ano de 2002, quando o presídio de segurança máxima Bangu I foi palco de uma disputa entre as facções rivais. Além de várias mortes e destruições patrimoniais, os líderes das mencionadas facções comandaram várias ações criminosas por toda a cidade. Nove bairros foram atingidos, 800 mil passageiros ficaram sem ônibus e parte do comércio fechou as portas. Esses fatos trouxeram à tona o debate acerca do poder estatal de controlar ações criminosas comandadas de dentro do cárcere, pois, como observou Christiane Russomano Freire, o motim extrapolou "os muros das penitenciárias, externando seu controle de influência para o conjunto da sociedade". Em contrapartida, a Secretaria de Administração Penitenciária instituiu o Regime Disciplinar Especial.[5]

Tal regime foi assim caracterizado pelo então Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro Astério Pereira dos Santos:

> No que pertine ao Regime Disciplinar Especial de Segurança ora implantado, tanto aqui no Rio de Janeiro, quanto em São Paulo, está ele em consonância com o que se acabou de expor, deixando certo que se trata de um imperativo de disciplina, mas muito mais do que isto, de uma medida destinada a afastar líderes violentos e sanguinários, de exacerbada periculosidade, do convívio com os demais presos, que eles subjugam e usam como massa de manobra em suas rebeldias, obrigando-os a fazer rebeliões, motins e, até mesmo, greve de fome, como se pode comprovar na semana passada. Na verdade, a greve de fome arquitetada pelas lideranças do Comando Vermelho não era bem quista pela grande maioria dos que a ela aderiu, mas

> que assim agiram por medo das retaliações que poderiam sofrer por insubordinação. Afastar essa liderança de opressores dos demais presos, quase sempre criminosos ocasionais e eventuais, de escassa ou nenhuma periculosidade é, sobretudo, em ato de humanidade. O RDES foi instituído em prol da massa carcerária, dos oprimidos do sistema, num momento de hiato de legalidade, em vias de ser suprido, conforme projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional.[6]

A partir da implantação da referida disciplina carcerária nos aludidos estados da federação, difundiu-se a ideia de que tais medidas seriam a solução mais plausível e eficaz contra a ingerência do crime organizado dentro das penitenciárias.

Em razão disso, o Governo Federal editou a Medida Provisória n. 28/2002, que tinha por escopo a inclusão do Regime Disciplinar Diferenciado do na Lei de Execução Penal, no entanto tal diploma legal não foi convertido em lei, ante a desobediência a norma constitucional insculpida na alínea b do inciso I do §1º do art. 62 da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece a vedação a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito penal e processual penal.

É notório que a ideia tomou mais impulso com os assassinatos de dois juízes corregedores da Vara de Execuções: Antônio José Machado Dias, de Presidente Prudente e Alexandre Martins de Castro Filho, do Espírito Santo.

Diante de tais fatos, o Poder Executivo, mediante seu poder de iniciativa legislativa, enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.073[7], que em 1º de dezembro de 2.003, deu origem a Lei n. 10.792, que instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o Regime Disciplinar Diferenciado.

1.2. Natureza Jurídica do Regime Disciplinar Diferenciado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Sobre o conceito de natureza jurídica, as lições dos doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

> Indagado a respeito da *natureza jurídica* de determinada figura, deve o estudioso do direito cuidar de apontar em que categoria se enquadra, ressaltando as teorias explicativas de sua existência [...] Afirmar a natureza jurídica de algo é, em linguagem simples, responder á pergunta: "que é isso para o direito"?.[8]

Assim sendo, sobre a natureza jurídica do Regime Disciplinar Diferenciado, temos que se trata, conforme aduz Damásio de Jesus, de "sanção disciplinar"[9]. Para Mirabete, trata-se de "novo regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior"[10].

Ao menos provisoriamente, estes conceitos nos servem, já que existe corrente doutrinária que não entende o RDD como simples sanção disciplinar, mas como verdadeiro regime de cumprimento de pena mascarado, tal como denota Salo de Carvalho, ao afirmar que o RDD "sob a aparência de recrudescimento da disciplina carcerária, inaugura uma nova modalidade de cumprimento de pena"[11].

A dicção da Lei de Execução Penal é no sentido de que o RDD é uma modalidade de sanção disciplinar. Assim dispõe a literalidade da Lei:

> Art. 53. Constituem sanções disciplinares:
>
> [...]
>
> V - inclusão no regime disciplinar diferenciado. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)[12]

Assim, em tese, o Regime Disciplinar Diferenciado não constitui regime de cumprimento de pena, mas sim uma mera sanção disciplinar. No entanto, em sentido contrário se manifestou o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, através da Comissão instituída pela Resolução n.º 01, de 25/03/2003, visando o estudo dos aspectos legais relacionados ao Regime Disciplinar Diferenciado, composta pelos

Conselheiros Maurício Kuehne, Laertes de Macedo Torrens e Carlos Weis, que assim relataram:

> Desta feita, embora esteja encartado no Capítulo IV da LEP (Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina), o RDD, em princípio, não tem natureza jurídica de sanção, uma vez que não se destina a punir alguém por uma conduta específica, mas afastar certos presos do meio carcerário comum. [...]Diante do quadro examinado, do confronto das regras instituídas pela Lei n. 10.792/03 atinentes ao Regime Disciplinar Diferenciado, com aquelas da Constituição Federal, dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros, ressalta a incompatibilidade da nova sistemática em diversos e centrais aspectos, como a falta de garantia para a sanidade do encarcerado e duração excessiva, implicando violação à proibição do estabelecimento de penas, medidas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, prevista nos instrumentos citados. Ademais, a falta de tipificação clara das condutas e a ausência de correspondência entre a suposta falta disciplinar praticada e a punição decorrente, revelam que o RDD não possui natureza jurídica de sanção administrativa, sendo, antes, uma tentativa de segregar presos do restante da população carcerária, em condições não permitidas pela legislação.[13]

O assunto é deveras mais complexo. Os doutrinadores Salo de Carvalho e Christiane Russomano assim aduziram:

> Do ponto de vista dos efeitos concretos produzidos na execução da pena privativa de liberdade, vale ressaltar que, se a Lei dos Crimes Hediondos significou o golpe inicial na perspectiva reabilitadora, a criação do RDD aparece como golpe de misericórdia. O isolamento celular de até 360 dias,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> sob a aparência de recrudescimento da disciplina carcerária, inaugura uma nova modalidade de cumprimento de pena – com ênfase na inabilitação e na exclusão – que não apenas redefine o significado do controle disciplinar no interior da execução penal, mas rompe a lógica do sistema progressivo e, sobretudo, viola o núcleo duro da Constituição que são os direitos e garantias individuais.[14]

No mesma linha de raciocínio, Maurício Kuehne em obra individual:

> Sob a aparência de mera aplicação de sanção disciplinar mais rígida, na verdade se está criando uma nova modalidade de cumprimento de pena, a que se poderia chamar de "regime fechadíssimo", no qual não há possibilidade de trabalho, educação ou qualquer forma de terapia.[15]

Para o insigne doutrinador a essência do RDD o torna uma modalidade de cumprimento de pena, eivada do vício de inconstitucionalidade. No entanto, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no seguinte sentido:

> AÇÃO PENAL. Condenação. Execução. Prisão. Regime disciplinar diferenciado. Sanção disciplinar. Imposição. Repercussão no alcance dos benefícios de execução penal. Indispensabilidade de procedimento administrativo prévio. Não instauração. Violação ao devido processo legal. Ordem concedida de ofício para que a sanção já cumprida não produza efeitos na apreciação de benefícios na execução penal. O regime disciplinar diferenciado é sanção disciplinar, e sua aplicação depende de prévia instauração de procedimento administrativo para apuração dos fatos imputados ao custodiado.[16]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

1.3. Regime Disciplinar Diferenciado e a Lei de Execução Penal: Características e Hipóteses de Cabimento

A Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1.984), com redação incluída pela Lei n. 10.972/2.003, disciplina o Regime Disciplinar Diferenciado da seguinte forma:

> Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:
>
> I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
>
> II - recolhimento em cela individual;
>
> III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
>
> IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.
>
> § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.
>
> § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.[17]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Uma vez definido que, segundo a Lei de Execução Penal, o regime disciplinar diferenciado é uma sanção disciplinar, é necessário fazer um estudo acerca de suas características e hipóteses de cabimento.

Primeiramente, é imprescindível que se enumere as possibilidades de inclusão do reeducando no Regime Disciplinar Diferenciado. A letra da lei traz três casos em que se aplica tal sanção, quais sejam:

> a) prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas (*caput* do art. 52 da LEP);
>
> b) presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (§1º do art. 52 da LEP);
>
> c) recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (§2º do art. 52 da LEP).

O primeiro caso (quando se tratar de prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas) é o único em que é possível vislumbrar uma ação, concreta e específica, capaz de ser provada e individualizada, através de uma conduta caracterizadora de falta disciplinar grave.

Desta forma, como o *caput* do art. 52 da LEP preceitua, a prática do ato definido como crime doloso, deve ser cumulado com causar subversão da ordem ou disciplina da instituição penitenciária. Caso contrário, ou seja, se praticado fato que embora configure crime doloso, mas não ocasione a subversão da ordem ou da disciplina, ou que é previsto somente como uma falta e não como crime doloso, mesmo que ocasione a subversão de mesma natureza, aplica-se as sanções previstas nos incisos III e IV do art. 53 da Lei de Execução Penal, que estabelecem a suspensão ou restrição de direitos e isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

O *caput* do art. 52 da LEP ainda faz referência ao "preso provisório, ou condenado". Assim, estão sujeitos ao regime disciplinar diferenciado o condenado que cumpre pena privativa de liberdade e o preso provisório, esta decorrente das prisões cautelares.

Ademais, por se tratar de sanção de natureza disciplinar, portanto de cunho administrativo, tal penalidade é infligida, sem prejuízo da sanção criminal correspondente, ou seja, em tese, não haveria *non bis in idem*. Nesse sentido, a lição do ilustre Mirabete:

> É expressa a lei no sentido de que, havendo a prática de crime, devem ser instaurados os dois processos (penal e administrativo) de que resultarão as sacões de duas espécies. Não se trata, evidentemente, de violar o princípio *non bis in idem*, pois, de acordo com a melhor doutrina, constituem-se infrações a ordenamentos jurídicos diversos (de direito penal e de execução penal), como aliás ocorre também com a aplicação de sanções penais e civis quando da prática de crime de que resulta prejuízo. O condenado, aliás, em decorrência do mesmo princípio, pode também se sujeitado à sanção civil pelos eventuais danos em decorrência da falta disciplinar.[18]

A segunda hipótese prevê a inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado são dos reintegrandos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (§1º do art. 52 da LEP).

Por fim, temos a última possibilidade de inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado, que consta no §1º do art. 52 da LEP, qual seja, quando recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Nesses dois últimos casos, existem conceitos jurídicos indeterminados, abrindo uma grande margem de interpretação ao operador do Direito.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Sobre conceito jurídico indeterminado, Barbosa Moreira leciona:

> Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato, o cuidado de "preencher os claros", de cobrir os "espaços em branco". A doutrina costuma falar, ao propósito, em "conceitos juridicamente indeterminados" (unbestimmte Rechsbegriffe)".[19]

Eis um dos motivos de controvérsia na doutrina acerca da constitucionalidade do RDD, o fato da abrangência e subjetividade das hipóteses de inclusão do reeducando no Regime Disciplinar Diferenciado. De um lado, os que afirmam ser inconstitucional, dentre eles Salo de Carvalho, Luís Flávio Gomes, Alberto Silva Franco e Maurício Kuehne. De outro, estão os que defendem sua constitucionalidade, tais como Guilherme de Souza Nucci e Fernando Capez. Nas lições de Mirabete:

> A inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 52 da Lei de Execução Penal constitui medida preventiva, de natureza cautelar, que tem por finalidade garantir as condições necessárias para que a pena privativa de liberdade ou a prisão provisória seja cumprida em condições que garantam a segurança do estabelecimento penal e a ordem pública, que continuaria ameaçada se, embora custodiado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> permanecesse preso em regime comum. Exige-se, portanto, que o preso apresente *alto risco* para a ordem e segurança do estabelecimento penal, no sentido de que sua permanência no regime comum possa ensejar montins, rebeliões, lutas entre facções, subversão coletiva da ordem ou a prática de crimes no interior do estabelecimento em que se encontre ou no sistema prisional, ou, então, que, mesmo preso, possa liderar ou concorrer para a prática de infrações penais no mundo exterior, por integrar quadrilha, bando ou organização criminosa. Por coerência, dada a natureza cautelar da medida, o *alto risco* mencionado no § 1º deve estar presente também na hipótese regulada no § 2º do art. 52.[20]

Uma vez definidas as hipóteses de cabimento, deve-se demonstrar as características do Regime Disciplinar Diferenciado, ou seja, em que medidas consiste o RDD. Os incisos I a IV do art. 52 da LEP estabelece as seguintes características:

> a) Duração de, no máximo, 360 dias, podendo ser prorrogado até o limite de 1/6 da pena aplicada, caso haja o cometimento de nova falta grave de mesma espécie. Nesse caso, na hipótese de preso provisório, leva-se em consideração a pena mínima cominada;
>
> b) Recolhimento em cela individual;
>
> c) Visitas semanais de 2 (duas) pessoas, sem contar crianças, com duração de 2 (duas) horas;
>
> d) Banho de sol por 2 (duas) horas diárias.

1.4. Procedimento

Por se tratar de sanção e, por consequência, de privação de um direito, a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado depende de procedimento específico que permita o contraditório, bem como a intervenção jurisdicional. Mirabete assim descreve o referido regime:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> A inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado, diversamente das demais sanções disciplinares, somente pode ser aplicada por decisão do juiz competente, ouvidos previamente o Ministério Público e a defesa. Prevê a lei a possibilidade de inclusão preventiva do preso faltoso no regime disciplinar no interesse da disciplina e da averiguação do fato, exigindo, porém, igualmente, prévia autorização judicial, nos termos do art. 60. O tempo de inclusão provisória será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar que vier a ser aplicada [...] pode ocorrer também como medida cautelar, nas hipóteses de recaírem sobre o preso fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas ou de representar ele alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou para sociedade.[21]

Dessa forma, é permitida a inclusão preventiva ou cautelar no RDD, por meio de decisão administrativa, com fundamento no art. 60 da Lei de Execução Penal, no interesse da disciplina e para a apuração do fato, dependendo do despacho da autoridade judiciária competente.

O lapso temporal de inclusão preventiva é de até 10 (dez) dias, não podendo ser prorrogado ou decretado novamente pelo mesmo fundamento. Nesse sentido Renato Marcão aduz que "escoado o prazo, ou se determina a inclusão no regime disciplinar diferenciado, conforme regulado no art. 52, observadas as hipóteses autorizadoras (caput, §§ 1º e 2º), ou se restitui ao preso sua normal condição de encarcerado"[22].

Existem, portando, duas espécies de RDD, quais sejam, o Regime Disciplinar Diferenciado Repressivo e o Regime Disciplinar Diferenciado Preventivo ou Cautelar.

Exposta origem, evolução, características e hipóteses de cabimento do RDD, para atender os fins a que se destina este trabalho, é necessário passar a analisar o referido instituto perante os princípios de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

direitos humanos que norteiam a execução previstos na CRFB, bem como aqueles decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos.

CAPÍTULO II - REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO FRENTE AOS PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS NORTEIAM A LEI DE EXECUÇÃO PENAL INSCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, BEM COMO OS DECORRENTES DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

2.1. Conceito de princípios

Para o estudo acerca da constitucionalidade material do RDD, é necessário analisá-lo face aos princípios constitucionais penais que norteiam a execução penal. A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal traz em seu bojo princípios que serviram de base para sua edição. Apesar de não ter o caráter normativo, a Exposição de Motivos demonstra a vontade do legislador ao trazer ao ordenamento jurídico novas normas.

Ora, se tais princípios disciplinam a execução penal, de outro modo não seria em relação ao Regime Disciplinar Diferenciado, uma vez que este foi inserido no corpo da Lei n. 7.210/84, através da Lei n. 10.792/03, a fim de coibir a atuação do crime organizado no interior dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Note-se que o art. 1º da Lei de execução penal dispõe que o objetivo da execução penal é *"proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado"*. Assim, nas lições de Renato Marcão, temos que:

> A execução penal deve objetivar a integração do condenado ou internado, já que adotada a teoria *mista* ou *eclética*, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.[23]

Diante disso, surgem as indagações se tal sanção disciplinar[24] obedece aos princípios constitucionais da execução penal,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

mais especificamente os princípios da humanidade das penas, da legalidade, da ressocialização ou reintegração social do condenado, da individualização da pena, da proporcionalidade, dentre outros.

Não se pode olvidar que os princípios fundamentais insculpidos na Lei de Execução Penal foram recepcionados pela Constituição da República Federativa do Brasil que segundo Gilmar Mendes "é o local adequado para positivar normas asseguradoras dessas pretensões" (MENDES, p. 221). Portanto, a desobediência a tais princípios seria uma afronta a própria Constituição da República.

Mas antes de se falar nos princípios em espécie, é necessário analisar o conceito de tal instituto jurídico. Sobre os princípios constitucionais, Luis Roberto Barroso ensina:

> São o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.[25]

Malgrado posicionamento em sentido diverso, tal como a de Humberto Ávila[26], é necessário ressaltar que princípio é espécie do gênero norma. A norma tem como espécie não só o princípio, mas também as regras. Sobre o conceito de princípios, Élcio Arruda:

> No constitucionalismo moderno, princípios e regras são espécies do gênero norma. Daí se falar em norma-princípio e norma-regra. Os princípios fundamentam as regras, entendidas como as leis propriamente ditas, constituem as leis das leis, isto é, estruturam o sistema jurídico. São forjados sob o influxo do conceito de justiça e da ideia de direito. Enfeixam um grau de abstração elevado e reclamam intermediação para se concretizarem.[27]

Ainda sobre a diferença entre regras e princípios prossegue:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Há, ocasionalmente, pontos de tensão ou arestas. Nestas situações, opera-se a acomodação entre os princípios aparentemente colidentes. Não se opta por um em detrimento dos demais, mas, sim, todos são aplicáveis, em maior ou menos extensão, conforme a preponderância ou peso dos valores envolvidos. Estabelece-se um ponto de equilíbrio entre os interesses conflituosos [...]. Diferentemente, no tocante às regras (leis), pode suceder verdadeira antinomia. Indagar-se-á qual delas será aplicável. A discussão se situa no campo da validade, sem espaço para perquirição quanto ao peso ou ao valor de cada uma. Aí, então, o caminho é se arredar uma e se aplicar a outra, a mais consentânea aos princípios. Obedece-se à lógica do tudo ou nada.[28]

Ainda sobre o conceito de princípios dissertou Robert Alexy:

> Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização,* que são satisfeitos em graus variados que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.[29]

Os princípios não tratam apenas de um enunciado axiológico, mas de verdadeira normatividade, conforme leciona Paulo Bonavides afirmado que "os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem chave de todo o sistema normativo"[30].

Assim a desobediência a tais princípios eiva a norma jurídica do vício da inconstitucionalidade. A seguir, analisar-se-á o instituto do RDD perante princípios constitucionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Por outro lado, quando falamos em direitos humanos não devemos apenas considerar os princípios positivados na Carta Magna de 1988, ante o caráter global de tais institutos.

O art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil traz regras mínimas, fora das quais a privação da liberdade deve ser tida como inconstitucional. Tais normas estão insculpidas nos incisos II, III, XXXV, XXXIX, XLVI, XLVII, "e" e XLIX, entre outros:

> Art. 5º. [...]
>
> II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
>
> III- ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante;
>
> XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
>
> XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
>
> XLVI- a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...];
>
> XLVII- não haverá penas: [...];
>
> e) cruéis; e
>
> XLIX- é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
>
> §1º- As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
>
> §2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.[31]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Observe-se que nos parágrafos 1º e 2º, do referido dispositivo, nosso ordenamento conferiu a eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais e possibilitou o acréscimo de normas internacionais garantidoras dos direitos humanos fundamentais.

Assim, a referida cláusula aberta possibilitou se buscar, fora do texto constitucional, formalmente considerado, outras normas de direitos humanos. Sobre o tema, Gilmar Mendes:

> O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. Essa interpretação é sancionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade envolvendo a criação do IPMF, afirmou que o princípio da anterioridade (art. 150, III, b, da CF) constitui um direito ou garantia individual fundamental. É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais que estão fora da lista. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser tidos como tal, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorre da referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário.[32]

Assim, o art. 5º, §2º da Carta Magna, no momento em que reconhece, como fonte de normas de direitos humanos os princípios constitucionais, os tratados internacionais, levando a crer que estes, apesar de não integrarem o texto constitucional formalmente considerado, materialmente devem ser tratados como equivalentes às previsões constitucionais e hierarquicamente superiores às leis ordinárias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Dessa forma, pode-se concluir que os direitos humanos são princípios superiores à ordem jurídico-positiva, mesmo que não expressos no texto constitucional, integrando a própria essência da Constituição.

Ante o exposto, além das normas formalmente constitucionais, pode-se utilizar na aferição da constitucionalidade os tratados internacionais de direitos humanos integrados ao ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma forma, em relação às incoerências do RDD, o qual pode ter seus preceitos em antagonismo com as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas, que vêm sendo reconhecidas pela hermenêutica de tratados internacionais; as Regras Mínimas para Tratamento dos Presos no Brasil, as quais são uma adaptação à realidade nacional e a Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Assim sendo, é oportuno apontar a inconstitucionalidade existente entre o RDD, os princípios de direitos humanos que norteiam a execução penal constantes na CRFB, bem como aqueles decorrentes de tratados internacionais.

2.2. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é um dos direitos fundamentais essenciais a garantia do cidadão face ao poder punitivo do estado. Trata-se de um direito fundamental negativo, que protege o cidadão da arbitrariedade do Estado no exercício do *ius puniendi.* De forma a evitar ao arbítrio no uso deste pelo Estado. Nas palavras de Álvaro Mayrink da Costa:

> O princípio da legalidade toma nova dimensão diante do Direito Penal do varejo, o mandato de certeza, em razão da exigibilidade de clareza e de uma pena entre bandas-limites não exageradas e desproporcionais da resposta penal cominada. Repete-se que a norma penal a despeito de seu caráter generalizador deve descrever de maneira precisa, clara e exaustiva, de forma certa, tanto a conduta que reprova quanto a pena que comina por

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> sua realização. Diante de um Estado Democrático de Direito não é admissível o caráter vago incerto, da descrição, impedindo a certeza do alcance da proibição. A *lex certa* é o corolário do princípio da legalidade.[33]

Assim, trata-se de um princípio basilar do Estado de Direito que tem, dentre outras, as seguintes funções: i) proibir a retroatividade da lei penal; ii) proibir a criação de delitos e penas pelo costume; iii) proibir a analogia para criar delitos, fundamentar ou agravar penas; iv) proibir incriminações vagas e indeterminadas.

Sobre a evolução história do princípio da legalidade:

> Constitui um dos pilares do Direito Penal Moderno, embora esteja diretamente vinculado aos movimentos revolucionários franceses que pregavam a igualdade dos Homens. Entretanto, pode ser encontrado de forma tênue na Magna Charta , de 1215, onde o Rei João Sem Terra, temendo perder os benefícios da Coroa em razão da revolta dos burgueses, concedeu-lhes alguns direitos, dentre eles o da anterioridade de crimes e penas. Entretanto o princípio do *nulla poena sine lege*somente foi sistematizado com os iluministas e filósofos franceses, como Beccaria e Feuerbach, significando um princípio político, pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado. Representa uma reação a estatolatria medieval, adotou-o a Revolução Francesa, incluindo-o em fórmula explícita, entre os direitos fundamentais do homem.[34]

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal menciona tal princípio no item 19 ao aduzir que "o princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal".[35]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Da mesma forma, tal princípio está insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º, inciso XXXIX), "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", com redação semelhante a disposta no Código Penal (art. 1º): "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". Sobre o tema, César Roberto Bitencourt leciona:

> O princípio da reserva legal é um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários têm negado. Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.[36]

Ao se analisar o Regime Disciplinar Diferenciado sob o prisma da formalidade, ou seja, se considerarmos o princípio da legalidade como a mera previsão do da norma em lei, chega-se a conclusão de que tal instituto não possui vício. No entanto, há que se analisar se este atende aos direitos e garantias individuais expostos na Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse sentido se manifestou o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, quando da edição da lei que instituiu o RDD:

> Do ponto de vista formal, portanto, o novo instituto não parece padecer de vício, cabendo verificar, porém, se suas previsões esbarram nos direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição Federal e por tratados que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos.[37]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O art. 52 da Lei de Execução Penal ao disciplinar o RDD traz consigo conceitos jurídicos indeterminados, abrindo um leque para interpretação que desvincula a norma da obediência ao princípio da legalidade, no que concerne ao seu caráter taxativo. Sobre o tema dissertou Sallo de Carvalho e Christiane Russomano:

> Em sentido diametralmente oposto à concretização do princípio da legalidade, que imporia pela taxatividade o fechamento destes tipos abertos, a Lei 10.792/03 incluiu categorias altamente dúbias, gerando duplo efeito. Em primeiro lugar, deflagra efeito normativo no que tange à interpretação das faltas, sobretudo as graves. Assim, se anteriormente a falta de precisão decorrente da ambiguidade terminológica favorecia o arbítrio administrativo, com o novo texto a tendência é sua potencialização. Por outro lado, produz efeito na gestão da política penitenciária, visto que a importância auferida à ordem, à disciplina e à segurança não apenas reforça a ideologia defensivista, mas ressignifica o sentido da execução, voltada na contemporaneidade à contenção dos "socialmente indesejáveis", dos "corpos excedentes". Abdica-se, pois, vez por todas, do ilusório e romântico fim ressocializador pregado no Estado Social em prol de uma administração das "massas inconvenientes".[38]

Conforme se depreende do texto acima, o legislador não se utilizou da boa técnica ao não especificar as condutas que levariam o reintegrando ao cumprimento de tal sanção disciplinar, de forma que se utilizou de conceitos vagos, imprecisos e genéricos, não precisando inequivocamente tais condutas. Sobre o tema, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária se manifestou:

> Quanto ao primeiro, já incorporado ao Direito Penal desde as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, parece evidente faltar elementos precisos na nova redação da LEP para caracterizar uma dada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> conduta como de extrema gravidade, a justificar o extremo castigo. Das três hipóteses de aplicação do RDD, a primeira (prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas) é a única em que, talvez se fizesse possível vislumbrar uma ação, concreta e específica, capaz de ser provada e individualizada, caracterizadora de falta disciplinar grave, tudo de modo a permitir a aplicação da punição. Os demais casos (presos que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando) são de uma imprecisão tal que configuram autêntica carta branca à Administração para aplicar sanções ao arrepio do Estado Democrático de Direito. Na hipótese atinente a presos que "apresentem alto risco para a segurança do estabelecimento ou da sociedade" há evidente retorno ao Direito Penal de Autor (ou de Periculosidade), hoje inadmissível, na medida em que a aplicação da sanção decorre, não da realização de uma conduta típica e antijurídica, mas pela presumível ameaça que a pessoa representa, pelo simples fato de existir.[39]

Maurício Kuehne assim se manifestou acerca do tema:

> Note-se, ainda, que a textura aberta das hipóteses para aplicação do RDD viola o princípio constitucional da legalidade penal – expressamente encampada pelo artigo 45 da LEP no tocante à aplicação de sanção disciplinar -, o que não pode ser tratado de maneira meramente formal. A tipicidade legal exige que a norma contenha uma previsão hipotética de comportamento de razoável precisão, sem o que se deixa ao aplicador (em geral funcionário

> do sistema carcerário) o poder indiscriminado de atribuir a alguém uma dada conduta. Somente um sistema criminal que primasse pelo arbítrio poderia admitir tipos tão imprecisos quanto o "alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal", sem que se explicite qual ou quais condutas implicariam o referido "alto risco". [40]

Tal imprecisão pode ser notada nas expressões "ocasione subversão da ordem ou disciplina internas", "alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade" e "fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando". Nesta última, além da incerteza, o legislador peca pela generalidade da expressão "a qualquer título".

As normas atinentes ao RDD não são apenas de índole processual, mas pelo contrário, são mistas, pois por agravarem o regime de cumprimento da pena, trazem consigo uma carga de direito material, uma vez que se trata de limitação ainda maior a liberdade de ir e vir, tais como o recolhimento em cela individual; a redução das visitas semanais de 2 (duas) pessoas, sem contar crianças, com duração de 2 (duas) horas; banho de sol por 2 (duas) horas diárias.

Ademais, conforme supramencionado, a natureza jurídica de regime disciplinar diferenciado é de sanção disciplinar. No entanto, alguns doutrinadores ,, dentre estes, Salo de Carvalho e Maurício Kuehne, asseveram a possibilidade de o RDD configurar um verdadeiro novo regime de cumprimento de pena, reconfigurando a ideia de progressão que norteia a lei de execução penal. Acerca do assunto, Sallo de Carvalho e Christiane Russomano:

> Não obstante a ressignificação da ideia de disciplina, o RDD reconfigurou o sistema progressivo de execução da pena. Na contramão da noção de reintegração social gradual que inspirou a LEP, a nova medida disciplinar modula um regime integralmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> fechado *plus* regido por disposições singulares de cunho inabilitador.

Dessa forma, tal regime ofenderia a coisa julgada, uma vez que na individualização da pena na sentença penal é estabelecido o regime de cumprimento da pena. A partir disso, temos uma progressão ou regressão para atender as finalidades de ressocialização e reinserção do condenado na sociedade.

O modo mais gravoso de tal cumprimento é o regime fechado. Ao se estabelecer a hipótese de regime mais gravosos, estar-se-á inaugurando uma nova modalidade de cumprimento de pena além das dispostas no art. 33 do Código Penal (fechado, semi-aberto, aberto).

Ademais, há a possibilidade de, no período em que faz jus o condenado a progressão de regime, se encontrar do Regime Disciplinar Diferenciado. Como acima dito, está sujeito ao RDD o preso provisório ou condenado definitivo que praticar falta grave.

Os requisitos para progressão estão dispostos no art. 112 da Lei de Execução Penal:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Conforme se pode observar, temos o requisito objetivo para progressão, qual seja, "quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena do regime anterior", bem como temos o requisito subjetivo, qual seja, "ostentar bom comportamento carcerário, a ser aferido pelo diretor do estabelecimento prisional. Uma vez satisfeito tais requisitos, o preso está em condições de assegurar as benesses da progressão para regime mais brando.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

No entanto, surge a dúvida quando a possibilidade de progressão do condenado estar cumprindo RDD. Quanto ao requisito objetivo, não há problema para se aferir, pois trata-se de fração da pena, razão pela qual basta aplicá-lo sobre o quantum da condenação. Todavia, aparece um obstáculo quando se coloca este instituto diante do requisito subjetivo, ante o seguinte paradoxo: se o preso está cumprindo RDD, é porque sua conduta não obedece aos requisitos intrínsecos da "boa conduta".

Malgrado a referida conclusão lógica, tem-se que considerar que mesmo que inserido no *regime fechadíssimo*, após alguns meses o preso passe a apresentar uma boa conduta no cárcere. Até porque a própria dinâmica desse sistema de certa forma não possibilita a pratica de atos que não coadunem coma boa conduta carcerária, ante o seu caráter rigoroso.

O óbice a tal progressão é o fato de a Lei de Execução Penal não estabelecer prazo para os efeitos decorrentes das faltas disciplinares. Sobre o tema, se pronunciou Renato Marcão:

> Sabemos que as faltas não podem ser eternizadas, que seus efeitos não podem se alongar indefinidamente, não podemos negar que diante de determinadas hipóteses será possível a progressão de regime prisional, estando o preso sob Regime Disciplinar Diferenciado, desde que atendidos os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal. o fato é que a Lei de Execução Penal não estabelece prazo para os efeitos das faltas disciplinares que regula, e na ausência de regulamentação geral é de se levar em conta o estabelecimento nas regras previstas nos estatutos e regulamentos penitenciários, e sabemos que em relação ao tema em questão (duração dos efeitos das faltas disciplinares) tais normas particulares não são uniformes, não há prazo único. É urgente a necessidade de se regulamentar por lei a matéria.[41]

Como podemos observar, há mais um caso de desobediência à taxatividade que se impõe no princípio da legalidade material, uma vez que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

a natureza dos direitos que estão em jogo, diga-se a liberdade, não comporta a ampla interpretação do seu aplicador, qual seja, os sujeitos da execução penal, diretor do estabelecimento prisional, Juiz, Ministério Público.

Nesse sentido foi a já citada manifestação do Conselho Nacional de Política Penitenciária, que através de parecer evidenciou a "falta de tipificação claras" da lei que instituiu o RDD.

Assim, a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado não coaduna com princípios da legalidade, tendo em vista o aspecto material deste, ou seja, a efetiva proteção da liberdade do cidadão perante o poder punitivo do Estado, principalmente no que concerne ao seu caráter taxativo de suas normas.

2.3. Princípio da Individualização da Pena

O Princípio da Individualização da Pena está disposto no inciso XLVI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como no *caput* do art. 5º da Lei de Execução Penal.

Além disso, o Legislador expôs sua vontade quando da edição da desta Lei acerca de tal princípio, conforme pode se observar na Exposição de motivos da Lei de Execução Penal:

> 26. A classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas da liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é o desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido entre os direitos e garantias constitucionais. A exigência dogmática da proporcionalidade da pena está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua

> personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado.
>
> 27. Reduzir-se-á a mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal, e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução.
>
> 28. O Projeto cria a Comissão Técnica de Classificação com atribuições específicas para elaborar o programa de individualização e acompanhar a execução das penas privativas da liberdade e restritivas de direitos. Cabe-lhe propor as progressões e as regressões dos regimes, bem como as conversões que constituem incidentes de execução resolvidos pela autoridade judiciária competente.[42]

Acerca do tema, aborda, ainda, a exposição de motivos nos itens de 31 a 37.

Doutrinariamente, o processo de individualização da pena é dividido em três fases: legislativa, judicial e executivo.

No primeiro, o legislador abstratamente atribui um lapso temporal da pena a se infligir, através de critérios valorativos, considerando o valor do bem que se almeja proteger.

No segundo, o órgão judicial, ao analisar critérios objetivos e subjetivos na fase de dosimetria da pena atribui pena mediante caso concreto.

Por fim, na execução haverá a classificação do preso de maneira que possibilite a este oportunidades e elementos necessários para a conquista da reintegração social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Acerca das fases da individualização da pena, o STF se manifestou:

> O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. [...] Ordem parcialmente concedida tão somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos', constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente.[43]

Conforme acima dito, a garantia constitucional de individualização da pena na execução penal deverá se pautar pela finalidade principal que é a reinserção social. Para isso, a Lei de execução penal estabeleceu uma dinâmica própria para adequar o cumprimento da pena pelo condenado, num sistema de classificação, progressão e regressão de acordo com critérios subjetivos e objetivos a serem avaliados pelo Juízo da execução penal.

O princípio da individualização da pena é um desdobramento do princípio da legalidade, que pode ser dividido em: princípio da individualização da penal; da responsabilidade pessoal ou da personalidade da pena; da limitação da pena e da sua humanização.

Tal princípio é de grande importância para a adequada classificação e cumprimento da finalidade ressocializadora da pena, sendo que visa assegurar os a personalidade e da proporcionalidade da pena, na medida em que adéqua a pena ao pessoa do condenado.

Não se trata apenas de um critério quantitativo, mas envolve um aspecto qualitativo, já que os regimes são divididos em aberto, semi-aberto e fechado. No entanto, o RDD surge, apesar da máscara de sanção disciplinar, como um quarto regime, mais gravoso, como alguns autores chamam, *regime fechadíssimo* ou *regime fechado plus*.

Nesse sentido, Erneida Orbage:

> Há violação do principio da individualização da pena no estabelecimento do regime disciplinar diferenciado, porque não está incluído entre os regimes de cumprimento de pena e logo é sanção administrativa e não de caráter penal, decorrente da condenação do réu. A individualização da pena pressupõe respeito à identidade do preso, no tocante às suas peculiaridades como ser humano, que deve

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> ser responsabilizado pelos seus atos, mas na proporção do que é condizente com a natureza social do homem, enquanto sujeito de direitos e obrigações. A aplicação do regime disciplinar diferenciado fundamenta-se estritamente na natureza do crime e não na personalidade do agente ou em outras condições de caráter personalíssimo, não perceptíveis aos olhos, mas alcançáveis mediante perícia psiquiátrica ou psicológica. As sanções administrativas de caráter disciplinar devem ser reguladas por meio de lei, disciplinadas na Lei de Execuções Penais para garantir o comportamento do preso e ainda a consolidação de princípios dentro do sistema prisional, de forma a provocar a reflexão e a mudança de comportamento humano daquele que delinquiu e não reafirmar condutas criminosas, por intermédio de tratamento desumano. Os meios regulatórios disponíveis na Lei de Execução Penal são avançados e suficientes para se tratar diferentemente presos considerados perigosos, por meio do trabalho ou de atividades que possibilitem descobrir aptidões.[44]

Sintetizando ao acima explicitado, temos que o regime disciplinar diferenciado não se mostra conforme os preceitos do princípio da individualização da pena, haja vista que leva em consideração a natureza da infração, ao invés de levar em consideração as condições subjetivas do infrator. De forma que o infrator independente da gravidade da falta vai estar sujeito ao mesmo regime de segregação.

Além disso, o princípio da individualização da pena está em sintonia com o objetivo da execução penal que é a reinserção do condenado da sociedade. Ora, as próprias características do RDD, quais sejam o isolamento celular, por uma análise lógica não condiz com o objetivo de ressocialização, uma vez que priva o preso do convívio no meio social prisional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

2.4. Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade

O Princípio da Proporcionalidade é um princípio implícito, visto que a Constituição da República Federativa do Brasil não houve menção expressa. Nas palavras de Gilmar Mendes:

> O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente de ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento para todo o ordenamento jurídico.[45]

Além disso, os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade podem ser considerados sinônimos. Nesse sentido, Daniel Sarmento:

> Pode-se dizer ainda que, em linhas gerais, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, conquanto decorrentes de matrizes históricas diferentes, na prática são fungíveis, pois almejam o mesmo resultado: coibir o arbítrio do Poder Público, invalidando leis e atos administrativos caprichosos, contrários à pauta de valores abrigada pela Constituição.[46]

O princípio da proporcionalidade tem duas principais funções no ordenamento jurídico: i) limitação ao poder do Estado sobre os princípios fundamentais de forma a evitar abuso de direito e ii) como técnica para solução de conflitos de interesse entre direitos fundamentais.

Sobre a primeira função desse princípio, o Supremo Tribunal Federal se manifestou:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Execução penal. Remição de dias trabalhados. Falta grave. Limites. Precedentes. A perda dos dias remidos pelo trabalho de que trata o art. 127 da Lei de Execuções Penais não afronta os princípios da proporcionalidade, da isonomia, da individualização da pena ou do direito adquirido. Não é possível afirmar que a subtração em referência deva ser limitada à mesma quantidade de dias estabelecida para a duração máxima da sanção disciplinar de isolamento, suspensão e restrição de direitos prevista no art. 58 do mesmo diploma legal.[47]

Embora a legislação acerca da remissão penal tenha sofrido recente alteração (Lei nº 12.433, de 2011), atendo-se apenas ao princípio em epígrafe, pode-se observar que tal postulado visa a proteção dos direitos fundamentais, evitando o abuso do poder público.

Acerca do princípio da proporcionalidade e sua função de interpretação, Paulo Bonavides dissertou:

> Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que faz o instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliadora, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso frequente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão entre tais direitos.[48]

Em relação ao conteúdo do princípio da proporcionalidade, a doutrina geralmente o divide em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Sobre a proporcionalidade, Alexy:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.[49]

Essa configuração atribuída ao princípio da proporcionalidade foi idealizada pela doutrina alemã conforme assevera Daniel Sarmento:

> O subprincípio da adequação preconiza que a medida administrativa ou legislativa emanada do Poder Público deve ser apta para o atingimento dos fins que a inspiraram. Trata-se, em síntese, da aferição da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre o meio e o fim da medida examinada [...] O princípio da necessidade ou exigibilidade, por sua vez, impõe que o Poder Público adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo. Assim, se há várias formas possíveis de se chegar ao resultado pretendido, o legislador ou administrador tem de optar por aquela que afete com menos intensidade os direito e interesses da coletividade em geral. Nessa linha, o Tribunal Constitucional alemão acentuou que uma lei será inconstitucional se se puder constatar, inequivocadamente, a existência de outras medidas menos lesivas [...] o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um outro lado da balança devem ser postos os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas se ocorrer o contrário, patente será sua inconstitucionalidade.[50]

A norma para se conformar ao princípio da proporcionalidade, deverá, concomitantemente, ser adequada aos fins a que se destina, ser a alternativa menos gravosa possível, bem como o número de benefícios deve ser maior do que as desvantagens de sua aplicação.

A análise da proporcionalidade como ponderação dos interesses em jogo quando da aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado será analisada em capítulo próprio. Por ora, nos limitaremos ao estudo do princípio da proporcionalidade sob o prisma da limitação do poder punitivo do estado, ou seja, o princípio da proporcionalidade como garantia de sanção proporcional a gravidade do delito, ou seja, o princípio da proporcionalidade sob a ótica penal.

A origem do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade remonta à antiguidade, no entanto, esta somente conseguiu se estabelecer durante o período Iluminista, notadamente com a obra-prima de Marquês de Beccaria, a Dos Delitos e das Penas. Este autor se manifestou acerca da pena afirmando que "para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas referidas circunstâncias, proporcionada ao delito e determinada por lei.[51]

A sanção penal na visão do pensador acima mencionado deve ser proporcional ao dano causado ao bem jurídico, de forma que dependendo da natureza jurídica de tal infração, deve ser infligida pena de acordo com a lesão.

O postulado da proporcionalidade, da mesma forma como ocorre no referido princípio da individualização da pena, ocorre em três fases distintas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Primeiramente, a fase legislativa, em que abstratamente o legislador comina pena proporcional ao bem jurídico tutelado. Após, judicialmente, ou seja, em concreto, o juiz aplica a pena ao condenado de acordo com a gravidade objetiva do dano causado, levando em consideração a conduta do agente efetivamente praticada, bem como o efetivo dano causado ao bem jurídico tutelado. Nesse sentido, Alberto da Silva Franco:

> O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do pena). Toda vez que, em relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição (proporcionalidade em concreto) que carecem de relação valorativa com o fato cometido considerando em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).[52]

Por fim, apesar da pena já estar individualizada e determinada na sentença judicial, a proporcionalidade deve ser levada como norte durante todo o período da execução. Sobre o assunto, Élcio Arruda assevera que "na imposição e execução da pena, há de se respeitar a individualidade de cada infrator: a reprovabilidade com que se houve, sua *vita ante acta*, sua personalidade, os motivos determinantes"[53].

O princípio da proporcionalidade se aproxima da individualização da pena, uma vez que para a adequada execução penal, a fim de atingir os objetivos de reintegração e reinserção do condenado a sociedade, tal pena deverá ser adequada de acordo com a culpabilidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Acerca do tema dispõe a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, que demonstra a vontade do legislador no sentido de classificar bem como individualizar a pena de acordo com os critérios de periculosidade, conduta do executando, de forma que a execução penal não seja estática:

> 20. É comum, no cumprimento das penas privativas da liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa hipertrofia da punição não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propicia.
>
> 26. A classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas da liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é o desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido entre os direitos e garantias constitucionais. A exigência dogmática da proporcionalidade da pena está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado.[54]

Sobre a proporcionalidade da pena e os momentos de sua formação, dissertou Rogério Greco:

> Inicialmente, e no plano abstrato, deve o legislador, atento a tal princípio, procurar a tão almejada proporcionalidade. Sabemos que a tarefa não é fácil, pois que, em virtude do grande número de infrações penais existentes em nosso ordenamento jurídico penal, cada vez fica mais complicado o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

raciocínio da proporcionalidade. A quase-proporção, é inegável, encontra-se no talião, isto é, olho por olho, dente por dente. Contudo, embora aparentemente proporcional, o talião ofende ao princípio da humanidade, pilar indispensável. Em uma sociedade na qual se tem em mira a dignidade da pessoa humana. Por esta razão é que o legislador constituinte preocupou-se em consignar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Social e Democrático de Direito (inciso III do art. 1º da CRFB). Embora não tenha sido adotado expressamente, o princípio da proporcionalidade se desume de outros que passaram a integrar o texto de nossa Constituição, a exemplo do princípio da individualização da pena, seja no plano concreto, com a aplicação pelo juiz, visualiza-se, com clareza, a obediência ou mesmo a ofensa ao princípio em estudo, mesmo que, como já dissemos anteriormente, não seja um mecanismo de verificação tão simples. No que diz respeito especificamente ao proporcionaldade em concreto, ou seja aquela levada a efeito pelo juiz, sua aferição não é tão tormentosa quanto aquela que deve ser realizada no plano abstrato. Isto porque o art. 68 do Código Penal, ao implementar o critério trifásico de aplicação da pena, forneceu ao julgador meios para que pudesse no caso concreto, individualizar a pena do agente, encontrando, com isso, aquela proporcional ao fato cometido. Assim, por exemplo, se depois analisar, isoladamente, as circunstâncias judiciais, o juiz concluir que todas são favoráveis ao agente, jamais poderá determinar a pena-base na quantidade máxima cominada ao delito por ele cometido, o que levaria, ao final de todas as três fases, a aplicar uma pena desproporcional ao fato praticado.[55]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Conclui-se do exposto que a norma para atender ao princípio da proporcionalidade deve guardar íntima relação entre o fato cometido e a sanção aplicada. Voltando-se para o tema execução, mais precisamente ao Regime Disciplinar Diferenciado, é pertinente indagar se este observa tal postulado.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária se manifestou:

> Pode-se inferir, pois, que a necessidade e a proporcionalidade da aplicação do isolamento constituem o divisor de águas entre o permitido e o proibido. Assim é que a questão fundamental deste aspecto é saber se a aplicação do RDD é a única saída possível, ou se há outras formas menos gravosas e prejudiciais ao preso de lidar com a questão. [56]

Como já explicitado acima, o RDD foi instituído, a fim de coibir a infiltração do crime organizado nos presídios, seja em relação à comunicação com o mundo exterior, seja para evitar a própria criação de poderes paralelos dentro do cárcere. Tal situação de descontrole que se disseminou em virtude do estado de abandono carcerário no Brasil, permitiu o desenvolvimento desses grupos dentro dos presídios.

Para evitar tal inconveniente, a solução encontrada pelo estado foi interromper essa cadeia de comando e desarticular o referido movimento de modo a segregar o condenado em um regime fechadíssimo. O CNPCP assim se manifestou acerca da proporcionalidade da medida:

> Além da violação à tipicidade, as previsões genéricas ora incorporadas ao artigo 52, caput e parágrafos 1º e 2º, da Lei de Execução Penal, colidem com a necessária proporção entre crime e castigo, na medida me que não há, na pseudo-sanção disciplinar ora criada, proporção entre a suposta falta disciplinar e a "punição" daí advinda. [...] Significa ter em mente que, para as Regras Mínimas, a sanção não deve exceder o estrito limite da necessidade que a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> administração do presídio tenha de restabelecer ou garantir a ordem e segurança, jamais permitindo que a punição se desvie do objetivo de reintegração social do condenado. No caso do RDD, a desproporção já referida e o desvio de finalidade do isolamento celular, o afasta da natureza jurídica de punição por comportamento irregular. [...] Tendo em vista que a caracterização legal do RDD não estabeleceu elementos capazes de indicar uma proporção entre a violação da disciplina e a sanção decorrente, nem tampouco entre a ameaça e o período de isolamento, há o permanente risco dele ser sempre fixado pelo tempo máximo, rompendo com o comedimento indicado pelos artigos 27 e 34 das Regras Mínimas. Neste contexto, a aplicação do RDD viola as previsões de tratados internacionais, especialmente os artigos 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos e 10 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que expressamente declaram ser o objetivo do cumprimento da pena a reabilitação social do condenado.[57]

As sanções disciplinares, como é definido o RDD da Lei de Execução Penal, tem por escopo simplesmente promover o restabelecimento da segurança e da boa organização da vida comunitária, sendo aplicáveis pelo tempo estritamente necessário para tanto. No entanto, não é o que se observa nesse regime fechadíssimo, pois este nada tem a ver com o caráter individual e limitado a uma conduta específica que tem as sanções, mas sim de um verdadeiro regime de cumprimento de pena.

Assim sendo, o Regime disciplinar diferenciado não atende aos anseios do princípio da proporcionalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2.5. Princípio da Humanidade das penas

O princípio da humanidade das penas é espécie do supra-princípio dignidade da pessoa humana. Para tratarmos desse tema, é necessário um breve esboço acerca da origem, evolução e conceito de pena. Acerca das origens da penas, as lições de Beccaria:

> As leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranqüilidade. A soma dessas porções de liberdade sacrificada ao bem comum forma a soberania de uma nação e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. Mas não bastava constituir esse depósito, havia que defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do depósito a porção que lhe cabe, mas também apoderar-se daquela dos outros. Faziam-se necessários motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esses motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis.[58]

Como se pode observar, o homem, em busca da paz social, decidiu outorgar a um terceiro imparcial a possibilidade de infligir pena. A partir desse momento, a pena passou por diversos estágios de evolução, conforme aduz Sérgio William:

> É certo que não existe uma evolução linear do Direito Penal, mesmo porque a história não se adapta a esquemas simplificados, contudo, conforme leciona Nancy Aragão "o direito penal, tendo a pena como

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> destaque, pode ser dividido em três fases distintas: fase primitiva, fase humanitária e fase científica contemporânea." A fase primitiva foi dividida em dois períodos: o primeiro, denominado Consuetudinário ou de Reparação, caracterizou-se pela vingança privada, divina e pública. O segundo, conhecido por Direito Penal Comum, resultou da combinação do Direito grego, romano, germânico e canônico, com ênfase na intimidação e expiação. A fase humanitária, também chamada Clássica, caracterizou-se pela reação às atrocidades dos castigos aplicados e pela transformação do direito punitivo, humanizando as penas e evidenciando o respeito à dignidade humana. A fase científica contemporânea, ou Escola Positiva, foi subdividida em três períodos: primeiro, o Antropológico, no qual se dava especial valor a fatores biológicos, físicos e psíquicos do criminoso; o segundo, Sociológico, onde se procurou dar especial destaque às influências externas que atuavam sobre o criminoso e o crime como fenômeno social; e o terceiro, o Jurídico, em que, por meio dos estudos já desenvolvidos, deu-se estrutura aos princípios já estabelecidos.[59]

Assim sendo, a pena passou por constantes evoluções ao longo da história. De forma que, ao longo do tempo, foi perdendo o caráter de castigo, passando a exercer um papel de corrigir ou ressocializar o apenado. O direito de punir passou da autotutela, em que havia a vingança privada, para conceder ao Estado esse poder.

Como se pode observar, o caráter humano é inerente a uma das finalidades da pena, qual seja, a ressocialização. Sobre o tema, dissertou Alberto da Silva Franco:

> O princípio da humanidade da pena permite detectar, sob a ótica da dimensão histórica, uma gradativa propensão na humanização das penas que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> tornaram-se, no transcorrer dos tempos, menos rígidas no seu tempo de duração e tiveram reduzidas, sobremaneira, sua carga aflitiva. O confronto entre o momento atual e o passado não muito distante basta para comprovar a realidade desse progressivo abrandamento. Nos atuais modelos jurídicos de Estado, máxime nos de contextura democrática, o princípio da humanidade da pena encontra ampla ressonância, em nível constitucional, com a proibição expressa de pena de morte, das penas de caráter perpétuo, das penas corporais, das penas desumanas, das penas degradantes e das penas exemplificadoras. Assim, o princípio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a condição humana.[60]

A Constituição da República Federativa do Brasil trouxe como objetivo do Estado a dignidade da pessoa humana, além de explicitar diversas normas referentes a tal princípio:

> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
>
> I - [...];
>
> II - prevalência dos direitos humanos.

Note-se ainda na Constituição Federal a consagração do princípio da humanidade da pena dentre os direitos fundamentais, em disposições do artigo 5° nos incisos III, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII e XLIX:

> Art. 5º 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:

[...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...] 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;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

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;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Ressalte-se que o respeito ao princípio da dignidade da pena não se trata apenas de uma norma negativa do poder do estado, mas também de uma norma de cunho positivo, que impõe a adoção de ações e medidas em favor dos condenados. Exige-se por parte do poder público a promoção e defesa contra qualquer espécie de violação, especialmente aquelas advindas do Poder Estatal. No caso do RDD, as limitações advindas do isolamento celular. Sobre o tema, Alberto da Silva Franco:

> Assim, de um lado, o princípio da humanidade da pena está introjetado na proibição da tortura e do tratamento cruel ou degradante (art. 5º, III), e na proibição de pena de morte, da pena de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, XLVII); de outro lado, está refletido no processo individualizador da pena, na fase executória (art. 5º, XLVI), no asseguramento aos presos do respeito à integridade física ou moral (art. 5º, XLXIX), no direito ao preso de cumprir a pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII); no asseguramento às presidiárias de condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L). O princípio da humanidade da pena implica, portanto, não apenas na proposta negativa caracterizadora de proibições, mas também, e principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, embora presa ou condenada.[61]

Dessa forma, na execução penal, o princípio da humanidade da pena tem íntima ligação com o objetivo ressocializador da execução.

A exposição de motivos da LEP demonstra a vontade do legislador nesse sentido em seu item 56: "O Projeto conceitua o trabalho

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

dos condenados presos como dever social e condição de dignidade humana – tal como dispõe a Constituição, no art. 160, inc. II –, assentando-o em dupla finalidade: educativa e produtiva". Acerca do exposto, Danielle Christine Barros Nogueira:

> O princípio da humanidade da pena encontra aplicação em um dos objetivos da execução penal que é a ressocialização. A presença de tal princípio no ideal ressocializador se apresenta na aplicação dos princípios da atenuação ou compensação e no princípio do nihil nocere. O princípio da atenuação ou compensação caracteriza-se pela impossibilidade da pena privativa de liberdade resumir-se ao isolamento total do preso, devendo ser proporcionado a este medidas compensatórias ao encarceramento como forma de estimular a sua efetiva ressocialização. Já o princípio do nihil nocere compreende a ideia de que os riscos da dessocialização deverão ser evitados através de um sistema prisional que não contribua para a produção de tais efeitos.[62]

Em reforço ao acima exposto, não se deve ater somente a legislação pátria, uma vez que há um plexo de normas internacionais de Direitos Humanos que dispões acerca da aplicação do referido princípio.

Inicialmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (celebrada pela Resolução nº 217 na 3ª Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em Paris, França, em 10/12/1948) prevê que "ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante".

Ademais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16/12/1966), que traz em seu corpo a previsão do princípio da humanidade da pena, dispondo que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Art. 7º Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.
>
> 1. Toda pessoa privada da sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana;
>
> [...]
>
> 3. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reabilitação moral dos prisioneiros.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (aprovada em 22/11/1969, ratificada pela República Federativa do Brasil através do Decreto Legislativo n° 27 de 25/09/1992 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 678 de 06/11/1992), refere conteúdo similar a acima referida:

> "Art. 5° Direito à integridade pessoal.
>
> 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
>
> 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano."[63]

Tem-se, ainda, a Resolução 45/110 da Assembléia Geral das Nações Unidas (Regras de Tóquio), que prevê na regra 6.2 o dever de respeito à humanidade quando da aplicação de prisão cautelar.

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (adotada em 09/12/1985, na Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em Cartagena das Índias na Colômbia, ratificada pelo Brasil em 20/07/1989), a par desses diplomas internacionais, estabelece que:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> Artigo 2º - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Por fim, em relação às Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, Resolução nº 14 de 11/11/1994, preceitua:

> "31. Serão absolutamente proibidos como punições por faltas disciplinares os castigos corporais, a detenção em cela escura, e todas as penas cruéis, desumanas ou degradantes.
>
> 32. 1) As penas de isolamento e de redução de alimentação não deverão nunca ser aplicadas, a menos que o médico tenha examinado o preso e certificado por escrito que ele está apto para as suportar.
>
> 2) O mesmo se aplicará a outra qualquer punição que possa ser prejudicial à saúde física ou mental de um preso. Em nenhum caso deverá tal punição contrariar ou divergir do princípio estabelecido na regra 31.
>
> 3) O médico visitará diariamente presos sujeitos a tais punições e aconselhará o diretor, se considerar necessário terminar ou alterar a punição por razões de saúde física ou mental."

No âmbito interno, a LEP estabelece em diversos artigos prescrições que remetem ao princípio da humanidade, verbis:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. [...]

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III -jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

[...]

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

[...]

Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

§ 1º As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado.

§ 2º É vedado o emprego de cela escura.

[...]

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.
>
> [...]
>
> Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.
>
> Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
>
> a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
>
> b) área mínima de 6,00m (seis metros quadrados).[64]

Como se pode inferir dos referidos artigos, a Lei de Execução Penal em seus dispositivos assegura aos presos o respeito a sua integridade física e moral. O art. 40 da Lei de Execução Penal apresenta-se em consonância com o art. 5°, inciso XLIX da Constituição Federal.

Assim, o tratamento dado à pessoa presa, seja provisoriamente ou em definitivo, deve ser condizente com a sua condição de pessoa humana em todos os aspectos, devendo o cumprimento da prisão se dar com o mínimo de condições de salubridade, higiene física e mental, respeitando-se todos os direitos não atingidos pela condenação.

Portanto, há intima ligação entre a preservação da dignidade da pessoa presa e a finalidade ressocializadora da pena. O emprego de sanções disciplinares cruéis, desumanas ou degradantes, ao emprego de tortura, ao mesmo tempo que viola o direito individual do preso, também o faz em relação ao direito de toda a coletividade de ver reintegrado o preso à sociedade.

Para Michel Foucault a prisão deve ter por função essencial a modificação da conduta social do indivíduo, exercendo a função de reeducar e ressocializar o apenado. Todavia, na maioria das vezes, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

sentimento de justiça social, bem como o inconformismo diante de determinada situações leva a sociedade a aclamar por medidas mais enérgicas e extremas, tais como a prisão perpétua, pena de morte e outras restrições a direitos fundamentais do reintegrando, não autorizados pela CRFB. Entretanto, tais medidas fogem a vontade do constituinte originário. Nesse sentido, dissertou:

> O essencial da pena que nós, juízes, infligimos não creiais que consista em punir; o essencial é procurar corrigir, reeducar, "curar"; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores. Existe na justiça moderna e entre aqueles que a distribuem uma vergonha de punir, que nem sempre exclui o zelo; ela aumenta constantemente: sobre esta chaga pululam os psicólogos e o pequeno funcionário da ortopedia moral.[65]

Acerca desse tema é lição de lição de Cesare Beccaria, aduzindo que "as penas não podem ainda assim ultrapassar aquela força última a que estão limitadas a organização e a sensibilidade humana".[66]

Ainda sobre o tema, Michel Foucault disserta que na execução da pena deve ser respeitada a humanidade, ou seja, a condição de ser humano:

> Essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua "humanidade".
>
> Chegará o dia, no século XIX, em que esse "homem", descoberto no criminoso, se tornará o alvo da intervenção penal, o objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

ciências e de práticas estranhas -"penitenciárias", "criminológicas".[67]

No que concerne ao RDD, temos que analisá-lo sob a ótica de tal princípio.

Primeiramente, há que se considerar que embora não seja totalmente vedado, o isolamento celular como forma de castigo, é medida última e sua aplicação submete-se a acompanhamento médico. Ora, se o direito penal é norteado pelo princípio da fragmentariedade, ou seja, a *ultima ratio*, o mesmo se pode dizer de suas medidas excepcionais, nesse caso, o isolamento celular do preso.

Neste ponto há entrave à adoção do RDD, uma vez que as Regras Mínimas restringem sobremaneira o emprego do isolamento como forma de castigo e, mesmo que se obedeça à previsão de acompanhamento integral do estado de saúde do preso, permanece vigente a regra geral de vedação da aplicação de castigo cruel, desumano ou degradante, como destacado no art. 32 das Regras Mínimas.

Confirmando os argumentos acima expendidos, foi a manifestação do Conselho Nacional de Políticas criminais e Penitenciárias sobre o RDD, já referidas no decorrer deste trabalho

Mas para analisar a obediência ou não do RDD a tal princípio, é necessário conceituar o que se entende por tratamento desumano, bem como os demais proibições relacionadas a humanidade das penas, não só trazidas pela Constituição, mas também pelos tratados internacionais.

Conforme mencionado, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a entende a tortura como todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. O mesmo diploma denota que a tortura é a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Como podemos perceber, é evidente o caráter não só físico da violação da humanidade do condenado, mas também o prisma psicológico. É nesse ponto que o Regime Disciplinar Diferenciado contrasta com o princípio em epígrafe.

A sanidade mental e física do preso mostra-se de grande relevância, ainda mais considerando que a Lei n. 10.792/03 não previu assistência médica ao preso submetido ao RDD. Dessa forma, restaram violadas as Regras Mínimas de tratamento, especialmente as normas atinentes a saúde psíquica do preso, haja vista que a aplicação da segregação individual pode resultar em crueldade, desumanidade e degradação moral/psicológica da pessoa encarcerada. Sobre o tema à época do processo legislativo que culminou com a lei que instituiu o RDD, se manifestou o CNPCP:

> A posição da Comissão Européia de Direitos Humanos a respeito do controle médico de isolamento celular, já manifestada em casos anteriores, segundo a qual "total isolamento sensorial somado a total isolamento social pode destruir a personalidade e constitui uma forma de tratamento que não pode ser justificada por necessidades de segurança ou qualquer outra razão." Conclui destacando que, para o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura, o isolamento pode, em certas circunstâncias, tornar-se um tratamento desumano ou degradante, devendo ser o mais breve possível. Reconheceu-se que prisioneiros de segurança máxima, presos na Espanha por períodos de um ano ou mais em regime de isolamento em "condições austeras de detenção, com pouco ou nada com que se ocupar, estiveram sujeitos a tratamento desumano." Em conclusão preliminar, a falta de previsão legal que garanta ao preso em RDD constante amparo médico, seja quanto a aspectos clínicos, seja quanto aos de ordem psiquiátrica, configura grave incongruência com as prescrições do Direito Internacional dos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Direitos Humanos e, portanto, com a própria vedação constitucional ao emprego de tratamento desumano ou degradante.[68]

Acerca da violação dos direitos humanos pelo RDD, se manifestou um dos principais personagens do crime organizado, conhecido com Fernandinho Beira-Mar, mencionado por Luiz Flávio Gomes. Trata-se de uma entrevista concedida ao programa da rede de Televisão Globo "Fantástico", levado ao ar no dia 09/11/2003, Beira-Mar revela como é a vida sob o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD):

> Aqui o lugar é horrível, é horrível. É o pior lugar que eu já tive na minha vida. Eu estou bem fisicamente. Psicologicamente é que eu estou um bagaço. Esta é a verdade. Toda semana eu estou saindo uma hora para conversar com a psicóloga. A assistente social tem me dado uma assistência aí comum remédio, mas eu não quero me viciar. Mas está complicado. Isso aqui é horrível. Nada se compara com isso aqui. É um fábrica de fazer maluco, sinceramente. Eu já estou chamando formiga de meu louro. Olha o ponto que eu cheguei. Sinceramente, são sete meses numa situação completamente [...] Eu não desejo para o meu pior inimigo passar pelo que estou passando.[69]

Como se pode extrair do relato acima, não se trata de providências de caráter material que faltam aos inclusos no Regime Disciplinar Diferenciado, mas sim de providências de caráter psicológico.

A integridade psicológica deve ser amplamente considerada para que a pena alcance os seus fins. Aliás, a ressocialização está intimamente ligada ao caráter psicológico do apenado, haja vista que a reintegração social do indivíduo estará completa com o fato deste não reincidir e retornar ao convívio social conforme o *status quo ante*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O próprio conceito de dignidade da pessoa humana trata do ser em sua essência. Ingo Wolfgang Sarlet, fazendo um apanhado entre diversos autores, dissertou:

> É precisamente com base nesta linha argumentativa, visceralmente vinculada à dimensão intersubjetiva (e, portanto, sempre relacional) da dignidade da pessoa humana, que tem podido sustentar, como alternativa ou mesmo (se assim preferir) como tese complementar à tese ontológico-biológica, a noção de dignidade como produto do reconhecimento da essencial unicidade de cada pessoa humana e do fato de esta ser credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana. Nesse sentido, há como afirmar que a dignidade (numa acepção também ontológica, embora definitivamente não biológica) é a qualidade reconhecida como intrínseca à pessoa humana, ou dignidade como reconhecimento, a teor de uma já expressiva e influente doutrina, que, contudo, aqui não mais poderá ser inventariada ou analisada.[70]

Note-se que a humanidade é intrínseca ao homem, caracterizando uma identidade. A preservação disso é uma limitação no aspecto quantitativo e qualitativo da pena, de forma que, deve ser proporcionada ao Homem condições mínimas para uma existência digna. O modelo de isolamento que norteia o RDD fere tal princípio. Nesse sentido, Salo de Carvalho e Christiane Russomano:

> A conclusão é possível, se se analisar o objetivo do RDD, é notória: reduzir ao máximo as possibilidades de saída do sistema carcerário – restrição do *output*. Logo, se o sistema progressivo da pena, ao menos no aspecto ideal, foi edificado em nome da perspectiva da reabilitação, o sistema que se inaugura com o RDD fixa claramente a noção de inabilitação. A propósito, não há nada

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> mais *inabilitador* do que a rigorosa submissão às técnicas de deterioração físico-psíquica engendradas pelo modelo previsto no RDD, no qual a cela do isolamento celular assume a nítida feição de sepulcro.[71]

Essa característica inerente ao Homem deve ser preservada, caso contrário estar-se-á violando a dignidade. No entanto não é o que ocorre no RDD. Há amplo desrespeito a dignidade da pessoa humana, na medida em que há isolamento celular, por 22 (vinte e duas) horas, em que se priva o preso do convívio social, mesmo que seja o convívio social com os demais detidos.

Sobre o sofrimento psíquico como forma de tratamento desumano, dissertou Maurício Kuehne:

> E a Lei Maior mostra-se violada pelo Substitutivo em questão em diversos aspectos, a começar no tocante ao artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e", que veda a aplicação de pena de natureza cruel. O cumprimento de pena em que apenas é exercido o castigo, sem que o isolamento social contribua, de alguma forma, para que o sentenciado retorne à sociedade de forma produtiva e harmônica, é o exercício puro e simples da vingança social, o qual não mais é admitido pelo ordenamento jurídico, revelando a crueldade da aplicação da pena. No mesmo sentido, as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, aprovadas pela Resolução do CNPCP n. 14, de 11 de novembro de 1994, proíbem toda punição de natureza cruel, desumana ou degradante. Indo além, a Constituição Federal assegura aos presos "o respeito à integridade física e moral" (artigo 5o, inciso XLIX), justamente o ponto em que o RDD mostra-se cruel, desumano e, portanto, inaplicável no Brasil. Este tipo de regime, conforme diversos estudos relatam, promove a destruição emocional, física e psicológica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> do preso que, submetido ao isolamento prolongado, pode apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia, e a médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos graves. O projeto, ao prever isolamento de trezentos e sessenta dias, certamente causará nas pessoas a ele submetidas a deterioração de suas faculdades mentais, podendo-se dizer que o RDD, não contribui para o objetivo da recuperação social do condenado e, na prática, importa a produção deliberada de alienados mentais. [72]

Conforme referido trecho, pode-se evidenciar que o cumprimento de pena nos moldes em que o regime disciplinar foi proposto, ou seja, isolamento celular, traz consigo a hipótese de diversos tipos de sofrimentos que não coadunam com o fins a que se propõe a execução penal, tampouco os princípios constitucionais já referidos.

Por outro lado, há notícias de que tal recrudescimento do sistema punitivo trás consigo, além do sofrimento do preso, o agravamento dos aspectos psicológicos negativos, gerando revolta. Nesse sentido, as lições de Maurício Kuehne:

> No caso brasileiro, é notório o exemplo do surgimento do Primeiro Comando da Capital (PCC), ocorrido, não por acaso, no Centro de Readaptação Penitenciária de Taubaté, presídio paulista de segurança máxima em que os presos permanecem em isolamento celular. Em tais locais, ao contrário das intenções preconizadas, o recrudescimento do regime carcerário exacerba os aspectos psicológicos negativos do sentenciado e sua revolta contra os valores sociais. Assim, tão logo seja possível, tais presos passam a arquitetar meios de subverter a disciplina, organizando-se em estruturas hierarquizadas que acabam por envolver toda a população carcerária. Ao fim e ao cabo, todo o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> sistema penitenciário mostra-se mais e mais inseguro. Deve-se reconhecer que o sistema de justiça criminal tem limites, seja quanto ao surgimento de pessoas que atentem contra as regras elementares de convivência, seja quanto ao cuidado que se deve ter para não realimentar a violência que se pretende combater.[73]

Mesmo que seja privado do convívio dentro do ambiente prisional, essas relações são importantes para a saúde mental do preso dada a condição do homem de ser social e a consecução da reintegração do apenado à sociedade. Sobre a saúde mental do preso sujeito ao RDD se manifestou a Médica psiquiatra Guanaíra Rodrigues do Amaral:

> Desde o século XVIII, iniciou-se um processo de revolta contra a prática da tortura: os intelectuais, filósofos e homens de letras entendiam-na como uma relíquia do passado, bárbara e hedionda, e com a Revolução Francesa, a tortura começa a ser considerada como uma ameaça contra os direitos da pessoa. Ao menos teoricamente a humanidade viu-se livre da tortura, por dois séculos, embora na prática ela continuasse a ser aplicada nos regimes escravocratas, bem como na Europa e na América Latina, no século passado, contra os opositores políticos. Mesmo hoje, essa prática continua, de forma direta, em quase todas as unidades prisionais do Brasil, ou indiretamente, quase apenas como uma tortura mental, causando danos à mente e ao corpo de vários presos; é o caso do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), aprovado como lei federal pelo atual governo (Lei nº 10.792, 01/12/2003), e aplicado no Estado de São Paulo em várias unidades prisionais. Portanto, o dano psíquico causado àqueles, hoje e sempre, "torturáveis" - os presos, negros, pobres, sem escolaridade, jovens da periferia - através da tortura sistemática, mental e psicológica que acontece no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) no Estado de São Paulo vêm servindo como prática de controle social e, por que não dizer, "limpeza social". [...] A tortura continua sendo usada como sempre, desde tempos memoráveis, como um instrumento de controle sobre muitos por alguns, que detêm o poder. A tortura continua sendo usada e justificada através do medo e da insegurança que a violência urbana cria no coletivo de nossa sociedade. E enquanto não houver um controle da violência, da tortura, através de um sistema prisional transparente, rápido, humano e pleno, não teremos o respeito pela dignidade humana nem uma cultura de paz. Nos resta, enquanto cidadãos brasileiros, lutar para que haja punição dos culpados de tortura e políticas públicas voltadas para uma cultura de paz.[74]

Na medida em que há possibilidade de degradação psicológica, há violação dos direitos do preso. Não se pode olvidar que, apesar de perder alguns direitos que decorrem da própria natureza do cumprimento de pena, os presos conservam os direitos inerentes a sua dignidade e estes devem ser conservados. Nesse sentido, o Manual de Administração Judiciária, explicita que:

> As pessoas detidas ou presas mantêm todos os seus direitos como seres humanos, à exceção daqueles que foram perdidos como conseqüência específica da privação da liberdade. A autoridade penitenciária e os servidores precisam ter um perfeito entendimento das implicações desse princípio. Certas questões são muito claras. Existe, por exemplo, uma proibição total contra a tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante imposto deliberadamente. É preciso haver o entendimento de que a proibição não se aplica unicamente a casos de abuso físico ou mental. Ela se aplica, igualmente, a todas as condições em que as pessoas presas são mantidas. [...] Os

> homens, as mulheres e os adolescentes em conflito com a lei que se encontram sob custódia continuam sendo seres humanos. Sua humanidade se estende muito além do fato de estarem presos. De igual modo, os servidores penitenciários também são seres humanos. Quanto mais esses dois grupos reconhecem e observam sua humanidade em comum, tanto mais digna e humana é uma prisão. Essa é a medida mais importante da humanidade e da dignidade de um estabelecimento prisional. Onde não existir esse reconhecimento, haverá um perigo real de os direitos humanos serem violados.[75]

O isolamento celular se aparta totalmente dos fins da execução penal, podendo trazer uma série de conseqüências prejudiciais a saúde mental do apenado. Não se trata da melhor técnica de lidar com os problemas inerentes ao crescimento do crime organizado dentro dos presídios. Sobre o tema, o Manual editado pelo Ministério da Justiça:

> Esse método de lidar com os presos, por mais perigosos que sejam, não constitui boa prática e muitas vezes decorre da ausência de técnicas de administração penitenciária apropriadas. Um modelo de gestão muito mais positivo é o de abrigar os presos problemáticos em pequenas unidades de até dez presos, com base na premissa de que é possível proporcionar um regime positivo para presos que causam transtorno confinando-os ao "isolamento em grupos", em vez da segregação individual. O princípio com base no qual essas unidades funcionam é o de que deveria ser possível – para servidores penitenciários profissionalmente capacitados – desenvolver um regime positivo e ativo até mesmo para os presos mais perigosos. A intenção é que, dentro de um perímetro seguro, os presos possam se movimentar com relativa liberdade dentro das unidades e ter uma rotina prisional normal. Nesse tipo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> de ambiente, as pessoas presas somente serão colocadas em isolamento quando tudo mais fracassar e, nesse caso, somente por um curto período de tempo.[76]

Dessa forma, tem-se que o Regime Disciplinar Diferenciado não atende aos ditames do princípio da humanidade das penas, devendo ser considerado inconstitucional materialmente, ante os indícios de degradação moral e psíquica do reintegrando. Todavia, ante a controvérsia entres os princípios que devem prevalecer, faz-se necessária a ponderação dos interesses em jogo, o será feito no capítulo seguinte.

CAPÍTULO III - RDD FRENTE OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA SOCIAL/JURÍDICA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM CONFLITO

3.1. Princípio da Segurança Social/Jurídica

Parte da doutrina considera que o Regime Disciplinar Diferenciado atende aos princípios constitucionais, sendo compatível com o ordenamento jurídico vigente.

O principal argumento, em suma, é encarar o RDD como uma medida necessário, em que o interesse público estaria prevalecendo sobre o interesse individual, na medida em que o isolamento dos líderes de organizações criminosas evitaria prejuízos maiores, tais como a idealização e coordenação de crimes, dentre outras barbáries. Nesse sentido, dissertou Fernando Capez:

> Entendemos não existir nenhuma inconstitucionalidade em implementar regime penitenciário mais rigoroso para membros de organizações criminosas ou de alta periculosidade, os quais, de dentro dos presídios arquitetam ações delituosas e até terroristas. É dever constitucional do Estado proteger a sociedade e tutelar com um mínimo de eficiência o bem jurídico. É o princípio da proteção

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> do bem jurídico, pelo qual os interesses relevantes devem ser protegidos de modo eficiente. O cidadão tem o direito constitucional a uma administração eficiente (CF, art. 37, caput).[77]

No mesmo sentido, Nucci:

> Ademais, não há direito absoluto, como vimos defendendo em todos os nossos estudos, razão pela qual a harmonia entre direitos e garantias é fundamental. Se o preso deveria estar inserido em um regime fechado ajustado à lei, o que não é a regra, mas exceção, a sociedade também tem direito à segurança pública. Por isso, o RDD tornou-se uma alternativa viável para conter o avanço da criminalidade incontrolada, constituindo meio adequado para o momento vivido pela sociedade brasileira.[78]

A jurisprudência do STJ, também tem decidido nesse sentido, conforme se pode evidenciar no seguinte julgado:

> HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA. 1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. 2. Legitima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social. 3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes. 4. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execução Penal. 5. Ordem denegada.[79]

Como vimos, O RDD tem como fim garantir a ordem e a disciplina da unidade prisional e, com isso, em tese, oferecer segurança para os apenados, funcionários do sistema penitenciário e, por conseguinte, para a sociedade.

Diante disso, surge o conflito existente entre o interesse individual e o interesse coletivo (segurança social), devendo se priorizar, segundo os defensores de tal regime, ou seja, deve prevalecer o interesse coletivo com base no princípio da supremacia do interesse público.

Todavia, faz-se necessário um estudo acerca da real possibilidade ou necessidade de os direitos dos presos serem subjugados em respeito ou obediência ao interesse público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Primeiramente, a alegada segurança pública invocada para defesa do Regime Disciplinar Diferenciado é derivada do Princípio da Supremacia do Interesse Público, por se tratar de um interesse indisponível.

Sobre o conceito do princípio da Supremacia do interesse público dissertou Celso Antônio Bandeira de Melo:

> O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente art. 170, III, V e VI), ou outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. [...] O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a extensão e compostura que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde, jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe havia sido irrogado, e, com é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a Constituição ou as leis. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado.[80]

Apesar da ótica administrativista, o conceito serve para denotar o fato de o invocado princípio em voga ser um dos pressupostos o para a garantia do estado. O interesse público é a própria essência do estado.

Como antes dito, o homem abdicou de seu direito a vingança privada em favor das estabilidades das relações, concedendo a um terceiro (estado) o direito de punir, ou seja, o monopólio da violência legítima.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

É em nome desta referida estabilidade social ou nas relações sociais e da segurança da sociedade é que o Regime Disciplinar Diferenciado busca legitimação.

Conforme foi aduzido no primeiro capítulo desta monografia, o RDD tem suas origens na administração penitenciária dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro. Após o propagado sucesso de tal medida, o Congresso Nacional foi acionado trazer par ao âmbito nacional regime da mesma natureza.

A partir disso, através da propagação de tal regime pelos meios de comunicação, criou-se o ambiente favorável para a eclosão do agravamento da sanção disciplinar em epígrafe. Nesse sentido, Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire:

> A partir das iniciativas das administrações penitenciárias dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, densificadas pelo forte apoio da imprensa, o Parlamento foi instigado a universalizar o regime diferenciado através de alteração na Legislação Federal. O projeto de generalizar o novo regime penitenciário atingiu seu ápice quando os veículos do *mass media* passaram a difundir e vincular a imagem do advogado, e subliminarmente a ideia de direitos e garantias, com a do réu/condenado preso – principalmente nos casos de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e de armas –, comunicando a falsa associação entre direito de defesa e conivência com o crime. Assim, o elo do advogado com o criminoso passou a reforçar, no senso comum teórico do homem da rua (every day theories), a obrigação de restringir os "exorbitantes" direitos do preso (provisório ou condenado) possibilitados pela "frágil" e "condescendente" legislação penal e processual penal em vigor.[81]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

O contexto formado era de grave instabilidade. O estado perante a sociedade estava se mostrando totalmente impotente, haja vista que a instituição que demonstra um dos fundamentos do estado que é o *ius puniend*, não estava servindo de empecilho ao crime organizado. A situação se agravou com a associação do nome de Fernandinho Beira-Mar ao assassinato de dois juízes da vara de execução penal. Conforme aduzem Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire:

> A medida de recrudescimento disciplinar esteve igualmente relacionada com a necessidade do Poder Público reafirmar seu controle sobre os estabelecimentos prisionais. O exemplo mais nítido do "pânico" estatal em demonstrar à sociedade sua incapacidade ocorreu no episódio Fernandinho Beira-Mar. Naquele momento, a construção do anti-herói nacional personificado na figura do líder da facção Comando Vermelho, associada ao homicídio de dois Magistrados de Varas de Execuções Criminais – 14 de março de 2003 em São Paulo (SP) e 24 de março em Vitória (ES) –, agregou o elemento que faltava para a implantação definitiva das medidas de maximização dos métodos de contenção e neutralização. O fértil solo discursivo, propício para irromper a legislação de pânico, estava cultivado: cultura de emergência fundada no aumento da violência e a vinculação da impunidade ao "excesso de direitos e garantias" dos presos (provisórios e condenados). A resposta contingente seria conseqüência natural. Em 02 de dezembro de 2003 foi publicada a Lei 10.792, alterando a LEP e o Código de Processo Penal (CPP).[82]

Como se pode observar, o contexto em que surge a referida legislação é de urgência, dada a crise na segurança pública. O isolamento do preso pareceu a solução mais viável para evitar a comunicação com o mundo exterior, a fim de comandar operações criminosas de dentro do presídio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

As normas atinentes ao RDD surgem como uma resposta para dar tranquilidade a sociedade, de forma a demonstrar a eficiência do Legislativo legitimado a tomar atitudes extremas como forma de preservar a segurança social.

Nesse caso, o legislador retomou a prática recorrente da legislação paliativa. Nesse sentido, as lições de Dotti, que chama o referido regime de Regime da Desesperança:

> [...] a tendência do Congresso Nacional em editar uma legislação de pânico para enfrentar o surto da violência e a criminalidade organizada caracterizada pelo arbitrário aumento de pena de prisão e o isolamento diuturno de alguns condenados perigos durante dois anos – além de outras propostas fundadas na artimética do cárcere – revela a ilusão de combater a gravidade do delito com a exasperação das penas. [83]

3.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

As medidas decorrentes da inclusão do preso no RDD são de natureza e legitimidade duvidosa, haja vista que tem como fim o isolamento e neutralização dos presos.

Ademais, é notável a ineficiência do Estado ante o crime organizado dessa natureza. O sucateamento e o falimento dos métodos e mecanismos de segurança pública, culminou com o agravamento da punição disciplinar como objetivo de imobilizar a prática desses crimes, no entanto, para isso, suprime uma série de direitos individuais, bem como rompe a lógica do sistema ressocializador e progressivo da execução penal. Sobre o tema, David Garland, citado por Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire:

> Emprega-se uma demonstração de força punitiva contra o indivíduo condenado para recalcar toda confissão da incapacidade do Estado de controlar o crime. A pressa em condenar a penas pesadas alguns

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> indivíduos esconde, na verdade, o fracasso da busca da segurança do conjunto da população.[84]

Além do fato da violação dos principio da humanidade da pena, a instituição do RDD está cheia de expressões vagas, abrindo possibilidade da prática arbitrariedades, conforme afirma Salo de Carvalho sobre a possibilidade de "permitir ao agente penitenciário o uso de meta-regras em sua significação – v.g. incitar ou participar de movimento para subverter a ordem e a disciplina; descumprir obediência ao servidor ou o respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se".[85]

O arbítrio outorgado aos agentes carcerários não é de boa técnica, nesse sentido, conforme preceitua Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire:

> A técnica legislativa utilizada serviu historicamente para o uso arbitrário dos poderes pelos agentes prisionais, os quais utiliza(va)m-se da imprecisão terminológica para adjetivar condutas banais de presos incômodos. Tal volatilidade produziu a minimização dos direitos dos apenados nos procedimentos de averiguação das faltas disciplinares. Talvez um dos exemplos mais notórios de condutas reivindicatórias pacíficas (movimentos paredistas) que acaba(va)m sendo definidas como atos de "subversão da ordem e da disciplina", passíveis, pois, de sanção disciplinar por falta grave, é a prática da greve de fome.[86]

Note-se que a sanção do RDD está dirigida à um grupo de criminosos suspeitos de participação em organizações criminosas, não sendo segregados pelo fato de terem cometido um delito.

Assim, o legislador criou uma nova classe de presos, e para esses legitimou o tratamento diferenciado, inclusive suprimindo alguns direitos fundamentais. Assim, aduz Paulo César Busato:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Todas estas restrições não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são "suspeitas" de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta iniciativa conduz, portanto, a um perigoso Direito penal de autor, onde "não importa o que se faz ou omite (o fato) e sim quem – personalidade, registros e características do autor – faz ou omite (a pessoa do autor).[87]

Dessa forma, a referida lei insurgiu em meio à revolta social e com discurso paliativo. O estado, ante a falência das instituições de segurança pública, procurou uma forma de segregar os eventuais malfeitores. No entanto, se olvidou que o problema da violência e do crime organizado é estrutural no Brasil.

O isolamento celular por um longo período, conforme anteriormente falado, traz consigo efeitos nocivos a saúde física e mental do preso, tornando-se uma modalidade de pena simplesmente retributiva. Trata-se de um problema ligado a política criminal, conforme Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire:

> Nesse sentido, não parece precipitado afirmar que a normativização do RDD nas prisões brasileiras, como aposta na aniquilação dos condenados da sua condição de seres humanos, equivale à opção por um modelo ultrapassado e bárbaro de punição. O sistema penitenciário nacional depara-se, pois, tragicamente, com uma opção política de eliminação dos seus excluídos que cometeram desvios. Coerente com a tendência contemporânea de conferir sentido inabilitador à pena de prisão, o RDD surge como

> técnica penitenciária eficaz que visa ao mesmo tempo conter e eliminar os sujeitos indesejáveis. Para além da privação da liberdade, se agrega um castigo que remonta os suplícios medievais. Lembrar Foucault, neste quadro, é mais que necessário: "o suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento.[88]

É notório que a prática do RDD foge a concepção garantista e ao Estado Social e garantidor dos direitos fundamentais, para voltar à figura de um estado punitivista e policialesco, ouvidando que os problemas sociais que frutificam o que se quer dirimir. A ausência do estado em alguns setores da sociedade, nesse caso o presídio e as camadas mais baixas, onde predominam as favelas, fazem surgir estruturas paralelas que visam substituir a ausência deste, a fim de suprir as necessidades não sanadas pelo Estado.

Ocorre que o Estado não pode suprimir os direitos fundamentais ao seu alvedrio. Note-se que os problemas que, em tese, a instituição do regime Disciplinar Diferenciado visa sanar são decorrência da própria incompetência do Estado em gerir questões sociais.

Dessa forma, o Estado tem que se aparelhar para evitar a comunicação do preso com o ambiente externo, evitar rebeliões, combater o crime organizado, não simplesmente isolar os líderes a todo custo, inclusive suprimindo direitos fundamentais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, considerando, especialmente, o âmbito da humanidade das penas, já estudado no capítulo anterior.

A existência do antagonismo entre os interesses coletivos e o individuais constantes na aplicação do RDD, mais especificamente entre os princípios segurança social e o princípio da dignidade da pessoa humana, leva a necessidade de estabelecer qual interesse deve prevalecer, o que será feito no seguinte tópico.

3.3. Ponderação dos interesses na aplicação do RDD

O advento da norma que instituiu o RDD trouxe consigo uma série de conflitos entre bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

brasileiro. Conforme antes dito, os direitos individuais do preso entram em choque direto com o interesse coletivo, pautado na segurança e embasado na supremacia do interesse público.

Com efeito, um dos postulados básicos do Direito Contemporâneo é a unidade do ordenamento jurídico. Nesse sentido, Daniel Sarmento:

> Um dos postulados essenciais em que se funda o Direito Moderno é o da unidade do ordenamento jurídico. Segundo ele, há, dentro do mesmo espaço territorial, uma única ordem jurídica, cujos elementos devem guardar coerência interna. Por isto, muito embora componha-se de uma infinidade de normas, o ordenamento jurídico é considerado como um sistema, no qual parte-se da premissa de que as partes encontram-se devidamente coordenadas, devendo-se compreender cada uma delas à luz das demais. Por outro lado, nos países dotados de constituição rígida, este ordenamento acha-se hierarquicamente escalonado em forma de pirâmide, tendo, no vértice superior, a Lei Fundamental, que condiciona a validade e permeia a interpretação de todas as demais normas jurídicas. Por tal razão, é a Constituição, como fonte comum de validade de todas as normas, que confere a necessária coesão ao ordenamento jurídico.[89]

Dessa forma, o conflito entre normas é recorrente no ordenamento jurídico, no entanto, o interprete utilizando de diversas técnicas de hermenêutica, irá definir qual regra deve prevalecer, tais como o critério cronológico, hierárquico e da especialidade.

Quando se trata de normas de hierarquia diferentes ou normas de caráter infraconstitucional a tarefa de estabelecer qual deve prevalecer não se mostra tão árdua. Um impasse surge quando as normas são de caráter constitucional, mais especificamente os princípios, pois a unidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

também deve se espelhar sobre todo ordenamento jurídico, inclusive no âmbito dos princípios.

Canotilho, citado por Sarmento, aduz que o princípio da unidade da Constituição "obriga o intérprete a considerar a constituição da sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços existentes entre as normas constitucionais a concretizar".

Os conflitos entre as normas tem solução na dimensão da validade, ao passo que a colisão entre princípios se dá na dimensão do valor. Sobre a colisão entre regras, Paulo Bonavides, ao citar Alexy, aduz que "segundo ele, uma norma vale ou não vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem". De outro lado, acerca da colisão entre princípios, Bonavides disserta:

> Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente diferentes, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. Antes, quer dizer – elucida Alexy – que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária. Com isso – afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente produzindo – se quer dizer que os princípios têm um *peso* diferente nos casos concretos, e o princípio de maior peso é o que prepondera. Já, os conflitos de regras – assevera o eminente jurista – se desenrolam na dimensão da validade, ao passo que os princípios, visto que somente princípios válidos podem colidir, transcorre fora da dimensão da validade, ou seja, na dimensão do peso, isto é, do valor.[90]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

O que importa nesse momento, dentro dos objetivos desse estudo, é analisar quando há o conflito aparente entre os princípios constitucionais.

Conforme dito anteriormente, todo o ordenamento jurídico está assentado sobre esses mandamentos. Quando ocorre o choque por se tratar de valores que devem coexistir, pois ambos devem concordar e estarem em harmonia, o operador do direito deve diante da situação de concorrência entre os bens protegidos constitucionalmente, adotar uma postura que possibilite a aplicação de todos eles, de forma a não negar qualquer um.

Trata-se do princípio da concordância prática ou harmonização da Constituição, que decorre do princípio da unidade da Constituição. Dessa forma não é o princípio extirpado da Constituição. Nesse sentido, Gilmar Mendes:

> O princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum. Como a consistência dessa recomendação não se avalia *a priori,* o cânone interpretativo em referência é conhecido também como princípio da concordância prática, o que significa dizer que é somente no momento da aplicação do texto, e no contexto dessa aplicação, que se pode coordenar, ponderar e, afinal, conciliar os bens ou valores constitucionais em "conflito", dando a cada um o que for seu.[91]

Assim, o aplicador das normas em conflito deve dar a cada um dos princípios a máxima efetividade no caso concreto. Para isso, ante a necessidade da conservação dos princípios em conflito, utiliza-se a técnica da ponderação de interesses. Sobre essa teoria, Daniel Sarmento:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> O método da ponderação de interesses não representa uma técnica puramente procedimental para a solução dos conflitos entre princípios constitucionais. Pelo contrário, a ponderação incorpora uma irredutível dimensão substantiva, na medida em que seus resultados devem se orientar para a promoção dos valores humanísticos superiores, subjacentes à ordem constitucional. Estes valores estão sintetizados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que confere unidade teleológica a todos os demais princípios e regras que compõem o ordenamento constitucional e infraconstitucional.[92]

Note-se que a ponderação não se trata de mera técnica que visa estabelecer qual norma deve se aplicar, mas tem o condão de otimizar a aplicação dos interesses em conflito, de forma que o princípio deve ser aplicado no seu grau máximo possível. Dessa forma, tem caráter altamente substancial, visando promover os valores humanos.

Os valores a que alude o referido autor são os insculpidos no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que trata o homem como um fim em si mesmo, sendo tarefa principal do Estado Democrático de Direito a defesa e a promoção dessa dignidade. Como tratado no capítulo anterior, não se trata apenas de um limite à atuação do estado, que tem não só o dever de se abster de praticar atos que violem a dignidade humana, mas também deve promovê-la, através da garantia das mínimas condições de existência do Homem.

No que concerne a esse princípio frente a ponderação de interesses, consiste em um critério substantivo na direção da ponderação de interesses, de forma que, diante da colisão entre princípios, deve-se adotar a solução que mais atenda aos valores humanitários, conforme aduz Sarmento:

> Assim a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo da direção da ponderação dos interesses constitucionais. Ao deparar-se como uma colisão concreta entre os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove. [...] Nesta ponderação, porém, a liberdade do operador do direito tem como norte a constelação de valores subjacentes à ordem constitucional, dentre os quais cintila com maior destaque o da dignidade da pessoa humana. Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, já que a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo Direito".[93]

O Princípio da Proporcionalidade a que alude a teoria da ponderação de interesses se trata de outra dimensão de tal princípio. Conforme vimos no capítulo anterior, uma das facetas de tal princípio é que a sanção criminal seja proporcional à gravidade dos delitos praticados.

No entanto, para fins de aplicação da teoria da ponderação de interesses utiliza-se a tríplice dimensão do Princípio da Proporcionalidade. Sobre o tema, Luis Roberto Barroso:

> O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui considerados de modo fungível, não está expresso na constituição, mas tem seu fundamento na ideia de devido processo legal substantivo e na justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.[94]

Tal conceito foi desenvolvido pela doutrina alemã, que determinou a decomposição em três sub princípios: adequação,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, Robert Alexy:

> A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a natureza da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre "no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais". A seguir se pretende demonstrar que isso é válido de forma estrita quando as normas de direitos fundamentais têm o caráter de princípios.[95]

No mesmo sentido, Gilmar Mendes:

> No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> lado da *adequação*e da *necessidade*, compõe a *proporcionalidade em sentido amplo*.[96]

Primeiramente, em relação ao subprincípio da adequação, tem-se que a conduta, administrativa ou legislativa, advinda do Poder Público deve ser apta para atingir os fins a que se propõe.

Segundo Sarmento, "trata-se, em síntese, da aferição da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre meio e fim da medida examinada". [97]

Dessa forma, deve o intérprete, ao analisar tal requisito, se questionar qual o fim que pretendia o legislador pretendia ao editar a norma.

Após, deve analisar se a norma atende aos resultados almejados pelo legislador, quando a edição da norma. Caso negativo, tal norma será considerada inconstitucional.

Em relação ao princípio da necessidade ou exigibilidade, dissertou Sarmento:

> O princípio da necessidade ou exigibilidade, por sua vez, impõe que o Poder Público adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo. Assim, se há várias formas possíveis de chegar ao resultado pretendido, o legislador ou administrador tem de optar por aquela que afete com menos intensidade os direitos e interesses da coletividade em geral nessa linha, o Tribunal Constitucional Alemão acentuou que uma lei será inconstitucional *se se poder constatar, inequivocadamente, a existência de outras medidas menos lesivas.* Em outras palavras, atônica deste subprincípio recai sobre a ideia de que se deve perseguir, na promoção dos interesses coletivos, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> menor ingerência possível na esfera dos direitos fundamentais do cidadão.[98]

Assim, o meio não será necessário ou exigível se houver outra medida que possa ser tomada que se mostre menos onerosa e adequada. Note-se que para a análise da exigibilidade, houve a avaliação quanto ao critério da adequabilidade.

Dessa forma, como denota Gilmar Mendes, "adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo da ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado"[99].

A necessidade possui extensões, tais como a temporal, espacial e subjetiva, conforme aduz Sarmento, citando Canotilho:

> a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais "poupado" possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial, que aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal, que pressupões a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva pelo poder público; d) a exigibilidade pessoal que significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.[100]

Por último, tem-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que trata do binômio custo-benefício na avaliação da norma. Nesse sentido, Robert Alexy:

> Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização e, face das possibilidades jurídicas. Quando a norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento dos termos da lei em colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, no caso de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.[101]

Veja-se que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é inerente ao caráter axiológico e principiológico dos interesses em conflito. Ao contrário dos subprincípios da necessidade e da adequação que decorrem dos mandamentos de otimização nas possibilidades fáticas em jogo.

Nas lições de Sarmento:

> Na verdade, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade. É bem verdade que esta metáfora da balança simplifica o processo de aplicação do subprincípio em análise, pois, como não estão em jogo valores aritméticos, mas interesses díspares, será difícil comparar os respectivos "pesos", esta tarefa envolverá, necessariamente, certa dose de subjetivismo, razão pela qual se recomenda ao juiz

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> uma especial prudência no exercício do controle de constitucionalidade fundado neste subprincípio, evitando-se a substituição da ponderação feita pelo legislador pela do órgão judicial.[102]

Conforme explicitado linhas acima, a pluralidade de ideias consignadas em nossa Lei Fundamental são demonstradas por inúmeros de princípios que nela estão alinhavados. Ocorre que o leque de princípios, valores e interesses podem gerar certas tensões.

Há colisão quando um direito quando um direito fundamental afeta o âmbito de proteção de outro direito fundamental. A ponderação de interesses consiste no método hábil para solucionar tais impasses.

Esse método é caracterizado pela análise do caso concreto em que há a tensão, haja vista que pela teoria da ponderação de interesses se verifica na situação fática o peso dos interesses (princípios) envolvidos. Isso não quer dizer que deve se olvidar do caráter normativo, imprimindo mais importância aos fatos. Pelo contrário, a própria Constituição se trata de valor.

Ademais, conforme anteriormente estudado, a ponderação de interesses não se trata de mera técnica de interpretação sem caráter substancial. Os valores constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, segurança, norteiam o processo de ponderação, contendendo-lhe dimensão substancial.

Posto essas considerações iniciais a acerca da ponderação de interesses, é necessário analisarmos o conflito aparente de interesses diretamente ligado a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado. Para isso, é imprescindível um estudo fase a fase frente à técnica da ponderação de interesses.

Primeiramente, torna-se essencial a identificação do conflito principiológico. Nesse sentido, Daniel Sarmento:

> A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.[103]

Nesse momento o intérprete estará obedecendo aos já referido princípio da unidade da Constituição, de forma que é de interesse a solução do referido conflito, a fim de evitar antinomias e colisões de normas constitucionais.

O intérprete deverá verificar os limites dos direitos envolvidos. Sobre o tema, Gilmar Mendes:

> Tem-se, pois, autêntica, colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual. Em se tratando de direitos submetidos a reserva legal expressa, compete ao legislador traçar os limites adequados, de modo a assegurar o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes.

É necessário estabelecer os limites de cada princípio em jogo, de forma que os extremando se possa compatibilizar seus efeitos. A atividade de interpretação e solução de conflitos entre princípios pode acabar antes mesmo de realizar a técnica da ponderação propriamente dita. Se, encontrados os limites de exercício de cada princípio, eles não forem incompatíveis entre si, não haverá tensão principiológica.

Para isso, é necessário se estabelecer o peso que a ordem jurídica atribui aos valores em conflito, tendo-se como norte os valores insculpidos na Constituição da república.

No caso do Regime Disciplinar Diferenciado, é nítido o conflito entre normas. Como acima explicitado, temos o princípio da dignidade da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

pessoa humana em choque com a segurança jurídica, bem como a colisão de interesses constitucionais.

Ademais, é truísmo se afirmar que o legislador optou pela supremacia do interesse público ante a dignidade do preso.

É bem verdade que a própria estrutura do Estado leva a crer que se deve dar grande ênfase ao direito coletivo, face o individual. No entanto, o conflito desse com o princípio da dignidade da pessoa humana deve levar em conta o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Sarmento:

> Nos Estados Unidos, por exemplo, a jurisprudência consolidou a doutrina das *preferred freedoms* ou *preferredrights*, que atribui um peso superior às liberdades individuais (liberdade de expressão, de religião, privacidade etc.), em relação às liberdades econômicas (propriedade, liberdade de contratar etc.), mas, sem embargo, admite ponderação entre elas. Também no direito brasileiro parece induvidoso, por exemplo, que a liberdade individual ostenta, sob o prisma constitucional, um peso genérico superior ao da segurança pública, o que se evidencia diante da leitura dos princípios fundamentais inscritos no art. 1º do texto magno. Isto, no entanto, não significa que em toda e qualquer ponderação entre estes dois interesses, a liberdade deve prevalecer. Pelo contrário, em certas hipóteses em que o grau de comprometimento da segurança da coletividade for bastante elevado, esta poderá se impor em face da liberdade individual, mediante uma ponderação de interesses.[104]

A ponderação deve ter como foco a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, a qual engloba os valores fundamentais que esteiam a ordem jurídica vigente, de forma que o aplicador do direito deve respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Assim, tanto o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

legislador, quanto o operador do direito devem utilizar a ponderação de interesses.

Diante disso, deve-se verificar o conflito ante a tríade de subprincípios da proporcionalidade.

Primeiramente, a adequação, como acima referenciado, trata-se da habilidade que a medida legislativa ou judicial tem para atingir os seus fins. O regime disciplinar diferenciado foi criado com a finalidade de coibir a neutralizar e incapacitar a articulação do crime organizado no interior, bem como fora dos presídios.

Sabe-se que o modo de operação de tais grupos é a facilidade de comunicação com o mundo exterior, agravado pelas condições de superpopulação carcerária no Brasil. Isolar tais sujeitos pareceu a solução mais natural e eficaz, a fim de desarticular o movimento e sanar a permeabilidade das informações nos estabelecimentos prisionais. No entanto, bem se sabe que o problema do crime organizado no Brasil é estrutural. O isolamento de criminosos, por si só, não solucionará a crise na segurança pública.

De outro lado, há que se considerar que, ao menos dentro da prisão, o RDD será uma solução paliativa e temporária. No entanto, na medida em que deixa de existir uma liderança do crime organizada, se insurgirá outra.

Portanto, o regime disciplinar diferenciado não está apto ao fim que se destina, qual seja, extirpar o crime organizado. Conforme dito o problema é muito maior. Trata-se de uma questão de política social.

Demais disso, o RDD mostra-se incongruente com o subprincípio da necessidade ou da exigibilidade, de forma que não é a medida menos gravosa para atingir o objetivo de combate às organizações criminosas.

Se há várias formas de se chegar a um resultado, o legislador ou o operador do direito deverá utilizar a que fira com menos intensidade os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

direitos e interesses individuais. Não o caso do RDD. Nesse sentido, se manifestou o CNPCP:

> No entanto, o modo pelo qual isso foi feito, dadas as regras do RDD, seja pela sua longa duração (até um ano), seja pela forma de execução (isolamento celular com interrupção quase absoluta do contato com o mundo exterior), foi além do necessário e do permitido para contornar a situação.[...] O modus operandi de tais grupos se funda na facilidade de comunicação com o mundo exterior, seja para comandar operações criminosas de dentro do presídio, seja para criar uma rede de poder paralela dentro do próprio sistema carcerário.. A isso se soma a disseminação das organizações entre a população carcerária, seja pela coação e extorsão, seja pela sensação de pertencimento e proteção que o preso passa a vivenciar, fator relevante no ambiente penitenciário hostil, em que muitas vezes o Estado se mostra incapaz de proteger a vida do encarcerado.[...] Neste contexto, isolar os presos que lideravam tais facções parecia a solução mais natural e plausível, de modo a interromper a cadeia de comando e desarticular o movimento. No entanto, o modo pelo qual isso foi feito, dadas as regras do RDD, seja pela sua longa duração (até um ano), seja pela forma de execução (isolamento celular com interrupção quase absoluta do contato com o mundo exterior), foi além do necessário e do permitido para contornar a situação.[105]

Conforme se infere da conclusão do Conselho, o legislador foi além do necessário para consecução de seu fim. Há outras medidas que poderiam ser tomadas a fim de desarticular o crime organizado nas cadeias.

Mostrar possíveis soluções às mazelas da sociedade brasileira foge ao escopo desse trabalho, no entanto, existem medidas que atingiriam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

com menos violência os direitos fundamentais ou mesmo nem chegariam a colidir com estes, tais como, ao invés de isolamento total, a segregação em pequenos grupos, de forma a quebrar a cadeia de comando em tais organizações.

Para se evitar a utilização de meios de comunicação, tais como celulares, o Estado poderia se aparelhar para bloquear sinais, através de tecnologia adequada para tal fim. Enfim, tais medidas são de ordem estrutural.

Ademais, existem as medidas de ordem sócio-política que poderiam ser tomadas, a fim de evitar a proliferação do crime organizado em camadas da sociedade em que há ausência do estado, facilitando o surgimento desses estados paralelos.

Por fim, temos o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que, na verdade, trata-se da ponderação propriamente dita, em que se analisa o custo-benefício. De um lado coloca-se os bens protegidos pela medida e do outro os bens jurídicos que estão sendo restringidos ou sacrificados pela norma.

Se a "balança" pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será constitucional, mas, do contrário, evidente será sua inconstitucionalidade.

No caso em tela, temos uma norma que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, sob o fundamento de proteger o interesse público da segurança social, ante a afronta que a esta faz o crime organizado. No entanto, para a consecução de seus fins, subjugou o princípio da dignidade da pessoa humana, ante suas normas rígidas de segregação.

Assim, de um lado da balança coloca-se a supremacia do interesse público, representado pelo interesse da segurança social e, de outro lado, coloca-se o princípio da dignidade da pessoa humana. Apesar de parecer simplório o método, não o é, conforme aduz Sarmento:

> É bem verdade que a medida da balança simplifica o processo de aplicação do subprincípio em

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> análise, pois, como não estão em jogo valores aritméticos, mas interesses díspares, será difícil comparar os respectivos "pesos". Esta tarefa envolverá, necessariamente, certa dose de subjetivismo, razão pela qual se recomenda ao juiz uma especial prudência no exercício do controle de constitucionalidade fundado neste subprincípio, evitando-se a substituição da ponderação feita pelo legislador pela do órgão judicial.[106]

Dessa forma, não se trata de uma regra geral, em que o a dignidade da pessoa humana sempre prevalecerá sobre os demais valores. Mas no caso concreto em análise, a balança deve pender para o lado da dignidade da pessoa humana, e a norma que instituiu o RDD ser considerada inconstitucional. Nesse sentido aduz Rômulo Andrade Moreira:

> Cotejando-se, portanto, o texto legal e a Constituição Federal, concluímos com absoluta tranqüilidade ser tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º, XLVII, "e", CF/88), assegurando-se aos presos (sem qualquer distinção, frise-se) o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).[107]

Ainda nesse sentido, Marcondes:

> O respeito à dignidade da pessoa humana baliza toda política pública, concebendo o preso – antes da condição de criminoso – como pessoa humana, que como tal deve ser tratado. Esse enfoque exige que sejam humanizados os cárceres e dado um sentido positivo ao cumprimento da pena privativa de liberdade. O Estado tem o indeclinável dever de elaborar e executar políticas públicas que diminuam o sofrimento das pessoas condenadas, reduzindo os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> efeitos criminógenos das prisões e oportunizando os recursos necessários para que, ao obter a liberdade, estejam motivadas e em condições de viver como cidadãos.[108]

Assim, tem-se que o regime disciplinar não resiste a um regime de sopesamento dos interesses fundamentais, de forma que há de ser considerado inconstitucional.

CONCLUSÃO

O presente escrito teve por escopo a análise do instituto do Regime Disciplinar Diferenciado face os princípios de direitos humanos que norteiam a execução penal, a fim de se aferir se tal instituto atende ou não os preceitos deste.

Foi realizado um breve histórico acerca da origem e evolução do Regime Disciplinar Diferenciado, traçando o contexto que levou a promulgação da Lei 10.792/03, que instituiu o RDD no ordenamento jurídico, alterando a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84). Além disso, denotou-se a natureza jurídica do referido instituto, bem como suas características, hipóteses de cabimento e espécies.

Após, adentrou-se a problemática do trabalho, em que se analisou o RDD perante os princípios que norteiam a execução penal, insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Primeiramente, confrontou-se o referido instituto face ao princípio da legalidade, restando evidenciado que tal princípio trata-se de uma proteção que o cidadão possui perante o Estado, de forma que toda imposição de sanção de natureza criminal deve antes estar exposta em lei. Demonstrou-se que não basta apenas estar consignada em um diploma normativo a sanção, mas esta deve ser clara e taxativa. Diante disso, constatou-se que o RDD não atente aos preceitos de tal princípio, uma vez que o legislador, nas hipóteses de cabimento utilizou-se de expressões vagas e imprecisas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Após, buscou-se analisar o referido regime frente o princípio da individualização da pena nas suas fases legislativa, judicial e executiva, bem como ficou consignado não só o seu aspecto quantitativo, mas também o aspecto qualitativo desse postulado. Igual sorte mereceu o instituto do RDD, restando demonstrado que tal não atende aos anseios do princípio individualizador, haja vista que independente da natureza da infração que enseja a inserção neste, a natureza da sanção será a mesma, isolamento celular, não atendendo os fins da execução penal que é a reinserção na sociedade.

Em seguida, analisou-se o Regime Disciplinar Diferenciado frente o Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade, levando em consideração o aspecto criminológico deste, consistente em aferir a congruência entre a punição infligida e o bem jurídico que se pretende proteger. Feito isso, chegou-se a conclusão que o RDD não atende ao princípio da proporcionalidade, haja vista que não se trata da única saída possível para atender aos fins que se propõe, bem como este não estabeleceu mecanismos capazes de mensurar uma proporção entre a violação da disciplina e a sanção decorrente, nem entre a ameaça representada pelo preso e o período de isolamento celular, havendo o risco de ser sempre fixado em seu patamar máximo.

Analisou-se, ainda, o RDD face o princípio da humanidade das penas, sobre o qual se traçou um histórico acerca da origem e evolução, bem como foram descritos os diplomas normativos que prevêem tal princípio, tanto internacionais, como os da legislação pátria.

Aferiu-se que o isolamento celular como forma de castigo também não atende aos princípios da humanidade das penas, tendo em vista que restou evidenciado o caráter não só físico da violação da humanidade do condenado, mas também o viés psíquico, uma vez a referida sanção traz consigo a hipótese de diversos tipos de sofrimentos que não coadunam com o fins a que se propõe a execução penal.

Tal desrespeito ao princípio da humanidade ocorre na medida em que o preso é privado do convívio dentro do ambiente prisional, podendo ocorrer prejuízos a sua saúde mental, dada a condição do homem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

de ser social, podendo haver de degradação psicológica, desatendendo assim ao fim da execução penal que é a reintegração do apenado à sociedade.

Por fim, depois de constatado o conflito entre os princípios da segurança social e da dignidade, ponderou-se quais destes devem prevalecer. Para isso, utilizou-se a Teoria da Ponderação de interesses.

No caso concreto em análise, concluiu-se que deve prevalecer a dignidade da pessoa humana, e a norma que instituiu o RDD ser considerada inconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 89.

ALVES, André Luiz. **A Imprescindibilidade do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/31245/1/Regime-Disciplinar-Diferenciado/pagina1.html>. Acesso em 12 de ago. de 2011.

AMARAL, Guanaíra Rodrigues do. **A Tortura no RDD** (Regime Disciplinar Diferenciado). Disponível em: . Acesso em 13 de set. de 2011.

ARRUDA, Élcio. Primeiras linhas de direito penal. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2009, pág. 191.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: . Acesso em 31 de outubro de 2011

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, Vol. 1, 2000. p. 10.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª Ed.rev.. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5.073/2001. Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31767>. Acesso em 12 de ago. de 2011.

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm >. Acesso em 20 de ago. de 2011.

_____. Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal: Mensagem 242, de 1983 (Do Poder Executivo). Disponível em . Acesso em 10 de ago. de 2011.

_____. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de ago. de 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em 12 de ago. de 2011.

_____. **Parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sobre RDD** – Regime Disciplinar Diferenciado. Data: 10 de agosto de 2004. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/cnpcp/main.asp?View={923C6532-A970-4208-8BE0-3B1E9F482B3F}>. Acesso em 12 de ago. de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 40.300/RJ**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julg. em 07-06-2005, DJE de 22-08-2005, p. 312. Disponível em: . Acesso em 19 de out. de 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

_____. Supremo Tribunal Federal**. HC n. 96.328/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso, julgamento em 02-03-2010, Segunda Turma, pub no DJE de 09-04-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2896328.NUME.+OU+96328.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 15 de out. de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 97.256**. Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 1º-9-2010, Plenário, DJE de 16-12-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 15 de out. de 2011.

BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal de Inimigo**. Disponível em: . Acesso em 28 de set. 2011.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado**: Notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 4(1):7-26, Jan.-Dez./2005. Disponível em: <https://www.ucpel.tche.br/ojs/index.php/PENIT/article/viewFile/305/273>. Acesso em 12 de ago. de 2011.

CAPEZ, Fernando. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em . Acesso em 27 de set. de 2011.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**: Parte Geral. 8. ed. cor., amp. e atual. Rio de janeiro: Editora Forense, 2009. p. 418.

COYLE, Andrew. **Administração Penitenciária: Uma abordagem de Direitos Humanos** - Manual de Administração Penitenciária. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/309_manual_adm_penitenciaria.pdf>. Acesso em em de set. de 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

DOTTI, René Ariel. **"Carta para Maria Thereza"** - Em Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2005. p. 25.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 13

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte geral. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, vol. I, 2007. p. 183.

G0MES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O Regime Disciplinar Diferenciado é Constitucional? O Legislador, o Judiciário e a Caixa de Pandora**. Disponível em: . Acesso em 11 de agosto de 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Editora Impetus. Vol I, 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Comentado**. 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPP. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 636.

KUEHNE, Maurício. Lei 10.792/2003: Primeiras Impressões. Disponível em < http://www.bu.ufsc.br/AlteracaoLei.pdf >. Acesso em 25 de ago. de 2011.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCONDES, Pedro. **Políticas Públicas orientadas à melhoria do sistema penitenciário brasileiro sob o enfoque da função da pena vinculada à função do Estado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 43, ano 11, abril-junho de 2003. p. 248-260.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., rev e atual. São Paulo: 2006. Editora Malheiros. p. 93-94.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 260.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 150.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Monstro RDD**: É melhor chamar RDD de Regime Diferenciado da Desesperança. Disponível em: . Acesso em 06 de out. de 2011.

MOREIRA, José Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1980, 2ª série. p. 64.

NOGUEIRA, Danielle Christine Barros. **O princípio da Humanidade da Pena**. Disponível em: . Acesso em 10 de ago. de 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SALLA, Fernando. As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez. 2006, p. 274-307. <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a11n16.pdf>. Acesso em 11 de agosto de 2011.

SANTOS, Astério Pereira dos. **Regime Disciplinar Especial**: Legalidade e Legitimidade. Disponível em: . Acesso em 12 de ago. 2011.

SÃO PAULO. SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Disponível em: < http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf>. Acesso em 31 de out. de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SILVA FRANCO, Alberto da. **Crimes Hediondos**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

TAQUARY, Eneida Orbage. **O Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil e no direito Norte Americano**: violação do princípio da individualização da pena ou medida reguladora estatal de controle do comportamento de presos perigosos em estabelecimentos penitenciários. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 47-84, jul./dez. 2010. Disponível em: . Acesso em 14 de out. de 2011.

TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. ***Estudo Sobre a Evolução da Pena, dos Sistemas Prisionais e da Realidade Brasileira em Execução Penal****: Propostas para Melhoria do Desempenho de uma Vara de Execução Penal. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2008. Dissertação (Mestrado Profissional) - FGV Direito Rio/Programa de Capacitação em Poder Judiciário/2008. Disponível em:http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4218/DMPPJ%20-%20SERGIO%20WILLIAM%20TEIXEIRA.pdf?sequence=1. Acesso em 15 de ago. de 2011.*

NOTAS:

[1] G0MES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O Regime Disciplinar Diferenciado é Constitucional? O Legislador, o Judiciário e a Caixa de Pandora**. Disponível em: <http://www.execucaopenal.com.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>. Acesso em 11 de ago. de 2011.

[2] SALLA, Fernando. As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez. 2006, p. 274-307. <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a11n16.pdf>. Acesso em 11 de ago. de 2011.

[3] SÃO PAULO. SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Disponível em: < http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf>. Acesso em 31 de out. de 2011.

[4] CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O Regime Disciplinar Diferenciado**: Notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, 4(1):7-26, Jan.-Dez./2005. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

<https://www.ucpel.tche.br/ojs/index.php/PENIT/article/viewFile/305/273>. Acesso em 12 de ago. de 2011. p. 14-15.

[5] ALVES, André Luiz. **A Imprescindibilidade do Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/31245/1/Regime-Disciplinar-Diferenciado/pagina1.html>. Acesso em 12 de ago. de 2011.

[6] SANTOS, Astério Pereira dos. **Regime Disciplinar Especial**: Legalidade e Legitimidade. Disponível em: . Acesso em 12 de ago. 2011.

[7] BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5.073/2001. Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31767>. Acesso em 12 de ago. de 2011.

[8] GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte geral. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, vol. I, 2007. p. 183.

[9] JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Comentado**. 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPP. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 636.

[10] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 150.

[11] CARVALHO; FREIRE, op. cit., p. 20.

[12] BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de ago. de 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em 12 de ago. de 2011.

[13] BRASIL. Parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sobre RDD – Regime Disciplinar Diferenciado. Data: 10 de agosto de 2004. Disponível em:< http://portal.mj.gov.br/cnpcp/main.asp?View={923C6532-A970-4208-8BE0-3B1E9F482B3F}>. Acesso em 12 de ago. de 2011.

[14] CARVALHO; FREIRE, op. cit., p. 20.

[15] KUEHNE, Maurício. **Lei 10.792/2003**: Primeiras Impressões. Disponível em < http://www.bu.ufsc.br/AlteracaoLei.pdf >. Acesso em 25 de ago. de 2011.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. HC n. 96.328/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso, julgamento em 02-03-2010, Segunda Turma, pub no DJE de 09-04-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2896328.NUME.+OU+96328.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 15 de out. de 2011.

[17] BRASIL. **Lei 7.210 de 11 de julho de 1984**. Op. cit.

[18] MIRABETE, op. cit., p. 149.

[19] MOREIRA, José Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1980, 2ª série. p. 64.

[20] MIRABETE, op. cit., p. 151.

[21] Ibid., p. 151.

[22] MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 78.

[23] Ibid., p. 31-32.

[24] No presente trabalho, é defendida a posição doutrinária de que o RDD tem a natureza jurídica de um novo regime de cumprimento de pena, sob a nomenclatura jurídica de sanção disciplinar, conforme será exposto a frente.

[25] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155.

[26] O referido autor define princípios como "normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

conduta devida" e normas com sendo "normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido (maior grau de determinação da ordem e maior especificação dos destinatários), e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida" (ÁVILA, 2001, p. 21).

[27] ARRUDA, Élcio**. Primeiras linhas de direito penal**. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2009, p. 191.

[28] Ibid., p. 192.

[29] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 89.

[30] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 258.

[31] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

[32] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 260.

[33] COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**: Parte Geral. 8. ed. cor., amp. e atual. Rio de janeiro: Editora Forense, 2009. p. 418.

[34] TAQUARY, Eneida Orbage. **O Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil e no direito Norte Americano**: violação do princípio da individualização da pena ou medida reguladora estatal de controle do comportamento de presos perigosos em estabelecimentos penitenciários. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 47-84, jul./dez. 2010. Disponível em: . Acesso em 14 de out. de 2011.

[35] BRASIL. **Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal**: Mensagem 242, de 1983 (Do Poder Executivo). Disponível em <http://portal.mj.gov.br/>. Acesso em 10 de ago. de 2011.

[36] BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, Vol. 1, 2000. p. 10.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[37] BRASIL. Parecer CNPCP sobre RDD, op. cit.

[38] CARVALHO; FREIRE, op. cit.

[39] BRASIL. Parecer CNPCP sobre RDD, op. cit.

[40] KUEHNE, op. cit.

[41] MARCÃO, op. cit., p. 188-189.

[42] BRASIL. Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal, op. cit.

[43] BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. HC n. 97.256**. Relator: Min. Ayres Britto, julgamento em 1º-9-2010, Plenário, DJE de 16-12-2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 15 de out. de 2011.

[44] TAQUARY, op. cit.

[45] MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 113-114.

[46] SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 87.

[47] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 554.303/AgR. Relator: Min. Menezes Direito, julg. em 20-5-2008, 1ª Turma, DJE de 29-8-2008. Disponível em: . Acesso em 15 de ago. de 2011.

[48] BONAVIDES, op. cit., p. 425.

[49] ALEXY, op. cit., p. 116-117.

[50] SARMENTO, op. cit., p. 87-88.

[51] BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.23.

[52] FRANCO, Alberto da Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 67.

[53] ARRUDA, op. cit., p. 209.

[54] BRASIL. Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal, op. cit.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[55] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. ed. 12. São Paulo: Editora Impetus, vol. I, 2010. p. 77-78.

[56] BRASIL. Parecer do CNPCP sobre RDD, op. cit.

[57] Ibid.

[58] BECCARIA, op. cit., p. 41.

[59] TEIXEIRA, Sérgio William Domingues. **Estudo Sobre a Evolução da Pena, dos Sistemas Prisionais e da Realidade Brasileira em Execução Penal**: Propostas para Melhoria do Desempenho de uma Vara de Execução Penal. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2008. Dissertação (Mestrado Profissional) - FGV Direito Rio/Programa de Capacitação em Poder Judiciário/2008. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4218/DMPPJ%20-%20SERGIO%20WILLIAM%20TEIXEIRA.pdf?sequence=1. Acesso em 15 de ago. de 2011. p. 22.

[60] FRANCO, op. cit., p. 56-57.

[61] Ibid., p. 67.

[62] NOGUEIRA, Danielle Christine Barros. **O princípio da Humanidade da Pena**. Disponível em: . Acesso em 10 de ago. de 2011.

[63] BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm >. Acesso em 20 de ago. de 2011.

[64] BRASIL. Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em 20 de ago. de 2011.

[65] FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 13.

[66] BECCARIA, op. cit., p. 92.

[67] FOUCAULT, op. cit., p. 63/64.

[68] BRASIL. Parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sobre RDD, Op. Cit., p. 11.

[69] PINATTO, Bruna Fernandes. **A Individualização da Pena Privativa de Liberdade na Execução Penal**. Presidente Prudente/SP: 2008. Tese (Graduação) - Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Disponível em: . Acesso em 15 de out. de 2011.

[70] SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009. p. 26-27.

[71] CARVALHO, op. cit., p. 25.

[72] KUEHNE, op. cit., p. 7.

[73] KUEHNE, op. cit., p. 8.

[74] AMARAL, Guanaíra Rodrigues do. A Tortura no RDD (Regime Disciplinar Diferenciado). Disponível em: < http://www.ovp-sp.org/artg_guanaira.htm>. Acesso em 13 de set. de 2011.

[75] COYLE, Andrew. **Administração Penitenciária: Uma abordagem de Direitos Humanos** - Manual de Administração Penitenciária. Disponível em:
< http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/309_manual_adm_penitenciaria.pdf>. Acesso em em de set. de 2011. p. 43.

[76] Ibid., p. 92.

[77] CAPEZ, Fernando. **Regime Disciplinar Diferenciado**. Disponível em . Acesso em 27 de set. de 2011.

[78] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 1023.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[79] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 40.300/RJ**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julg. em 07-06-2005, DJE de 22-08-2005, p. 312. Disponível em: . Acesso em 19 de out. de 2011.

[80] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed., rev e atual. São Paulo: 2006. Editora Malheiros. p. 93-94.

[81] CARVALHO; FREIRE, op. cit., p. 17.

[82] Ibid., 17-18.

[83] DOTTI, René Ariel. **"Carta para Maria Thereza"** - Em Movimento Antiterror e a Missão da Magistratura. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2005. p. 25.

[84]GARLAND, 2003 apud CARVALHO; FREIRE, op. cit., p. 19-20.

[85] CARVALHO; FREIRE, op. cit., p. 22.

[86] Ibid., p. 22.

[87] BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal de Inimigo**. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto861.rtf>. Acesso em 28 de set. 2011.

[88] CARVALHO; FREIRE, op. cit., p. 18.

[89] SARMENTO, op. cit., p. 27.

[90] BONAVIDES, op. cit., p. 279-280.

[91] SARMENTO, op. cit., p. 109.

[92] Ibid., p. 57.

[93] Ibid., p. 75.

[94] BARROSO, op. cit., p. 374-375.

[95] ALEXY, op. cit., p. 117.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[96] MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 114.

[97] SARMENTO, op. cit., p. 87.

[98] Ibid., p. 88.

[99] MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 322.

[100] SARMENTO, op. cit., p. 89.

[101] ALEXY, op. cit., p. 118.

[102] SARMENTO, op. cit., p. 90.

[103] Ibid., p. 99.

[104] Ibid., p. 104.

[105] BRASIL. Parecer CNPCP sobre RDD, op. cit., p. 14.

[106] SARMENTO, op. cit., p. 89-90.

[107] MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Monstro RDD**: É melhor chamar RDD de Regime Diferenciado da Desesperança. Disponível em: . Acesso em 06 de out. de 2011.

[108] MARCONDES, Pedro. Políticas Públicas orientadas à melhoria do sistema penitenciário brasileiro sob o enfoque da função da pena vinculada à função do Estado. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 43, ano 11, abril-junho de 2003. p. 248-260.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO MEIO ALTERNATIVO À INSTAURAÇÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR NAS HIPÓTESES DE IRREGULARIDADES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

ADAILTON ALVES DE SOUZA:
Advogado da União.

Resumo: O artigo versa sobre a eficácia do compromisso de ajustamento de conduta como alternativa à instauração de processo administrativo disciplinar, nos casos de infrações disciplinares de menor potencial ofensivo. Apresentam-se considerações sobre as principais questões que envolvem a celebração de termos de ajustamento de conduta, nos casos de infrações de menor potencial ofensivo, e, em seguida, passa-se à análise das peculiaridades dos compromissos de ajustes de conduta previstos no âmbito do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (Instrução Normativa n. 2/2017 - Disciplina a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, no âmbito do Poder Executivo Federal) e da Advocacia-Geral da União (Portaria n. 248/2018 - Estabelece o Termo de Ajustamento de Conduta como meio alternativo à instauração de processo disciplinar nas hipóteses de irregularidades de menor potencial ofensivo.)

Palavras-chave: Infrações administrativas. Menor potencial ofensivo. Celebração de compromisso de ajustamento de conduta.

Absctract: The article deals with the effectiveness of the commitment of adjustment of conduct as an alternative to the institution of disciplinary administrative process, in the cases of infractions of disciplines of less offensive potential. Considerations are presented on the main issues involved in the conclusion of terms of conduct adjustment in cases of infractions of lesser offensive potential, and then the analysis of the peculiarities of the commitments of conduct adjustments provided for in the Ministry of Transparency and Controllership of the Union (Normative Instruction No. 2/2017 - Discipline the conclusion of the Term of Adjustment of Conduct - TAC, within the scope of the Federal Executive Branch) and the Attorney General's Office (Ordinance No. 248 / 2018 - Establishes the Term of Adjustment of Conduct as an alternative means to

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

the initiation of disciplinary proceedings in the hypotheses of irregularities of lower offensive potential.)

Keywords: Administrative infractions. Less offensive potential. Commitment compromise of conduct adjustment.

Sumário: Introdução; 1 Infrações disciplinares de menor potencial ofensivo; 2 Compromisso de ajustamento de conduta: considerações preliminares; 2.1 Origem e natureza jurídica; 2.2 Conceito e finalidade; 2.3 Requisitos, objeto e efeitos; 2.4 Legitimação; 2.5 Restrições à celebração de TAC; 2.6 O monitoramento das obrigações assumidas no TAC; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Objetiva-se apresentar considerações teóricas e práticas relativamente à eficácia do compromisso de ajustamento de conduta como alternativa à instauração de processo administrativo disciplinar, nos casos de infrações disciplinares de menor potencial ofensivo.

Para tanto, analisar-se-á a estrutura normativa que rege a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta no âmbito do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (Instrução Normativa n. 2/2017 - Disciplina a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, no âmbito do Poder Executivo Federal) e da Advocacia-Geral da União (Portaria n. 248/2018 - Estabelece o Termo de Ajustamento de Conduta como meio alternativo à instauração de processo disciplinar nas hipóteses de irregularidades de menor potencial ofensivo.), apresentando-se algumas considerações sobre os diversos aspectos atinentes à formalização e ao monitoramento dos compromissos de ajustes de conduta na esfera disciplinar.

Serão abordadas as fases de desenvolvimento dos TAC: o contexto prévio que engloba a apuração de irregularidades consideradas de menor potencial ofensivo; as restrições à celebração de TAC; os legitimados para propositura do ajuste de conduta; os requisitos que devem constar na proposta e no termo de celebração; o processo de homologação do TAC; o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

prazo de cumprimento das obrigações assumidas; o monitoramento e o encerramento.

Por fim, como resultado, espera-se contribuir para melhor entendimento e disseminação do novel instituto do compromisso de ajustamento de conduta como alternativa eficiente à instauração de processo administrativo disciplinar.

1 INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Considerando que os compromisso de ajustes de conduta ora analisados (estabelecidos no âmbito do Poder Executivo Federal e da Advocacia-Geral da União) somente podem ser formalizados, a critério da autoridade competente para instauração de sindicâncias e processos disciplinares, nas hipóteses de irregularidades funcionais de menor potencial, como discussão preliminar, cabe, neste ponto, responder ao seguinte questionamento: *para fins de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, o que pode ser considerada infração ou irregularidade disciplinar de menor potencial ofensivo?*

Emerson Garcia anota que:

> A consensualidade tem sido largamente utilizada no direito administrativo como mecanismo de recomposição da juridicidade, o que tende a ocorrer de maneira mais célere, com níveis de eficácia mais elevados e menor dispêndio de recursos. **A tendência, ao menos no Direito brasileiro, é o seu direcionamento, pela lei, às infrações originárias de relações jurídicas de maior complexidade e impacto** social.[1] (grifo nosso)

Nos termos da Portaria AGU n. 248, de 10 de agosto de 2018 (Estabelece o Termo de Ajustamento de Conduta como meio alternativo à instauração de processo disciplinar nas hipóteses de irregularidades de menor potencial ofensivo), infração/irregularidade de menor potencial ofensivo é "*aquela cujas circunstâncias possam resultar, em tese, na aplicação da penalidade de advertência, nos termos do art. 116 e do art.*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

117, incisos I a VIII e XIX, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990." Confira-se:

> Art. 1º A critério da autoridade competente para instauração de sindicâncias e processos disciplinares em face dos membros das carreiras jurídicas e dos servidores administrativos da AGU, poderá ser celebrado Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, como alternativa à instauração de processo de natureza disciplinar, nas hipóteses de irregularidades funcionais de menor potencial ofensivo, desde que atendidos os requisitos previstos nesta Portaria.
>
> Parágrafo único. Para efeito desta Portaria, considera-se:
>
> [...]
>
> II - **irregularidade de menor potencial ofensivo - aquela cujas circunstâncias possam resultar, em tese, na aplicação da penalidade de advertência, nos termos do art. 116 e do art. 117, incisos I a VIII e XIX, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. (grifo nosso)

Nesse sentido, estão incluídas no conceito normativo de infração/irregularidade funcional de menor potencial ofensivo, desde que não sejam praticadas de modo reincidentes, a violação de **todos** os deveres previstos no art. 116 da Lei 8.112/90), quais sejam: exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; ser leal às instituições a que servir; observar as normas legais e regulamentares; cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; atender com presteza ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo, à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal e às requisições para a defesa da Fazenda Pública; levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo; levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

conhecimento de outra autoridade competente para apuração; zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público; guardar sigilo sobre assunto da repartição; manter conduta compatível com a moralidade administrativa; ser assíduo e pontual ao serviço; tratar com urbanidade as pessoas; representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Também se inclui no perfil de irregularidade funcional de menor potencial ofensivo, nos termos da Portaria AGU n. 248/2018, atos de servidor/membro que tenha o condão de violar as seguintes proibições (*incisos I a VIII e XIX, da Lei 8.112/90*): ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato; retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição; recusar fé a documentos públicos; opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço; promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição; cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado; coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político; manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.

Dispondo de modo mais genérico, a Instrução Normativa n. 2/2017 do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (Disciplina a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, no âmbito do Poder Executivo Federal) aponta no seu art. 1º que, "*Para os fins desta instrução normativa,* ***considera-se infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência, nos termos do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, prevista em lei ou regulamento interno.*** (grifos nossos)

A interpretação razoável do dispositivo normativo acima transcrito deve ser aquela que inclui no conceito de "infração disciplinar de menor potencial ofensivo", a quebra dos deveres funcionais previstos no

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

art. 116 da Lei 8.112/90, assim como outras infrações assemelhadas, previstas em outras leis ou regulamentos internos que os servidores do Poder Executivo Federal estejam jungidos.

Calha apresentar, ainda, o conceito normativo de infração de menor potencial ofensivo apontado pela Controladoria-Geral do Distrito Federal no art. 1º, parágrafo único, da Instrução Normativa n. 03, de 23 de setembro de 2016 (Institui o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta Administrativo - TAC como medida alternativa a incidentes disciplinares em situações de infração leve, evitando gastos desnecessários com a instauração de processo investigatório): "*Considera-se alternativa a incidentes disciplinares em situações de infração leve* ***aquela passível de aplicação da penalidade de advertência ou que possa ser considerada de lesividade mínima, sem grave prejuízo à regularidade dos serviços ou aos princípios que regem a Administração Pública***." (grifo nosso).

Segundo dados do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), apenas em 2017 foram realizadas 502 apurações que resultaram na identificação de condutas de baixa lesividade ofensiva e passíveis de advertência – o TAC foi utilizado em cerca de 30% dessas situações, gerando uma economia potencial de R$ 7 milhões aos cofres públicos.[2]

2 COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O dever-poder disciplinar da Administração Pública não configura mera faculdade do administrador público, mas sim uma regra impositiva, de modo que diante de notícia do cometimento de irregularidade funcional, deve a Administração atuar para esclarecimento da existência (ou não) de indício de autoria/materialidade que sejam idôneos a subsidiar a aplicação de penalidade ao agente faltoso no bojo de processo administrativo regrado pelo devido processo legal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que a Administração não dispõe de liberdade de escolha entre punir ou não, porquanto, em face do conhecimento de falta praticada por servidor, está obrigada a instaurar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

procedimento apuratório adequado para, se for o caso, aplicar a pena cabível.[3]

Discorrendo acercada da indisponibilidade do interesse público no contexto do exercício do poder-dever disciplinar, aponta Léo da Silva Alves que:

> A possibilidade de recompor a ordem administrativa por mecanismos que não passem pela sindicância ou pelo processo, não agride, como já se pensou, o princípio da indisponibilidade do interesse público. Esse interesse não está sendo desprezado. Pelo contrário, resguarda-se o interesse público quando é possível encontrar solução mais segura, mais ágil, mais econômica, que alcance a finalidade, sem necessariamente passar pelos complexos e temerários expedientes da sindicância e do processo.
>
> Na iniciativa privada o administrador, frente a uma conduta irregular de um empregado, pode esquecer, pode perdoar, pode transigir. Na Administração Pública não existe essa liberalidade. O agente da Administração não pode abdicar da força que lhe é outorgada, pois ela é indisponível. Entretanto, pode eleger outra alternativa que não seja necessariamente aplicar sanção.[4]

Odete Medauar assenta que o processo administrativo "é a sucessão ordenada de atos destinados a averiguar a realidade de falta cometida por servidor, a ponderar as circunstâncias que nela concorreram e aplicar as sanções pertinentes"[5]

Léo da Silva Alves doutrina no sentido da viabilidade da utilização do compromisso de ajuste de conduta como alternativa à instauração do processo disciplinar. Confira-se:

> Praticamente todos os estatutos de servidores (da União, dos Estados e dos Municípios) tratam da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

obrigação do gestor público de tomar providências quando tem conhecimento de irregularidades praticadas por seus subordinados. A Lei nº 8.112/90, por exemplo, que regula a matéria no âmbito da Administração Federal (direta, autárquica e fundacional), reza no artigo 143:

Art. 143 – A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata mediante sindicância ou processo disciplinar, assegurado ao acusado ampla defesa.

Deste dispositivo, repetido, como dissemos, nos outros entes da Federação, estão os seguintes comandos:

1.A obrigação da autoridade – Isso significa que, não cumprindo a obrigação, o gestor é omisso; e, sendo omisso, atrai para si a responsabilidade.

2.A imediaticidade da reação – O legislador quis dizer que a reação tem que ser de pronto, porque a demora é tão nociva quando a omissão. Com efeito, a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) considera suscetível de responsabilidade não só o agente omisso como aquele que retarda a adoção de medidas que deve adotar de ofício (art.11, inciso II).

3.A apuração mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar – Aqui o legislador apresentou dois instrumentos formais: sindicância e processo disciplinar. Eles seriam os instrumentos jurídicos a serem utilizados para o esclarecimento das irregularidades e a eventual aplicação de sanções.

4.A garantia da ampla defesa – Trata-se da adequação da lei à ordem constitucional, segundo a qual nenhum acusado pode sofrer qualquer tipo de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> punição sem o exercício pleno do contraditório e da defesa.
>
> Por conta dessa construção jurídica, as figuras da sindicância e do processo administrativo disciplinar entraram para a rotina do serviço público. Todavia, são expedientes que precisam ser reexaminados, no mínimo, ao nível de uma interpretação eficaz. O Direito é dinâmico. Um mesmo dispositivo legal recebe interpretações diferentes no curso do tempo, para que se ajuste à realidade e às necessidades de ordem social. Por conseguinte, **as figuras da sindicância e do processo disciplinar não podem ser vistas como instrumentos únicos, exclusivos, herméticos. São meios que o legislador colocou para o administrador público, sem eliminar outras possibilidades de recompor a ordem administrativa. Entra aqui, por exemplo, o ajustamento de conduta, que se sustenta no princípio da discricionariedade da ação disciplinar**. O Estatuto do Estado de Tocantins (Lei nº 1.818/2007), por exemplo, enuncia:
>
> SUBSEÇÃO ÚNICA
>
> . Pode ser elaborado termo de compromisso de ajuste de conduta quando a infração administrativa disciplinar, no seu conjunto, apontar ausência de efetiva lesividade ao erário, ao serviço ou a princípios que regem a Administração Pública.[6](grifos nossos)

A Lei 8.112/90 estipula que "O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido." (Art. 148)

No entanto, diante do impacto do custo financeiro, entre outras razões de ordem pragmática, a instauração de processo administrativo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

disciplinar para apuração e eventual aplicação de penalidade a servidor que cometeu irregularidade funcional de menor potencial ofensivo, pode representar medida violadora do princípio da eficiência administrativa (art. 37, CRFB/88).

Nessa trilha, pertinentes as lições de Antonio Carlos de A. Carvalho:

> Pode ocorrer, todavia, de a relação custo/benefício da persecução disciplinar desaconselhar, manifestamente, a apuração do fato de menor gravidade e que demandará a formação de colegiado investigativo ou processante, pagamento de diárias, passagens aéreas, ajudas com transporte, substituição dos membros das comissões, em seus afazeres ordinários na repartição de origem, por outros servidores, assim como poderá haver fatos mais graves que devam ser apurados preferencialmente, dada a escassez de recursos humanos. Em suma, os fatores econômicos e de outra ordem presentes devem influenciar a apreciação da autoridade administrativa, por força do princípio constitucional da eficiência da Administração Pública, **cabendo o manejo de institutos alternativos como o termo de ajustamento de conduta**, ou até uma boa conversa com a chefia imediata.[7]

O art. 14 do Decreto-Lei 200/67 (Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências) assevera que: "O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais **ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco**". (grifo nosso)

É consabido que a Administração Pública é jungida pelo dever de obediência aos princípios da eficiência e do interesse público, devendo, em razão disso, promover a racionalização dos procedimentos administrativos e responder às demandas disciplinares com presteza, economicidade e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

segurança jurídica. Nesse sentido, o compromisso de ajustamento de conduta pode configurar interessante ferramenta para tratamento pela Administração das situações configuradoras de irregularidades consideradas de pequeno potencial lesivo.

2.1 ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) foi previsto no artigo 211 do Estatuto da criança e do adolescente (Lei 8.069/90): "Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial".

O TAC passou a ser regulamentado também no artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor, que introduziu o parágrafo 6º, no artigo 5º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), passando a ser aplicável a quaisquer interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Também há expressa previsão do TAC nos parágrafos 1º ao 4º, da Lei 8.884/94, aplicável à ordem econômica e nos parágrafos 1º ao 8º, do artigo 79, da Lei 9.605/98, que trata das infrações contra o meio ambiente.

As previsões normativas acima transcritas foram inseridas no âmbito do microssistema de proteção de direitos transindividuais (direitos em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos). No entanto, diante da normatividade dos princípios regentes da Administração Pública, sobretudo, com fundamento nos princípios da oportunidade, economicidade, razoabilidade/proporcionalidade da reação (art. 2º, caput, Lei 9.874/99) e da eficiência (art. 37, caput, CRFB/88), o instituto passou a ser previsto (e utilizado) também na esfera do Direito Sancionatório Disciplinar como meio de se alcançar o fim que melhor atenda ao interesse público.

Acerca da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, não há consenso doutrinário. A título exemplificativo do dissenso, confira-se, a seguir, alguns posicionamentos doutrinários.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Hugo Nigro Mazzilli aponta para a natureza de ato administrativo negocial de direito público no qual não há renúncia, mas o estabelecimento de obrigações de fazer e não fazer associadas à realização do direito ao qual a conduta deve ser ajustada.[8]

José dos Santos Carvalho Filho assenta que o TAC tem natureza de ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva e bilateral quanto à formalização.[9]

Geisa de Assis Rodrigues, por sua vez, defende que o compromisso de ajustamento de conduta é negócio jurídico bilateral, por ser necessária, para sua formação, a interação entre o órgão público legitimado e o suposto infrator.[10]

Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que o TAC se insere no contexto do consensualismo, sendo ato administrativo complexo e acordo substitutivo de conduta imediatamente exigível por outra negociável, diferenciando-se da transação.[11]

Nesse sentido, explicita o especialista citado:

> O acordo substitutivo, utilíssimo instituto da administração pública consensual, é um ato jurídico complexo, praticado entre Administração e administrado, ou, mesmo, com outro ente público, neste caso, em situação análoga à do administrado, com o objetivo de substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, primariamente exigível, por outra, secundariamente negociável, com a finalidade de possibilitar um melhor atendimento dos interesses públicos envolvidos.[12]

Sobre a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, a Controladoria-Geral do Distrito Federal, no art. 2 da Instrução Normativa n. 03, de 23 de setembro de 2016 (Institui o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta Administrativo - TAC como medida alternativa a incidentes disciplinares em situações de infração leve,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

evitando gastos desnecessários com a instauração de processo investigatório) anota o seguinte:

> Art. 2º O Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta Administrativo, fundado no princípio da discricionariedade da ação disciplinar, **é um contrato** firmado pelo interessado junto aos órgãos e entidades do Distrito Federal, legitimados a agir na tutela do direito em causa, situação na qual o servidor deve ajustar-se às normas do serviço público, se comprometendo a adequar-se às condições exigidas pela instituição, dentro de parâmetros normativos e legais aplicáveis, podendo ser adotado a qualquer tempo como forma de compor o incidente.

Ainda acerca da natureza jurídica do instituto ora analisado, aponta Emerson Garcia:

> A consensualidade, em sua expressão mais simples, indica a convergência de vontades em prol de um objetivo comum. Pode oscilar entre os extremos da submissão ou da plena transação.
>
> [...] .
>
> No âmbito do direito sancionador, em razão de suas próprias características estruturais, já que o Estado deve zelar pelos bens jurídicos tutelados e o infrator pode sofrer sanções que restrinjam aspectos de sua esfera jurídica insuscetíveis de plena disposição, como a liberdade ou, a depender do sistema, a própria vida, o modelo da plena transação dificilmente será adotado. Afinal, caso houvesse total liberdade entre os pactuantes, seria plenamente possível que o Estado deixasse de estabelecer qualquer reprimenda ou afastasse por completo o dever de reparação. Ou, no extremo oposto, que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

infrator incursionasse na própria essência das sanções a serem aplicadas.

Portanto, em rigor lógico, o direito sancionador mais se afeiçoa ao modelo da submissão ou a um modelo híbrido. Apesar da compatibilidade conceitual com o modelo da submissão, não se pode deixar de observar que a plena e irrestrita sujeição às cominações legais raramente será atrativa aos infratores, que certamente optarão por aguardar o desfecho da relação processual ao invés de sofrerem a sanção de maneira antecipada. A tendência é a adoção de um modelo híbrido, em que o Estado, sem dispor por completo do bem jurídico tutelado, transige em relação a alguns aspectos afetos à sua essência ou de natureza periférica, enquanto o infrator aceita as imposições antes da resolução do processo, judicial ou administrativo, ou, mesmo, do seu próprio início.[13]

Do exposto, diante da diversidade de posicionamentos doutrinários acerca da natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta, convém destacar as principais: a) transação especial; b) ato jurídico stricto sensu; e c) negócio jurídico administrativo.

2.2 CONCEITO E FINALIDADE

O compromisso de ajustamento de conduta é um instituto jurídico integrante do moderno Direito Disciplinar, adotado como medida alternativa em substituição a uma penalidade, de natureza leve, desde que o servidor infrator atenda a determinados requisitos.

Tal medida objetiva o visando o restabelecimento imediato do equilíbrio no âmbito do controle disciplinar.

A Portaria AGU n. 248, de 10 de agosto de 2018 (Estabelece o Termo de Ajustamento de Conduta como meio alternativo à instauração de processo disciplinar nas hipóteses de irregularidades de menor potencial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

ofensivo), traz em seu bojo o seguinte conceito de compromisso de ajuste de conduta:

> I - Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) - instrumento que não possui natureza de penalidade disciplinar, por meio do qual o membro de carreira jurídica ou o servidor administrativo da AGU interessado se compromete, voluntariamente, a cumprir determinadas obrigações nele descritas no prazo fixado e a ajustar sua conduta em observância aos deveres e proibições previstos na legislação vigente;

Na doutrina, José dos Santos Carvalho Filho aponta que o Termo de Ajustamento de Conduta é um ato jurídico pelo qual a pessoa assume o compromisso de eliminar a ofensa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo e adequa o seu comportamento às exigências legais.[14]

Ana Luiza de A. F. Nery conceitua:

> Compromisso de ajustamento de conduta é transação híbrida, lavrado por instrumento público ou privado, celebrado entre o interessado e o poder público, por seus órgãos públicos, ou por seus agentes políticos, legitimados à propositura da ação civil pública, por cuja forma se encontra a melhor solução para evitar-se ou para pôr fim à demanda judicial, que verse sobre ameaça ou lesão a bem da natureza metaindividual.[15]

Os conceitos acima foram engendrados no contexto de aplicação do compromisso de ajustamento de condutas no âmbito do microssistema de proteção de direitos transindividuais (direitos em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos). No que pertine à aplicação do instituto na seara do Direito Administrativo Disciplinar, Léo da Silva Alves sustenta que o Termo de Ajustamento de Conduta é um instrumento formal, onde o gestor moderno operacionaliza o princípio que veio do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

direito alemão (princípio da discricionariedade da ação disciplinar), substituindo o processo tradicional, dispendioso e ineficiente por um compromisso moral que restabelece a ordem em curto prazo.[16]

Ressalte-se, por oportuno, que "o compromisso é formalizado, em geral, por meio de um termo que contém as obrigações assumidas, prazos para cumprimento e respectivas cominações. Esse termo, que constitui o instrumento de formalização da avença, é comumente conhecido por TAC (Termo de Ajustamento de Conduta)."[17]

Nessa trilha, "termo" é o instrumento que formaliza o compromisso de ajustamento de conduta. No entanto, como já largamente utilizada a nomenclatura de TAC para nominar o referido instituto jurídico, far-se-á, no presente artigo, uso indistinto e intercambiável das expressões "termo" e "compromisso".

No tocante à finalidade, o compromisso de ajustamento de conduta se mostra como eficiente alternativa ao processo disciplinar, representando medida mais eficiente e menos gravosa para atingir finalidades almejadas com a atividade sancionatória, *v.g.*, a dissuasão do transgressor, a prevenção da reincidência e o ajustamento da conduta do servidor público.

Corrobora com o acima exposto as lições de Victor Scholze:

> Devem ser considerados outros mecanismos, mais eficientes ou menos gravosos, para alcançar o objetivo inicialmente pretendido pela atividade sancionadora. A prevenção da reincidência, a despersuação do agente infrator e de potenciais transgressores e o condicionamento do comportamento dos particulares na direção tencionada pela Administração constituem-se em vertentes que podem alcançar o interesse público de forma mais adequada.[18]

Na mesma trilha, Emerson Garcia doutrina:

> A consensualidade é um objetivo a ser sempre perseguido. Contribui para harmonizar e pacificar as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> relações sociais; atenua a intensa tensão dialética entre os referenciais de lícito e ilícito; acarreta a redução de custos, inerentes à longa tramitação de certas relações processuais, administrativas ou judiciais; e tende a aumentar os índices de satisfação dos envolvidos, que ganham em certeza e celeridade, em patamares sensivelmente superiores àqueles que obteriam ao fim da relação processual.[19]

Segundo dados do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), desde 2015, aproximadamente 1.000 (mil) apurações foram deflagradas para condutas puníveis com advertência, sendo que cada processo administrativo disciplinar (PAD) custa ao erário, em média, R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).[20]

Prossegue a notícia veiculada pela CGU:

> Por meio do TAC, o servidor assume a responsabilidade pela irregularidade que causou e se compromete a corrigir seu comportamento e a observar os deveres e proibições previstos na legislação. Nos casos em que a conduta seja punível com advertência ou penalidade similar, o órgão poderá celebrar o Termo de Ajuste, de ofício ou a pedido do interessado, e deixar de instaurar o respectivo processo disciplinar.

A medida adotada pela CGU no âmbito do Poder Executivo Federal busca garantir eficiência e desburocratizar a atuação das corregedorias em toda a Administração Federal, pois, além de otimizar a utilização dos recursos humanos e a economia de recursos financeiros, o TAC permite uma resposta mais célere para desvios de conduta de baixa lesividade praticados por agentes públicos federais.

Alexandre de Moraes conceitua o princípio da eficiência como sendo:

> [...] aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.[21]

A implementação do compromisso de ajuste de conduta configura, pois, importante avanço no aprimoramento da gestão disciplinar, representando meio célere e eficiente de resolução alternativa de conflitos.

Com as alterações promovidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942) pela novel Lei 13.655/2018, passou a constar a possibilidade de ajustamento de conduta em certos casos. Confira-se:

> Art. 26. Para **eliminar irregularidade**, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, **celebrar compromisso com os interessados**, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.
>
> § 1º O compromisso referido no caput deste artigo:
>
> I - **buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais**;
>
> II – (VETADO);
>
> III - **não poderá conferir desoneração permanente de dever** ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> IV - **deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento**.
>
> § 2º (VETADO). (grifo nosso)

Cresce então a possibilidade e a prática de se atingir a mesma finalidade por meio da substituição do processo sancionador e da aplicação de uma sanção em prol de compromissos de ajustamento de condutas que tragam benefícios efetivos à rotina administrativa e ao exercício escorreito da função pública.

Seguindo o entendimento acima esposado, Victor Scholze aponta:

> As transformações sucedidas nos últimos anos denotam uma redução da intervenção direta do Estado e do desenvolvimento de uma nova forma de intervenção em que se vislumbra o fortalecimento do papel regulador do Estado em detrimento do papel do Estado produtor de bens e serviços.
>
> Como resultado dessa mudança paradigmática, verifica-se uma atuação estatal em maior colaboração com os particulares, em variadas formas - como concessões, parcerias público-privadas, permissões, entre outras -, revelando práticas mais consensuais e eficientes utilizadas por diversos órgãos da Administração Pública.
>
> Examinada sob a ótica da solução de conflitos administrativos, a consensualidade remete à utilização de determinados mecanismos para resolução dos embates de forma negociada, sem a necessidade de imposição da autoridade estatal para decisões unilaterais.
>
> Nessa medida, o acordo de vontades encontra projeção no ajuste de conduta como instrumento de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> negociação na esfera administrativa. Os termos de ajustamento de conduta e os termos de compromisso, em substituição a penalidades e sanções, manifestam-se como exemplos de solução alternativa para solução de conflitos na seara da Administração Pública.[22]

Esses compromissos de ajustamento de conduta substitutivos do processo disciplinar pressupõem (i) a suspensão da abertura de procedimento sancionatório, entendido como o procedimento estabelecido pela norma jurídica para apuração da verdade real com vistas à aplicação de uma sanção; (ii) a propositura da celebração de termo de ajustamento de conduta como providência mais efetiva para consecução do interesse público.

Destarte, visa o compromisso de ajustamento de conduta, em síntese, ajustar a conduta do servidor infrator (nas irregularidades de menor potencial ofensivo) à observância das normas reguladoras dos deveres e proibições funcionais, de maneira mais econômica, ágil e eficaz em relação ao processo disciplinar.

2.3 REQUISITOS, OBJETO E EFEITOS

O compromisso de ajustamento de conduta, como negócio jurídico, requer para sua validade (i) agente capaz, (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável (iii) forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do Código Civil).

Além disso, a doutrina aponta são necessários, em síntese, os seguintes requisitos:

a) forma escrita, ou seja, deve ser tomado mediante termo subscrito pelo agente público competente e pelo infrator ou seu representante legal;

b) consenso entre o órgão público legitimado e o infrator, isto é, a celebração do CAC é uma faculdade, e não uma obrigação;

c) descrição precisa do dano e/ou da conduta que se pretende evitar, cessar ou reparar;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

d) obrigações líquidas e certas, com modos e prazos de cumprimento bem definidos (art. 586 do CPC);

e) cominações para o caso de inadimplência das obrigações, ressalvado o disposto no art. 645 do CPC.[23]

A Portaria AGU n. 248, de 10 de agosto de 2018 (Estabelece o Termo de Ajustamento de Conduta como meio alternativo à instauração de processo disciplinar nas hipóteses de irregularidades de menor potencial ofensivo), aponta os seguintes requisitos para a celebração do compromisso de ajuste de conduta:

> Art. 4º A proposta de celebração do TAC observará, necessariamente, o seguinte:
>
> I - aquiescência do membro ou servidor administrativo;
>
> II - comprometimento por parte do membro ou servidor administrativo a adotar certo comportamento ou a abster-se de determinada prática;
>
> III - informação de que o descumprimento dos termos do TAC poderá acarretar a continuidade da apuração dos fatos no âmbito disciplinar, sem prejuízo da apuração relativa à inobservância das obrigações previstas no ajustamento de conduta.
>
> §1º Anteriormente à propositura do TAC ao interessado, deverá ser efetivada análise jurídica quanto ao cumprimento dos requisitos dispostos nesta Portaria em relação ao caso concreto.
>
> §2º O TAC será celebrado no bojo de processo administrativo autuado para tanto.
>
> Art. 5º O TAC deverá conter:
>
> I - a qualificação do membro ou servidor administrativo interessado;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> II - a descrição sucinta do caso concreto;
>
> III - os fundamentos de fato e de direito para sua celebração;
>
> IV - a descrição das obrigações assumidas;
>
> V - o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações; e
>
> VI - a forma de fiscalização das obrigações assumidas.
>
> §1º As obrigações assumidas compreenderão, dentre outras:
>
> I - o reconhecimento da irregularidade do fato praticado;
>
> II - a realização ou abstenção de determinados atos, voltados, preferencialmente, à reeducação e ao ajustamento da conduta praticada.

A Instrução Normativa n. 2/2017 do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (Disciplina a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, no âmbito do Poder Executivo Federal), por sua vez, aponta no art. Art. 7º para a necessidade do TAC com ter os seguintes requisitos:

> Art. 7º O TAC deverá conter:
>
> I - a qualificação do agente público envolvido;
>
> II - os fundamentos de fato e de direito para sua celebração;
>
> III - a descrição das obrigações assumidas;
>
> IV - o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações; e
>
> V - a forma de fiscalização das obrigações assumidas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> Parágrafo Único. O prazo de cumprimento do TAC não poderá ser superior a 2 (dois) anos.

O TAC celebrado tem como **efeito** principal compelir o agente público envolvido ao seu cumprimento no período estabelecido, e, tem por **objeto,** a realização ou abstenção de determinados atos, voltados, preferencialmente, à reeducação e ao ajustamento da conduta praticada.

Acerca do objeto do TAC, aponta o art. 2º da IN CGU 2/2017: "Por meio do TAC o agente público interessado **assume a responsabilidade pela irregularidade a que deu causa e compromete- se a ajustar sua conduta e a observar os deveres e proibições previstos na legislação vigente**." (grifo nosso)

No mesmo sentido regrou o art. 1º, parágrafo único, I, da Portaria AGU 248/2018. Confira-se:

> Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) - instrumento que não possui natureza de penalidade disciplinar, por meio do qual o membro de carreira jurídica ou o servidor administrativo da AGU interessado **se compromete, voluntariamente, a cumprir determinadas obrigações nele descritas no prazo fixado e a ajustar sua conduta em observância aos deveres e proibições previstos na legislação vigente**. (grifo nosso)

Na regulação do compromisso de ajustamento de conduta no Estado do Tocantins, Adelmy Casses Bicca[24] elaborou excelente resumo acerca dos efeitos da celebração do termo de ajustamento de conduta, cabendo o aproveitamento no presente trabalho, com adaptações.

Efeitos legais: Evita a instauração de sindicância decisória ou de processo administrativo disciplinar em desfavor do servidor infrator; Extingue o "jus puniendi" do Estado; Resguarda a identidade do compromissário quando da publicação do acordo; Não é lançado na ficha funcional do servidor; Somente é arquivado no dossiê do servidor; Não servirá para configurar reincidência, pois a prática de infração igual irá gerar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

sindicância ou processo administrativo disciplinar; Não prescreve, pois não é pena disciplinar.

Efeitos psicológicos:· O reconhecimento da conduta inadequada demonstra o bom caráter do servidor; O desejo de não mais praticar essa infração, fixado como propósito assumido reeduca o servidor para uma nova oportunidade de melhor vivenciar e resguardar as relações funcionais; O servidor recupera sua autoestima ao se saber valorizado pela Administração, que lhe dá um voto de confiança; O servidor recebe, pelos anos de serviços prestados, o reconhecimento da Administração; O Ajustamento de Conduta dá ao servidor a segurança de que, como parceiro de Ajuste, recebe da Administração um tratamento que lhe resgata a dignidade; Ao assinar o Termo de Ajustamento de Conduta, o servidor passa a ser mais responsável e mais atuante, diante do compromisso que assume com a Administração; O Ajustamento de Conduta livra o servidor do pesadelo de um processo ou de uma sindicância que poderá durar muito tempo, causando desgaste moral, físico, psíquico e financeiro ao indiciado.

Efeito funcional: Ao assinar o Termo de Ajustamento de Conduta o servidor estará se comprometendo a observar as normas legais, o que certamente o fará; Esse comprometimento representa uma reeducação do servidor frente às suas responsabilidades; O levantamento dos antecedentes funcionais do servidor, que serviram para abonar sua conduta, representam o reconhecimento da Administração de que ele se fez merecedor desse benefício, do que deve se orgulhar o servidor; O Ajustamento de Conduta não impedirá a que o servidor receba todas as vantagens, direitos ou benefícios a que fizer jus, em sua ascensão funcional, no Quadro de Cargos e Carreiras onde estiver inserido.

O compromisso de ajustamento deve ser celebrado (**forma**) mediante termo (redução a escrito de declaração oral).

O TAC é **anulável** em casos como os de erro, dolo ou coação (art. 138 a 155 do Código Civil)? **nulo**, por impossibilidade ou ilicitude do objeto (além das demais hipóteses de nulidade previstas no art. 166 do Código Civil). Pode ser **rescindido**, por impossibilidade de cumprimento (força

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

maior ou de caso fortuito), ou pelo desaparecimento dos pressupostos que ensejaram a celebração.

Pode ser **revisto**, por alteração do estado de fato (ou de direito), como, v.g., no caso de excessiva onerosidade das medidas pactuadas, sendo possível a substituição por outras menos gravosas e que igualmente assegurem os fins desejados.

2.4 LEGITIMAÇÃO

No processo de instrumentalização do Termo de Ajustamento de Conduta se encontram presentes, de um lado, o tomador, ou seja, a pessoa jurídica de direito público ou órgão público que por competência atribuída por lei passam a exercer tal função, e do outro o compromitente, que necessita reenquadrar suas condutas às exigências legais.[25]

A **proposta** para celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC poderá ser **formulada** pelo interessado ou viabilizada de ofício pela autoridade competente para instauração de sindicâncias ou processos disciplinares (cf. art. 3º, Portaria AGU 248/2018 e art. 6º, IN CGU n. 2/2017).

Os atos normativos que possibilitaram a formalização de termo de ajustamento de conduta no âmbito do Poder Executivo Federal e da Advocacia-Geral da União estipularam que a celebração o TAC caberá à autoridade competente para **instauração** do respectivo procedimento disciplinar, devendo ser **homologado**posteriormente pela autoridade competente para a aplicação da penalidade de advertência (art. 3º, IN CGU n. 2/2017 e art. 7º, Portaria AGU 248/2018, respectivamente).

2.5 RESTRIÇÕES À CELEBRAÇÃO DE TAC

A Portaria AGU n. 248, de 10 de agosto de 2018 (Estabelece o Termo de Ajustamento de Conduta como meio alternativo à instauração de processo disciplinar nas hipóteses de irregularidades de menor potencial ofensivo), define as seguintes restrições à formalização do compromisso de ajustamento de conduta:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> Art. 2º O disposto nesta Portaria não se aplica nas seguintes hipóteses:
>
> I - indício de ocorrência de prejuízo ao erário;
>
> II - constatação de considerável prejuízo ao serviço público;
>
> III - notícia de fatos indicadores da prática de improbidade administrativa ou crime, ainda que não instaurado inquérito policial ou civil ou ajuizada ação judicial;
>
> IV - quando houver sido celebrado TAC nos últimos 2 (dois) anos, contados da homologação, pelo membro ou servidor administrativo interessado; e
>
> V - quando constar registro válido de aplicação de penalidade disciplinar nos assentamentos funcionais, nos termos do art. 131 da Lei nº 8.112, de 1990.
>
> §1º A presença de circunstâncias que justifiquem imposição de penalidade mais grave, a ser verificada no caso concreto, pode inviabilizar a celebração do TAC, em observância aos arts. 128 e 129 da Lei nº 8.112, de 1990.
>
> § 2º O prejuízo ao erário de valor irrisório não obsta a celebração do TAC.

A Instrução Normativa n. 2/2017 do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (Disciplina a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, no âmbito do Poder Executivo Federal), por sua vez, aponta no seu art. 4º os seguintes impedimentos à celebração de TAC:

> Art. 4º Não poderá ser celebrado TAC nas hipóteses em que haja indício de:
>
> I - Prejuízo ao erário;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> II - Circunstância prevista no art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, que justifique a majoração da penalidade; ou
>
> III - crime ou improbidade administrativa.
>
> §1º Nos termos da IN/CGU nº 04, de 17 de fevereiro de 2009, em caso de extravio ou danos a bem público, a apuração será realizada por meio de Termo Circunstanciado Administrativo - TCA.
>
> §2º Quando o prejuízo ao erário for de valor igual ou inferior ao limite estabelecido como de licitação dispensável, nos termos do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e não sendo aplicável o § 1º deste artigo, poderá ser celebrado TAC, desde que promovido o ressarcimento pelo agente responsável.
>
> §3º Os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal poderão regulamentar outras restrições à celebração de TAC, relacionadas à natureza de suas atividades.
>
> Art. 5° Não poderá ser firmado TAC com o agente público que, nos últimos dois anos, tenha gozado do benefício estabelecido por este normativo ou possua registro válido de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais.

Vistas de modo consolidado, as restrições à celebração de TAC apontadas nos normativos ora analisados dizem respeito às situações que apresentem:

a) Indício de prejuízo ao erário ou ao serviço público;
b) Crime ou improbidade administrativa;
c) Circunstâncias que justifiquem imposição de penalidade mais grave;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

d) Agente público haver firmado TAC nos últimos dois anos, tenha gozado do benefício estabelecido por este normativo contados da homologação;

e) Antecedentes (registro válido de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais).

Embora o art. 6º da Portaria AGU 248/2018 estipule que "A celebração de TAC não constitui direito subjetivo do interessado", atendidos os requisitos apontados nas normas de regência, parece ser direito do agente público envolvido a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, sendo que, eventual indeferimento por parte da Administração deve ser devidamente fundamentado e amparado nas restrições elencadas acima.

Reconhece-se, contudo, que o posicionamento doutrinário prevalente é no sentido de que a celebração de TAC se encontra inserida no âmbito do poder discricionário da Administração, dependo do exame da conveniência e a oportunidade de se firmar o ajuste levando em consideração o interesse público envolvido no caso concreto.

Léo da Silva Alves lista alguns questionamentos nominados como demarcadores da conduta e que servirão de norte para avaliação do cabimento da celebração do compromisso de ajustamento de conduta no caso concreto. Confira-se:

> Identifica-se no perfil do agente algum nível de perversidade (má-fé, desvio de caráter, desprezo com direito de terceiros)?
>
> a) O funcionário tem se mostrado pessoa de difícil relacionamento ou recalcitrante às orientações superiores?
>
> b) O fato foi praticado contra administrado, com consciente afronta aos direitos da cidadania?
>
> c) O fato foi praticado com nítido desafio ao principio da autoridade?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

d) A ocorrência gerou, objetivamente, comprometimento à regularidade dos serviços?

e) Houve lesão ao erário, sem reparação?[26]

Sobre a restrição nas hipóteses de improbidade administrativa, Waldo Fazzio Júnior vê esta vedação legal de forma relativizada, firmando entendimento no sentido de que na chamada "improbidade administrativa de bagatela" e nos casos de ressarcimento ao erário não lastreados em improbidade administrativa, se poderia realizar Termo de Ajustamento de Conduta, se levada em conta a incidência do princípio da insignificância.[27]

Por fim, cabe discutir importante questionamento: *o Termo de Ajustamento de Conduta pode ser adotado após a instauração de sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar?*

Sobre a questão formulada, a IN CGU n. 2/2017 aponta no §1º do art. 6º que: "Em procedimentos disciplinares em curso, o pedido de TAC poderá ser feito pelo interessado à autoridade instauradora até cinco dias após o recebimento da notificação de sua condição de acusado."

Na Portaria AGU 248/2018 consta que "Não poderá ser celebrado o TAC após instaurado o processo de natureza disciplinar." (art. 8º).

Da leitura dos normativos acima se extrai que, no âmbito da Advocacia-Geral da União, após a abertura de processo administrativo disciplinar, a descabe a celebração de TAC.

Já no âmbito do Poder Executivo Federal (atuação da CGU), o termo final para requerimento para celebração de TAC ocorre após cinco dias do recebimento da notificação do acusado.

Esclarece a CGU a respeito que "Os termos envolvido e investigado se referem ao servidor ainda não acusado, ou seja, apenas um interessado no processo. A partir do momento da notificação prévia devidamente assinada, o servidor passa a ser um acusado. Quando da finalização da instrução, caso a Comissão delibere pela indiciação do acusado, seguindo-

se a citação para apresentação de defesa escrita, passa-se a denominar o servidor de indiciado."[28]

Assim, a normatização do TAC no âmbito da CGU se deu de forma mais abrangente, possibilitando a formalização do compromisso de ajustamento da conduta durante o andamento do processo administrativo disciplinar. Tal escolha parece-nos mais condizentes com os princípios e finalidades que motivaram/fundamentaram a criação do TAC na esfera disciplinar.

Nesse sentido, confira-se a lição de Léo da Silva Alves:

> A Comissão processante, durante a investigação, pode perceber que seria mais adequado um TAC, recomendando nos autos que o servidor ajuste sua conduta por meio de um compromisso ético, firmado solenemente perante a autoridade administrativa. Nesse caso, o servidor precisa reconhecer expressamente a sua falta em termo de declarações ou no interrogatório. O processo disciplinar também pode ser sobrestado por um determinado tempo, no caso de aplicação do TAC. Com o efetivo cumprimento do que ficou ajustado o processo é arquivado. Caso não cumprido o compromisso no prazo e na forma estabelecidos, o processo disciplinar prossegue na sua tramitação.[29]

2.6 O MONITORAMENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS NO TAC

O art. 7º da Portaria AGU 248/2018 estabelece, entre outros requisitos, que o TAC deverá conter: a descrição das obrigações assumidas, o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações e a forma de fiscalização das obrigações assumidas.

Estabeleceu-se que o prazo de cumprimento do TAC não poderá ser superior a 2 (dois) anos. Assim, sobre o monitoramento das obrigações assumidas no TAC, nesse período, dispõe a dita Portaria AGU 248/2018 que:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

- O procedimento preliminar ou outro processo de natureza investigativa terá continuidade enquanto não homologado o TAC (art. 10);

- Após a homologação do TAC, o procedimento preliminar ou outro processo de natureza investigativa ficará suspenso, pelo prazo de dois anos, e se resolverá com a verificação, pela autoridade competente para a instauração do respectivo processo disciplinar, do cumprimento das obrigações nele estabelecidas (art. 10, parágrafo único);

- A celebração do TAC será comunicada à chefia imediata do agente público, com o envio de cópia do termo, para acompanhamento do seu efetivo cumprimento (art. 8º);

- No caso de descumprimento do TAC, o órgão competente adotará imediatamente as providências necessárias à instauração do processo de natureza disciplinar (art. 11);

- O TAC será registrado nos assentamentos funcionais do agente público e, após o decurso de dois anos a partir da data estabelecida para o término de sua vigência, terá seu registro cancelado. (art. 9º);

- O TAC será arquivado no âmbito do órgão competente pela sua celebração, após o cumprimento das obrigações assumidas (art. 9º).

- Declarado o cumprimento das condições do TAC pela chefia imediata do agente público, não será instaurado procedimento disciplinar pelos mesmos fatos objeto do ajuste (Art. 9° § 1º).

A IN CGU 2/2017 regulou o monitoramento as obrigações assumidas no TAC nos mesmos termos da Portaria AGU 248/2018 (cf. artigos 7º, 8º e 9º).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das análises realizadas, é possível extrair algumas conclusões principais:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

- A possibilidade de celebração do compromisso de ajustamento de conduta pela Administração não configura violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, caracterizando, ao revés, solução mais segura, mais ágil, mais econômica, que alcance a finalidade, sem necessariamente passar pelos complexo e custoso processo administrativo disciplinar;

- Diante do impacto do custo financeiro, entre outras razões de ordem pragmática, a instauração de processo administrativo disciplinar para apuração e eventual aplicação de penalidade a servidor que cometeu irregularidade funcional de menor potencial ofensivo, pode representar medida violadora do princípio da eficiência administrativa (art. 37, CRFB/88), cabendo o manejo de institutos alternativos como o termo de ajustamento de conduta para tratamento das irregularidades de menor potencial ofensivo;

- É consabido que a Administração Pública é jungida pelo dever de obediência aos princípios da eficiência e do interesse público, devendo, em razão disso, promover a racionalização dos procedimentos administrativos e responder às demandas disciplinares com presteza, economicidade e segurança jurídica. Nesse sentido, o compromisso de ajustamento de conduta pode configurar interessante ferramenta para tratamento pela Administração das situações configuradoras de irregularidades consideradas de pequeno potencial lesivo;

- O Termo de Ajustamento de Conduta é um instrumento formal, onde o gestor moderno operacionaliza o princípio que veio do direito alemão (princípio da discricionariedade da ação disciplinar), substituindo o processo tradicional, dispendioso e ineficiente por um compromisso moral que restabelece a ordem em curto prazo;

- As medidas adotadas pela AGU e CGU buscam garantir maior grau de eficiência administrativa no trato de questões disciplinares de menor ofensividade, pois, além de otimizar a utilização dos recursos humanos e a economia de recursos financeiros, o TAC permite uma resposta mais célere para desvios de conduta de baixa lesividade praticados por agentes públicos federais;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

- A implementação do compromisso de ajuste de conduta configura, pois, importante avanço no aprimoramento da gestão disciplinar, representando meio célere e eficiente de resolução alternativa de conflitos;

- Determinadas situações inviabilizam a celebração do termo de ajustamento de conduta (indício de prejuízo ao erário ou ao serviço público; crime ou improbidade administrativa; circunstâncias que justifiquem imposição de penalidade mais grave; antecedentes);

- O Termo de Ajustamento de Conduta permite uma resposta mais célere, além de otimizar a utilização dos recursos humanos e gerar economia de recursos financeiros;

- O acordo substitutivo (TAC) consiste em alternativa adequada para substituir o moroso e dispendioso processo administrativo disciplinar, devendo, portanto, ser incentivada a sua celebração nas hipóteses cabíveis.

REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. **Ajustamento de conduta e poder disciplinar**. Brasília: Rede, 2014.

ALVES, Léo da Silva**. Infração disciplinar: o dever de apurar.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2042, 2 fev. 2009. Disponível em: . Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Disponível em: . Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.112/90 de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: . Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético,

histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 13 de nov. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 14 de nov. 2018.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Portaria n. 248, de 10 de agosto de 2018**. Disponível em:.Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Instrução Normativa n. 2, de 30 de maio de 2017**. Disponível em: . Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Controladoria Geral do Distrito Federal. **Instrução Normativa n. 3, de 23 de setembro de 2016**. Disponível em: . Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº 200/1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública** – 6. ed. rev., atual. e aum. – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública: comentários por artigo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCIA, Emerson. Revista de Direito Administrativo/2017/Nº 141 - Setembro 2017/Parte Geral/Doutrinas/**A Consensualidade no Direito**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos. Conceito e Legitimação para Agir**. 7. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo – Editora Revista Dos Tribunais – 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades da atuação do Ministério Público**. Revista de Direito Ambiental, v. 41, p. 93, jan./mar. 2006. Disponível em: . Acesso em: 13 de nov. de 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017, p. 260.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NERY, Ana Luiza de A. F. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHOLZE, Victor. RDSA/2016/Nº 127 - Julho 2016/Parte Geral/Doutrinas/**A Realização de TAC Como Solução de Conflitos no Âmbito da Administração Pública**.

SCIORILLI, Marcelo. **Compromisso de ajustamento de conduta**. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Org.). Manual de Direitos Difusos. São Paulo: Verbatim, 2012.

NOTAS

[1] GARCIA, Emerson. Revista de Direito Administrativo/2017/Nº 141 - Setembro 2017/Parte Geral/Doutrinas/A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[2] http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/02/governo-firma-140-ajustes-de-conduta-com-servidores-que-cometeram-infracoes-leves. Acesso em 15/11/2018 - 22h30

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 91.

[4] ALVES, Léo da Silva. Infração disciplinar: o dever de apurar. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2042, 2 fev. 2009. Disponível em: . Acesso em: 15 nov. 2018.

[5] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 362.

[6] ALVES, Léo da Silva. Infração disciplinar: o dever de apurar. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2042, 2 fev. 2009. Disponível em: . Acesso em: 15 nov. 2018.

[7] CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública – 6. ed. rev., atual. e aum. – Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 606.

[8] MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades da atuação do Ministério Público. Revista de Direito Ambiental, v. 41, p. 93, jan./mar. 2006. Disponível em: . Acesso em: 13 de novembro de 2018.

[9] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública: comentários por artigo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 238.

[10] RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 152.

[11] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 217.

[12] Ibidem. Ob. Cit., p. 217.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[13] GARCIA, Emerson. RSDA/2017/Nº 141 - Setembro 2017/Parte Geral/Doutrinas/A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992.

[14] CARVALHO FILHO, José dos S. Ação Civil Pública: comentários por artigo. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 202.

[15] NERY, Ana Luiza de A. F. Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 216.

[16] ALVES, Léo da Silva. Ajustamento de conduta e poder disciplinar. Brasília: Rede, 2014.

[17] SCIORILLI, Marcelo. Compromisso de ajustamento de conduta. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Org.). Manual de Direitos Difusos. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 809.

[18] SCHOLZE, Victor. RDSA/2016/Nº 127 - Julho 2016/Parte Geral/Doutrinas/A Realização de TAC Como Solução de Conflitos no Âmbito da Administração Pública.

[19] GARCIA, Emerson. Revista de Direito Administrativo/2017/Nº 141 - Setembro 2017/Parte Geral/Doutrinas/A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992

[20] Disponível em: http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/servidor-que-praticar-infracao-menos-grave-podera-assinar-termo-de-ajuste-de-conduta. Acesso: 13/11/2018 – 19h56

[21] MORAES, Alexandre. Direito constitucional. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017, p. 260.

[22] SCHOLZE, Victor. RDSA/2016/Nº 127 - Julho 2016/Parte Geral/Doutrinas/A Realização de TAC Como Solução de Conflitos no Âmbito da Administração Pública.

[23] SCIORILLI, Marcelo. Compromisso de ajustamento de conduta. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Org.). Manual de Direitos Difusos. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 814.

[24]http://www.escoladegestao.pr.gov.br/arquivos/File/Estados_Brasileiros%20/Tocantins/Ensaio/termo_de_ajustamento_de_conduta_do_estado_de_Tocantins.pdf. Acesso em 15/11/2018 – 23h13.

[25] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos. Conceito e Legitimação para Agir. 7. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo – Editora Revista Dos Tribunais – 2011, p. 276

[26] ALVES, Léo da Silva. Ajustamento de conduta e poder disciplinar. Brasília: Rede, 2014, p. 172.

[27] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa. São Paulo: Atlas, 2012, p. 400.

[28] http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/fases-do-procedimento-disciplinar-inquerito#4. Acesso em 15/11/2018 – 22h50.

[29] ALVES, Léo da Silva. Ajustamento de conduta e poder disciplinar. Brasília: Rede, 2014, p. 172.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

A HERANÇA JURÍDICO-POLÍTICA DA MULHER NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

FERNANDO DOS SANTOS OLIVEIRA LOPES: Graduado em Direito; Pós-Graduando em Direito do Trabalho pela Faculdade Venda Nova do Imigrante; Mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade Européia del Atlântico - Uneatlântico.

RESUMO: Por muitos anos, a mulher sempre foi subjulgada, sem ter a menor proteção jurídico-politica por parte das instituições, sendo apenas reconhecidas como aquelas que nasceram apenas para serviços domésticos. Com a evolução do mundo moderno, as mulheres começaram a ganhar espaço no mercado de trabalho, buscando uma posição de igualdade com os homens referente a direitos e deveres, se deparando com um cenário de imensa desigualdade. Sendo o Direito Internacional do Trabalho o primeiro instituto a reconhecer e possuir justificativas na incansável busca pela justiça social e dos Direitos Humanos, reconhecendo ainda a desigualdade sofrida pelas mulheres no âmbito do Direito do Trabalho.

ABSTRACT: For many years, the woman has always been subjugated, without having the least legal-political protection on the part of the institutions, being only recognized as those that were born only for domestic services. With the evolution of the modern world, women began to gain space in the labor market, seeking a position of equality with men regarding rights and duties, facing a scenario of immense inequality. Being International Labor Law the first institute to recognize and have justifications in the tireless quest for social justice and Human Rights, while recognizing the inequality suffered by women in the scope of Labor Law.

PALAVRA CHAVE: Direito do Trabalho. Direito Internacional do Trabalho. Mulher. Direitos Humanos. Igualdade.

Key-word: Labor Law. International Labor Law. Woman. Human rights. Equality.

Introdução

Este artigo visa contemplar uma análise substanciada das questões atinentes à evolução histórica do trabalho da mulher no Brasil ao longo dos séculos. Fazendo uma reflexão dos pontos jurídico-políticos e inclusive sociais, os primeiros movimentos que tiraram as mulheres dos grupos de excluídos e dando voz a essa classe tão subjugadas pela sociedade.

Entretanto verificamos ainda que, as minorias que a história tentou calar a voz e apagar dos livros contemporâneos essa parte da nossa história, remontam um cenário jurídico-político, onde as mulheres, e outras classes foram de suma importância para a formação do nosso cenário atual, o nosso estado democrático de Direito.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, fora se utilizado parâmetros históricos e culturais, remetendo se ao cenário jurídico-político no qual a mulher vivia na época do Brasil Império, mostrando que o seu papel foi de suma importância para o desenvolvimento do país nas questões atinentes a desenvolvimento tanto jurídico, político, social, econômico e intelectual.

Contudo, após realizar esta análise pretérita de nossa história, podemos iniciar uma reflexão sobre as questões atuais que versam sobre o Direito Internacional do Trabalho Feminino, e todas as formas de discriminação contra as mulheres.

A HISTORICIDADE DA MULHER NO BRASIL IMPÉRIO

Desde os primórdios da humanidade, a mulher sempre foi considerada o ser inferior, o ser frágil, o ser de capacidade diminuída frente ao homem. Diante aos costumes da época, a mulher em tese não exerceria papéis de destaque, pois as mesmas dificilmente conseguiam adquirir a sua capacidade civil, pois desde seu nascimento se encontrava sob a responsabilidade direta de seu pai e posteriormente a de seu marido.

As mulheres não tinham vez quanto ao convívio no espaço público, há não ser acompanhadas por seus respectivos patriarcas, maridos ou irmãos, não tinham acesso à alfabetização, salvo as de famílias aristocratas,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

que enviavam as meninas para conventos, onde aprendiam a ler, escrever e a contar (apenas para a economia doméstica), além de bordar e coserem (sec. XVIII), exerciam tão somente as atividades domésticas inerentes a elas e nem possuíam direito sobre seus filhos, sendo o pátrio poder exclusivamente dos homens.

As mulheres em tal época, não eram vistas como um ser pensante, com vontades, desejos e muito menos opiniões, sendo lhe vetado praticamente todos os atos da vida civil, alcançado literalmente a sua emancipação após se tornarem viúvas e mesmo assim com ressalvas quanto aos bens deixados por seus maridos, o que era regulado diretamente pelo Estado, ente que possuía interesse direto na vida de tais mulheres.

Diante a este cenário que se perpetuou por séculos desde o período colonial até a abolição da escravatura, onde as mulheres negras passaram a ser autônomas, mesmo com restrições de direitos frente aos homens (ex-escravos), cujo quais passaram a ser cidadãos, exercendo seu direito a voto, aos poucos as mulheres foram saindo da domesticidade e exercendo papéis na sociedade como escritoras e professoras, deixando de lado a crença de um ser inferior, de que apenas nasceu pra casar, realizar serviços domésticos e cuidar dos filhos e marido.

AS PRIMEIRAS PERPESCTIVAS DA MULHER NO MUNDO DO TRABALHO

Com a implantação das fábricas no Brasil nos meados dos anos 1850, começou a iniciação formal da mulher no mercado de trabalho, mesmo vivendo ainda sobre uma sociedade totalmente machista, que continuava a achar que a mulher deveria apenas manter sua domesticidade sem frequentar os espaços públicos.

Neste período de iniciação industrial, ambos os homens e mulheres não possuíam nenhum tipo de proteção trabalhista, vivendo única e exclusivamente das regras impostas pelos proprietários das indústrias situadas no Brasil, que insistiam em manter o Estado longe de suas intercessões.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

As condições de trabalho exercidas por estas pessoas eram as mais aviltantes existentes a época, pois a jornada de trabalho poderia chegar a 18 horas por dia, não possuíam assistência em caso de acidentes, péssimos salários, entre outros, apesar das mulheres serem mão de obra em larga escala e aplicada, seu trabalho era considerado de menor valor, sendo seus salários mais baixos do que dos homens.

Mesmo estando sob condições totalmente análogas de trabalho, tanto homens como mulheres conseguem criar condições próprias de articulações de suas vidas e seus trabalhos, nesse diapasão, através de sólidas pesquisas, remontam um cenário onde homens e mulheres das classes trabalhadoras, demonstrando o que a historiografia do trabalho pouco menciona (POPINIGIS; SCHETTINI: 2009, v. 1, p. 7)[1], Inclusive a história do trabalho remontada no presente trabalho, traz a baila certos questionamentos, que ainda não se encontram respondidos até a presente data no que tange a discriminação entre homens e mulheres[2].

Tendo em vista o grande bloqueio que os empresários da época criaram, o poder público, passou a ter problemas de disciplinar e regulamentar as relações trabalhistas existentes a época. Uma vez que, os proprietários de negócios, estavam habituados a regulamentar suas próprias leis, gerando assim pequenos grupos, que estavam submetidos a verdadeira submissão pessoal e profissional, diante ao abandono do poder público, criaram espaços e maneiras de reivindicar melhores condições[3].

Tendo esses pequenos grupos de reivindicações, a repressão por parte do governo republicano, que não aceitava qualquer tipo de manifestação, cultural, política e que não haviam sido criadas do dia pra noite, assumindo uma nova forma de representação.

Dentro do prisma de perspectivas criado, as mulheres brasileiras começaram a criar grupos espelhados no mundo afora, como menciona em seu clássico da literatura feminista – A Vindication of the Rights of Woman (A Reivindicação dos Direitos da Mulher), por Mary Wollstonecraft, que relata a luta pela educação para meninas que aproveitasse seu potencial humano, que deviam ser educadas de forma racional para dar-lhes oportunidade de contribuir para a sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

AS PRIMEIRAS MUDANÇAS SIGNIFICATIVAS PARA COM AS MULHERES

A nossa primeira legislação específica sobre o ensino primário, após a independência, foi a lei de 15 de outubro de 1827, conhecida como Lei Geral, que padronizou as escolas de primeiras letras no país, contemplando a discriminação da mulher. Elas não aprendiam todas as matérias ensinadas aos meninos, principalmente as consideradas mais racionais como a geometria, e em compensação deveriam aprender as 'artes do lar', as prendas domésticas. Em relação ao pagamento, foi previsto na lei igualdade para os mestres e as mestras, contudo, a própria legislação posterior abriu brechas para que na prática as professoras ganhassem menos que os homens. O artigo 6 do decreto de 27 de agosto de 1831 determinava que os salários previsto em lei somente fossem percebidos por aqueles professores habilitados nas matérias de ensino indicadas na Lei Geral, por concurso. Os governos provinciais tinham a autorização de contratar candidatos não aprovados caso não houvesse nenhum aprovado, à condição de pagá-los com salários menores. Ora, não havendo escolas de formação para as meninas e não sendo ministradas todas as matérias nas escolas de primeiras letras femininas, podemos entrever que as moças eram possivelmente as candidatas contratadas ganhando menos.[4]

Fato curioso, a este respeito, nos informa HILSDORF sobre a contratação da primeira professora da província de São Paulo, Benedita da Trindade e Lado de Cristo. Passou no concurso estipulado pela legislação vigente, foi verificado se vivia com 'honestidade e bom comportamento público', recebeu a provisão régia para assumir em 29 de abril de 1828, e, para espanto de todos, não ensinava prendas domésticas às meninas em suas aulas. Foi interpelada pelas autoridades, mas continuou até aposentar-se sem preparar as meninas para os afazeres domésticos.

Em 1832, fora publicado por Nísia Floresta, o título *Direito das Mulheres e Injustiça dos Homens*, sendo a primeira brasileira a criticar e denunciar publicamente a superioridade masculina da época, inclusive afirmando que as mulheres são seres pensantes capazes, inteligentes e merecedoras de respeito. Em sua obra, a autora reforça a capacidade da mulher em assumir qualquer cargo liderança e qualquer outra função.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Após tal publicação, as mulheres passaram a ter outro ponto de vista sobre sua condição, como ser pensante e capaz como qualquer outro homem. Sendo criado em 1852, o primeiro jornal editado e dirigido por mulheres, o *Jornal das Senhoras*, fazendo duras críticas ao poder masculino instituído, e incentivando outras mulheres que não deveriam apenas aprender a tocar piano, bordar e costurar.

Outro grande avanço foi o advento da Lei 7.247, de 19 de abril de 1879, que permitiu o ingresso das mulheres nas instituições de ensino superior do País, apesar da publicação de tal Lei, muitas mulheres enfrentaram dificuldades em ingressar em certas instituições, sendo vítimas de preconceito por conta do seu sexo.

A GRANDE MUDANÇA NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS NO SÉCULO XX

Apesar de se ter conhecimento que as grandes potências da era moderna foram comandadas ou influenciadas por mulheres, podendo citar a rainha Elizabeth, da Inglaterra, Maria Stuart, da Escócia, Catarina, a Grande, czarina Russa, Rainha Vitória, da Inglaterra, entre outras, se verifica facilmente pela leitura histórica (que se faz necessária), que a mulher sempre enfrentou dificuldades em expor suas ideias, mesmo sendo referência, como acima citadas, fazendo um esforço enorme para serem reconhecidas.

Entretanto, no início do século XX, as mulheres começaram a obter voz, junto a sociedade machista e patriarcal, mesmo se tendo conhecimento de mulheres que cuidavam de suas casas e negócios deixados por seus falecidos maridos.

A maior prova de reconhecimento da igualde entre os sexos no âmbito do direito do trabalho se deu através da OIT – Organização Internacional do Trabalho, através da Conferência do Conselho Feminino, aprovou através de resolução a igualdade de salários entre homens e mulheres que exercem a mesma função, sendo tal igualdade não alcançada até os dias de hoje.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Dentro do prisma das relações trabalhistas, essa foi a primeira grande mudança, reconhecendo assim, a mulher como ser pensante e capaz de exercer funções até então exercidas apenas por homens, com o mesmo patamar de salário.

A Constituição Mexicana, fora a primeira Constituição consolidada no ano de 1917, sendo a primeira constituição consolidada no cenário mundial, a proteger os direitos trabalhistas, sendo seguida pela Constituição Alemã – Constituição de *Weimar* – no ano de 1919, trazendo como destaque os direitos trabalhistas.

Na Constituição do México, em seu art. 123 relacionava: a jornada de trabalho de até 8 horas diária; a jornada máxima noturna de até 7 horas; a proibição do trabalho de menores de 12 anos; a limitação da jornada de menor de 16 anos para 6 horas; o descanso semanal; a proteção a maternidade; o direito ao salário mínimo; a igualdade salarial; a proteção contra acidente de trabalho; o direito de sindicalização; o direito de greve, conciliação e arbitragem de conflitos; o direito à indenização de dispensa e seguros sociais.

Entretanto, a Constituição Alemã de *Weimar*, destacava; a participação dos trabalhadores nas empresas; a liberdade de união e organização dos trabalhadores para a defesa e melhoria das condições de trabalho; o direito a um sistema de seguros sociais; o direito de colaboração dos trabalhadores com os empregadores na fixação dos salários e demais condições de trabalho, bem como a representação dos trabalhadores na empresa.

No Brasil, a Constituição de 1934, trouxe algumas mudanças nas relações trabalhistas da época, mesmo tendo sido inspirada na Constituição Alemã de *Weimar* e na Constituição Americana, eleva os direitos trabalhistas ao patamar constitucional, normatizando o salário mínimo, jornada de trabalho de 8 horas diárias, férias, repouso semanal, pluralidade sindical (assegurando maior liberdade e autonomia), indenização por despedida sem justa causa, criação efetiva da Justiça do Trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Em 01 de maio de 1943, as leis que regulavam o Direito do Trabalho eram totalmente espaças, sendo neste dia realizado a junção de todas as normas que relacionavam as relações de trabalho, sendo criada o Decreto-Lei 5.452/43, sendo mais conhecida como CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SEUS AVANÇOS

Na Assembleia Constituinte de 05 de outubro de 1988, onde fora aprovada a nova Constituição Federal da República do Brasil, vigente até a presente data e conhecida como a Constituição Cidadã, colocou o ser humano como objeto principal da mesma, excluindo de vez o individualismo e valorando o coletivo e o social, resgatando de sobremaneira a dignidade humana.

Na seção das Garantias Fundamentais, elencadas em seu art. 5 e seguintes, o legislador deixa claro que homens e mulheres são iguais perante a lei, sendo o marco para a igualdade entre os sexos sem distinção, colocando a mulher como ser pensante e capaz de liderar e ocupar cargos ou funções antes só exercidas por homens.

Segundo CANEZIM (2007), o sexo feminino esteve sempre inferiorizado na ordem jurídica. A CFRB de 1988 superou esta afirmação de CANEZIM, excluindo totalmente toda e qualquer forma de desigualdade fundada no sexo, equiparando direitos e deveres de homens e mulheres, obrigando o Estado a possuir uma conduta extremamente ativa e positiva, no caso da aplicação de ações afirmativas.

O presente artigo centra-se na Constituição, mas lembrando da posição da mulher frente a legislação civil, que através dos tempos apresenta uma evolução que se estende da mais integral submissão (art. 6, do antigo Código Civil, que arrolava a mulher casada entre os incapazes), sendo sinônimo de total subjugação, sendo tratada como coisa, até a mais absoluta igualdade (arts. 226, 5?, da CFRB/88).

Vale lembrar que a Lei 4.121 de 1962 (Estatuto da Mulher Casada) e a Lei do Divórcio, reconheceram os direitos plenos da mulheres, colocando termo a vigência de todas as regras discriminatórias contra a mulher. Sendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

atingida a igualdade absoluta pela Constituição Federal se 1988, sendo posteriormente normatizada pelo Código Civil de 2002.

CONCLUSÃO

Apesar de exaustiva pesquisa para realizar o levantamento histórico e conceitual, observa-se que sempre houve uma verdadeira luta pelo direito de igualdade entre homens e mulheres, onde a mulher deixaria de ser coisa e passaria a ser pessoa.

Ao longo dos séculos, foram realizados diversos movimentos para tentar amenizar a discriminação sofrida pelas mulheres no âmbito internacional, movimentos esses com diversas ações afirmativas que elevaram o ponto de observação da mulher como ser pensante e capaz.

Seria leviano da minha parte afirmar que há sim igualdade fática entre homens e mulheres, mas observamos que, existe apenas igualde jurídica, e os preceitos favoráveis existem apenas para que se possa ocorrer uma igualdade no sentido jurídico.

Contudo, resta claro que quando se fala de ações afirmativas, estamos falando de ações que visam por termo a desigualdade, uma vez que, pode ocorrer efeito inverso a luta pela igualdade de direitos, o que também não configuraria justiça material.

Insta salientar que, no mundo contemporâneo, com a vasta legislação e conceitos afirmativos de que a mulher possui direito de igualde, se verifica facilmente que ainda se existe muito a se percorrer para a mudança de tal visão. Devemos colocar sempre a frente que, as mulheres ainda sofrem preconceitos mesmo velados.

No âmbito do Direito do Trabalho, a mulher possui direito de igualdade, sendo este direito conquistado através dos tempos, através de árdua luta por tal direito, sendo os fatos mais relevantes da história antiga e contemporânea sendo exercido por mulheres, que ainda perseguem este direito de igualdade até a data de hoje.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Sendo o papel das mulheres de extrema importância a formação da sociedade atual, mesmo ainda sofrendo preconceitos ou seja na sua vida social ou na sua vida profissional, sendo negra ou branca, tem que desempenhar atividades de extrema relevância para possuir visibilidade e respeito entre os homens.

REFERÊNCIAS BIBILIOGRÁFICAS

UM OLHAR NA HISTORIA: A MULHER NA ESCOLA (BRASIL: 1549 – 1910) Maria Inês Sucupira Stamatto – Programa de Pós-Graduação em Educação – UFRN

https://capricho.abril.com.br/vida-real/a-linha-do-tempo-do-feminismo-no-brasil-de-1827-a-2018/ Acesso em 05 nov. 2018

http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html, Acesso em 13 nov. 2018

https://brunnalotife.jusbrasil.com.br/artigos/111925458/a-evolucao-historica-do-direito-do-trabalho-no-mundo-e-no-brasil, Acesso em 13 nov. 2018

BALABAM, Alan. PEC das domésticas é um avanço na legislação**.** Conjur, São Paulo, jul/2013. Disponível em: ?http://www.conjur.com.br/2013-jul-20/alan-balaban-pec-domesticas-segue-câmara-deputados?. Acesso em: 13 nov. 2018.

COSTA, Helcio Mendes. A evolução histórica do direito do trabalho, geral e noBrasil**.** Juris Way, Belo Horizonte, out/2010. Disponível em: ?http:// http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4553?. Acesso em: 13 nov. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho**.** 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho**.** 13. ed. São Paulo, LTR, 2013.

HILSDORF, Maria Lúcia Spedo. Mestra Benedita ensina primeiras letras em São Paulo (1828- 58). In: Leitura e Escrita em Portugal e no Brasil,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1500-1970. II vol. Porto: Sociedade Portuguesa de Ciências da Educação, 1998. pp.521-528

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho**.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POPINIGIS, Fabiane. MARIA MINA E AS DISPUTAS PELO MERCADO DE TRABALHO EM DESTERRO, SÉCULO XIX. Revista de História Comparada (UFRJ), v. 07, p. 115-135, 2013.

POPINIGIS. AOS PÉS DOS PRETOS E PRETAS QUITANDEIRAS: EXPERIÊNCIAS DE TRABALHO E ESTRATÉGIAS DE VIDA EM TORNO DO PRIMEIRO MERCADO PÚBLICO DE DESTERRO ? 1840-1890. AFRO-ASIA, v. 46, p. 193-226, 2012.

POPINIGIS; SCHETTINI, C. . Empregados do comércio e prostitutas na formação da classe trabalhadora no Rio de Janeiro republicano. ArtCultura, v. 11, p. 47-64, 2009.

POPINIGIS, Fabiane; AMORIM, H. ; SILVA, J. . E.P.Thompson e a experiência da classe trabalhadora. In: Henrique Amorim; Jair Silva. (Org.). Classes e luta de classes - questionamentos contemporâneos. 1ed.São Paulo: Annablume, 2015, v. 1, p. 161-176.

NOTAS:

[1] Utilizamo-nos assim, de pressupostos que há tempos vêm sendo levantados por Marcel van der Linden em

favor do alargamento da concepção de classe trabalhadora em diálogos transnacionais ou em perspectivas

comparativas. Cf. Marcel VAN DER LINDEN, Marcel, "Globalizando a Historiografia das Classes Trabalhadoras e

dos Movimentos Operários: Alguns pensamentos Preliminares", *Trajetos – Revista de História da UFC*,

Fortaleza, vol.1, n.2, 2002. Em outro texto o mesmo autor observa que: "a classe trabalhadora inclui todos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

aqueles que realizam algum trabalho dependente sob o capitalismo, o que inclui escravos, assalariados,

indentured servents, e outros trabalhadores. Nossa interpretação 'moderna', de que a classe trabalhadora

constitui-se apenas de trabalhadores 'livres', é um produto da repressão histórica." Cf. VAN DER LINDEN,

Marcel, "Labour as the History of Multitudes" – Reviewing: Peter LINEBAUGH, Peter and REDIKER, Marcus, *The*

Many-Headed Hydra: The Hidden History of the Revolutionary Atlantic. Boston: Bacon Press, 2000, p.7.

[2] No caso brasileiro, esta periodização tendeu a excluir a experiência dos trabalhadores libertos e escravos,

como já demonstrou Silvia Lara. Cf. LARA, Silvia Hunold, "Blowin'in the wind: E.P.Thompson e a experiência

negra no Brasil", Projeto História, SP: out.1995 e LARA, Silvia Hunold, "Escravidão, cidadania e história do

trabalho no Brasil", Projeto História, SP. Fev.1998. No caso da Argentina, a periodização clássica da história

social do trabalho toma como marco o surgimento da chamada "questão social" a fins do século XIX,

coincidente com a imigração massiva. Conferir, por exemplo, SURIANO, Juan, "Introducción: una aproximación

a la definición de la cuestión social en Argentina", SURIANO, Juan (org.), La cuestión social en Argentina, 1870-

1943, Buenos Aires: Ed. La Colmena, 2000. Para o caso indiano conferir CHANDAVARKAR, Rajnarayan; "The

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

making of the Working Class': E.P.Thompson and Indian History", History Workshop Journal, spring 1997.

[3] 3 Este conceito de paternalismo se inspira nos estudos clássicos de Eugene Genovese e E. P. Thompson, mostrando que os dominados resistiam à exploração fazendo os dominantes pensarem que concediam, enquanto na verdade "cediam" à pressões. Cf. GENOVESE, Eugene, Roll, Jordan, Roll. The world the slaves made, Nova York, Randon House, 1974; THOMPSON, E.P., Costumes em Comum — Estudos sobre a cultura popular tradicional. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. Para uma análise detalhada dessa concepção de paternalismo no Brasil ver "A política cotidiana dos dependentes" em CHALHOUB,S., Machado de Assis, op.cit.

[4] . UM OLHAR NA HISTORIA: A MULHER NA ESCOLA (BRASIL: 1549 – 1910) Maria Inês Sucupira Stamatto – Programa de Pós-Graduação em Educação – UFRN.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

www.conteudojuridico.com.br

ALIENAÇÃO PARENTAL: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICABILIDADE DA LEI 12.318/2010 E AS FORMAS DE COMBATE E COIBIÇÃO

GONZALEIDE RODRIGUES DE SOUSA ASSIS:
Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo - Palmas/TO

ANDRÉIA AYRES GABARDO DA ROSA

(Orientadora)[1]

RESUMO: Um dos maiores problemas que as varas de família estão enfrentando atualmente é a Alienação parental resultante de conflitos familiares, ou melhor, do desfazimento do grupo familiar. O Legislador, visando garantir os direitos do menor, promulgou a Lei nº 12.318/2010 que estabelece as formas de coibir essa prática e cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, garantir o melhor interesse da criança. Este artigo tem como objetivo demonstrar como ocorre a Alienação Parental, quais são as formas de combate e como é a atuação do Poder Judiciário. Para elaboração do presente artigo, foi utilizada pesquisa bibliográfica a partir de livros e artigos publicados, além de doutrina específica. No primeiro capítulo será demonstrado como é exercido o Poder familiar, bem como quem são os detentores deste Poder, em seguida será destacado quais são os princípios aplicados nas situações de Alienação Parental com ênfase em resguardar o bem-estar do menor. Após, será discutido a Alienação Parental, conceituação, como ocorre e destacar pontos necessários para o entendimento da Lei 12.318/2010. E por último será abordado como se dá a atuação do Poder Judiciário e quais as formas de coibir e combater essa prática.

Palavras Chave: Criança e Adolescente; Alienação Parental; Poder Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o modo pelo qual o Poder Judiciário atua na aplicabilidade da Lei 12.318/2010 para coibir e combater a prática abusiva da alienação parental no

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

intuito de preservar a integridade psicológica das crianças e adolescentes.

As demandas pela tutela jurídica da integridade psicológica, enquanto emanação da personalidade humana tem crescido no âmbito do direito brasileiro, sobretudo em relação a sujeitos abarcados por estatutos especiais de proteção, como mulheres, crianças e adolescentes.

A Constituição Federal, em seu artigo 227, revela essa preocupação com o desenvolvimento psicológico do menor, e, por essa razão, prescreve que é dever do Estado, da família e da sociedade:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que "[...] o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente." O artigo 5º, por sua vez, reforça o princípio de que "[...] nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (BRASIL, 1990). Outrossim, consoante o artigo 18, "[...] é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor" (BRASIL, 1990).

Com o advento da Lei 12.318/2010, veio a lume um assunto cada vez mais recorrente no cotidiano forense, que muitas vezes passava despercebido entre os defensores dos direitos das crianças e adolescentes, o fenômeno da síndrome da alienação parental e alienação parental.

A presente norma trouxe em seu escopo um norte para atuação do Poder Judiciário nas formas de combater e coibir esse

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

fenômeno, cabendo ao magistrado ou representante do Ministério Público nos processos judiciais que envolvem as separações conjugais litigiosas e a disputa pela guarda dos filhos encaminhar a família com sintomas da alienação parental para a equipe multidisciplinar do Poder Judiciário detectar uma possível prática da alienação parental preservando assim, a integridade psicológica do menor.

A metodologia utilizada se deu por meio de pesquisa bibliográfica em doutrinas, artigos científicos e legislação vigente.

No primeiro capítulo deste artigo será demonstrado como o Poder familiar é desenvolvido e atuado, bem como quem são os detentores deste Poder, após será destacado quais são os princípios aplicados nas situações de Alienação Parental com ênfase em resguardar o bem-estar do menor. Após será abordado sobre a Alienação Parental, conceituação, como ocorre e destacar pontos necessários para o entendimento da Lei. E por último será investigado como se dá a atuação do Poder Judiciário e quais as formas de coibir essa prática.

2. DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO

2.1 Poder Familiar

O Poder familiar é um instituto que foi consagrado com a presente nomenclatura no Código Civil de 2002, porém está presente na sociedade desde que o homem passou a ser civilizado.

Pereira, *apud* Grisard Filho (2009, p. 33) conceitua o Poder Familiar como "O poder familiar é o todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens dos filhos e da família". Conforme exposto pelo doutrinador, é possível entender que o poder familiar é poder resultante dos direitos e deveres exercidos pelo pai à família e seus bens.

Essa definição é bem direta e completa, considerando que a Lei concede ao pai os direitos e deveres para com os filhos e o restante da família, direito de zelo, cuidado, bem como os deveres necessários para sua manutenção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> No decurso da menoridade falece ao ente humano a capacidade indispensável para prover as suas necessidades e reger sua pessoa e bens. É mister que alguém tome o infante sob sua proteção, que o alimente, que cultive os germens que lhe brotam no espírito; que, em uma palavra, o eduque, e zele e defenda seus interesses. Esta nobre missão a natureza confiou-a ao pai e á mãe. Pressupõe ele tanto em um como em outro, certos direitos sobre a pessoa e bens do filho. Estes direitos em seu complexo constituem o que se chama pátrio poder. (Pereira, 1910, p. 233, apud Grisard Filho 2009, p. 33-34)

Assim, pressupõe ao dono do poder a responsabilidade e capacidade de prover as necessidades da família, sendo o titular da responsabilidade de reger os bens e as pessoas daquela família.

Essa missão pode ser concedida tanto ao pai quanto à mãe, que dependendo de alguns fatores, poderão ser o detentor do poder familiar sobre a família, bens e pessoas como um todo. É sabido que historicamente esse poder é concedido à figura masculina da família, excluindo a figura maternal como responsável e titular detentora do poder familiar.

Com a evolução do presente instituto, o poder familiar passou a ser mais amplo, possuindo direitos e deveres, tanto aos filhos e bens, quanto igualando as condições e colaborações entre os pais.

Além dos doutrinadores, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu artigo 3º estabelece que:

> A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral,

> espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

São os pais os responsáveis em garantir os direitos fundamentais de seus filhos, considerando que os mesmos não possuem meios para satisfazê-los. Necessário salientar que os filhos não podem possuir a autoridade do poder familiar, a figura deve ser exclusivamente aos pais.

O Código Civil de 2002 elucida que o poder familiar possui um caráter de proteção, com deveres inerentes ao "cargo" de titular do poder familiar. A característica marcante desse poder é assegurar de fato a proteção das gerações futuras, que é a base da sociedade futura. Ishida consegue elucidar exatamente as características do presente poder, conforme segue

> O pátrio poder apresenta características bem marcantes:
>
> a) É um múnus público, uma espécie de função correspondente a um cargo privado (poder-dever);
> b) É irrenunciável: dele os pais não podem abrir mão;
> c) É inalienável: não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso, todavia, os respectivos atributos podem, em casos expressamente contemplados na lei, ser confiados a outra pessoa (ou seja, na adoção e na suspensão do poder dos pais);
> d) É imprescritível: dele não decai o genitor pelo simples fato de deixar de exercê-lo, somente poderá o genitor perde-lo nos casos previstos em lei;
>
> É incompatível com a tutela, o que é bem demonstrado pela norma do parágrafo único do artigo 36 do Estatuto da Criança e do adolescente (2004, p. 50).

O poder familiar é a afirmação do compromisso perante a família e a sociedade ao exercício do mesmo, resguardando os direitos e deveres daquela família.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

O exercício do poder familiar está bem elucidado no Código Civil em seu artigo 1634:

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
>
> I - dirigir-lhes a criação e a educação;
>
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
>
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem
>
> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior
>
> V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
>
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
>
> VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
>
> VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
>
> IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O Legislador preocupou-se em delimitar exatamente as hipóteses que competem ao detentor do poder familiar exercer. O detentor do poder familiar não é eterno, existe a possibilidade de perda e extinção, essas hipóteses estão descritas no artigo 1635 do atual Código Civil:

> Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
>
> I - pela morte dos pais ou do filho;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
>
> III - pela maioridade;
>
> IV - pela adoção;
>
> V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Além de também:

> Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
>
> Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Ao analisar a legislação acerca desse tópico é notório que o Legislador teve a preocupação de resguardar e proteger os direitos das crianças e adolescentes como detentor do futuro da sociedade.

2.2 Princípios aplicáveis

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, é um princípio considerado fundamental por nossa Carta Magna, regendo e devendo ser respeitado, por todo o ordenamento jurídico Brasileiro. É considerado o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito. É impossível uma compreensão intelectual apenas desse princípio, pois este, assim como todos os outros tratados neste estudo, é sentido no plano dos afetos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, dá origem a todos os demais princípios. No dizer de Daniel Sarmento (p. 205), "o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade."

A Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana, de tal modo que colocou a pessoa humana no centro protetor do direito. Sendo este princípio, um norte para a criação das leis e para sua ação positiva.

Assim, dentro do direito de família, este visa garantir que todos os membros da família tenham um pleno desenvolvimento.

. Merecendo principalmente a proteção por esse princípio a criança, partindo da premissa da sua vulnerabilidade. Como afirma Paulo (1999, p. 45), "o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança, do adolescente e do idoso, com sua família, com a sociedade e com o Estado". Sendo então, dever do Estado e de todos os membros da sociedade, assegurar a dignidade dessas pessoas. Este dever é trazido pela lei maior Brasileira, a Constituição Federal, em seu artigo 227 em relação à criança e ao adolescente, que dispõe:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos (BRASIL, 1988)

Ainda, no artigo 3º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança diz que:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

A criança é a parte mais vulnerável de uma relação, sendo os que mais precisam de cuidados e atenção por parte do Poder Público, a fim de garantir o acesso aos direitos fundamentais a eles inerentes.

Esse princípio não está disposto em nenhuma normativa, mas ainda assim deve ser considerado, partindo desse princípio existem outros que complementam melhor seu entendimento.

A Constituição Federal como Livro máximo da Legislação Brasileira resguarda a proteção da família, ocorre que existem fatores que não dependem somente da Legislação para ter sua total proteção.

Muitas vezes uma família não pode atender as necessidades básicas para os filhos por viverem em situações precárias. Sendo assim, não basta ser somente pai e mãe, mas sim fazer com que o menor cresça num ambiente de carinho, que seja assegurado o direito à vida e a saúde. Caso a família originária não seja capaz de atender esse princípio, o Estado assegura que ele seja alcançado com uma outra família.

Quanto ao princípio da afetividade, a família, em seus moldes atuais e contemporâneos, ganhou novas funções, finalidades e diversas composições. Com os grandes acontecimentos sociais, ela deixou de ter um caráter meramente econômico e de procriação, assumindo novas representações sociais consagradas pela solidariedade. Pode-se dizer que a interdependência e o afeto entre os membros da família, superou o modelo patriarcal, o que levou este modelo familiar à extinção.

Para Paulo Lôbo (1999, p. 250 a 251), "princípio da afetividade é fato jurídico-constitucional, pois é espécie do princípio da dignidade humana e emerge das normas [...], que o sistematizam". Porém, por mais que a Constituição tenha protegido o afeto, esta palavra não se encontra no texto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

constitucional. Mesmo assim, Paulo Lôbo (1999), identifica na Constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade:

> (a)a igualdade de todos os filhos independente da origem (CF 227 § 6º) ;
>
> (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5º e 6º);
>
> (c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4º) e (d) o direito à convivência família como prioridade absoluta da criança, do adolescente, do jovem e do idoso (CF 227).

Entende-se então, que os laços de afeto derivam da convivência familiar. Desta forma, os juristas começaram a cogitar a afetividade como princípio, buscando então, explicar as relações familiares da atualidade.

Diz João Baptista Villela,

> As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor (VILLELA, 2011, p. 645).

O afeto acaba por ser bem mais que um elemento nas relações familiares, ao ser considerado como princípio; ele é o valor primordial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

inerente a estas relações devendo ser encarado, junto ao princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio regulador de todo o Direito de Família (VIANNA, 2011).

2.3 O DIVÓRCIO E AS MODALIDADES DE GUARDA

A família é a base da sociedade, devida a isso ela possui uma proteção especial do Legislador, já na Constituição Federal e nas demais normativas, MORAIS (2013, p. 870) ressalta que "a família é a base da sociedade e, constitucional e legalmente, tem especial proteção do Estado",

Ocorre que a dissolução da sociedade conjugal deve, necessariamente, resguardar a convivência dos filhos oriundos da relação, tanto em caso dissolução de casamento ou mesmo de uma relação esporádica.

A legislação procurou atentar em proteger os filhos e alterou alguns artigos do Código Civil promulgando a Lei nº 11.698/2008 que regulamenta a Guarda Compartilhada. A presente Lei teve um importante papel no que tange a proteção dos filhos e o que é relacionado a guarda dos mesmos.

De acordo com a Lei a guarda é concedida ao cônjuge que tiver mais afeto e melhores condições para exercê-la, mas a Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977 dizia que a guarda deveria ficar com quem não tivesse dado causa à separação, sem antes analisar o que fosse melhor para o filho.

O artigo 1.583 do Código Civil institui as modalidades de guarda: "A guarda será unilateral ou compartilhada."

No caso de ser estipulada a guarda unilateral vale descrever o disposto no parágrafo 5º do artigo 1.584 do Código que diz:

> Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Ou seja, não necessariamente será um dos genitores que poderão ter a guarda dos filhos, e sim um terceiro que se enquadre no estipulado artigo, bem como o disposto no parágrafo segundo do artigo 1.583 do referido Código:

> § 2 A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:
>
> I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
>
> II – saúde e segurança;
>
> III – educação

Mesmo que a guarda não seja de um dos pais, os mesmos ainda detém a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos.

Já no caso da guarda compartilhada, os pais irão dividir o Poder Familiar dos filhos, ambos terão responsabilidades sobre eles, conforme disposto por Maria Berenice:

> Falar em guarda pressupõe a separação dos pais, o fim do relacionamento dos pais não pode levar à cisão dos direitos parentais. O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência do filho com ambos os genitores (DIAS, 2010, p. 433)

Assim, os pais podem não estarem mais casados e extinguirem a relação de forma consensual. Em audiência, o Juiz irá estipular a guarda, seja ela compartilhada ou unilateral, mas cabe a ele informar que a guarda compartilhada tem uma grande importância para os filhos, conforme os parágrafos 1º e 2º do artigo 1.584 do Código Civil:

> § 1 Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.
>
> § 2 Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

O juiz tem a obrigação de verificar qual será a melhor convivência para os filhos, para que mesmo não havendo mais o vínculo conjugal, haja o crescimento ao lado de ambos os pais.

A Legislação Brasileira, com ênfase no Código Civil, esclarece que, havendo a dissolução da sociedade conjugal, é dever do Estado proteger os filhos, bem como todos os seus direitos, sendo eles bens, herança, mas principalmente o direito de ter a convivência com ambos os pais.

Essa modalidade de guarda impõe que ambos os pais possuem responsabilidade sob os filhos, ambos tomam decisões quanto ao bem-estar, educação e criação do menor.

Tem por objetivo tentar que o convívio com os pais seja semelhante ao convívio que havia antes da dissolução da sociedade conjugal e oportunizando que ambos os pais tenham autoridade sob os filhos.

A instituição da Guarda Compartilhada é uma das formas de unir os pais e conceder a possibilidade de terem comum exercício frente aos filhos, contribuindo para uma igualitária autoridade parental. Portanto, com essa possibilidade de guarda é uma forma de coibir a alienação parental.

2.4 Aspectos Referentes à alienação parental

Quando não existe o equilíbrio entre o casal no momento da sua dissolução, pode ser iniciada a alienação parental, no qual predomina a existência de sentimentos como ódio, sofrimento e traição, o que oportuniza na desmoralização do cônjuge, que é considerado responsável pela separação.

Fato é que o casal após a decisão de separação encontra-se em situações de fragilidade e vulnerabilidade, principalmente psicológica. Desta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

forma, acredita-se que o desequilíbrio emocional de um ou ambas as partes, termina afetando os filhos que são considerados as partes mais frágeis da relação.

Conforme estudos realizados é possível concluir que para a caracterização de atos de alienação parental é primordial a figura de pelo menos um genitor alienador, um genitor alienado e um filho alienado. A primeira denominação é dada àquele que usa de todos artifícios possíveis para desmoralizar o genitor alienado. Observa-se, ante a todo o contexto vigente e às diversas pessoas envolvidas, que o alienador não se restringe exclusivamente ao genitor, mas pode ser representado por qualquer membro integrante da família. O filho alienado é utilizado como instrumento que absorve e toma para si os sentimentos negativos do genitor alienador. Por outro lado, o genitor alienado, também vítima deste fenômeno, é aquele que sofre os efeitos de alienação devido ao afastamento do convívio familiar (DIAS, 2013).

Após o destaque de conceitos, identificação e efeitos que trazem a alienação parental para as pessoas envolvidas do grupo familiar, faz-se necessário analisar a síndrome da alienação parental, sendo esta associada ao nome do professor Richard Gardner, por ter sido este o primeiro a definir tal fenômeno em 1985 nos Estados Unidos, para só depois ser difundida na Europa por François Podevyn (TRINDADE, 2010).

Segundo Trindade, o conceito de síndrome da alienação parental (SAP) é:

> [...] um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos mediante diferentes formas e estratégias de autuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição (TRINDADE, 2010, p.196 *apud* DIAS, 2013, p. 22).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A SAP em outras palavras é considerada um conjunto de sinais e sintomas presentes no ambiente vigente de separação capazes de atingir várias partes envolvidas, isso provoca o afastamento entre genitor alienado e o menor alienado. Geralmente a síndrome passa a existir por certos motivos já conhecidos pelo casal, mas tem seu ponto culminante na separação ou divórcio. Tendo em vista que alguns casais não conseguem superar o luto da separação ou manter a maturidade necessária para seguir a vida, há o aparecimento do inconformismo, o qual leva o cônjuge alienador a atingir o outro. E assim obtêm-se todos os elementos propícios para a instalação da referida síndrome.

Esta síndrome possui efeitos drásticos, capazes de mudar a personalidade da criança, desenvolver problemas psiquiátricos, tais como, medo, depressão e desconfiança do mundo e das relações afetivas, o que proporciona a necessidade de um tratamento especial.

Em se tratando de consequências dessa síndrome, observa-se ainda que uma delas é a própria alienação que a criança ou adolescente sofre ao ser incumbido de escolher um dos genitores, o qual poderá mais facilmente programá-lo a acreditar que o genitor alienado é uma pessoa má, capaz até mesmo de praticar atos de violência e abuso sexual (TRINDADE, 2010).

O psicólogo Douglas Darnall (*apud* CARPES, 2013) descreve que a alienação parental é uma fase anterior a SAP, momento em que ainda não está inserido na mente da criança os sentimentos advindos do alienador em relação ao alienado. Sendo, portanto, uma fase centrada no comportamento parental.

Levando-se em consideração que a prática desses atos de alienação é um desrespeito aos direitos da criança e caracteriza o descumprimento do poder familiar, por causa da incapacidade do genitor de tutelar os interesses dos filhos e de proporcioná-lo um ambiente saudável de convivência familiar, torna-se imprescindível a intervenção estatal para que este alienante seja punido.

É importante salientar que a Lei nº 12.318/10 veio com o intuito de prevenir a alienação parental, sendo assim, as medidas judiciais dispostas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

no Art.6º da referida lei são aplicadas nos casos considerados leves, de pequeno sinal ou de indícios. São elas:

> Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:
>
> I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
>
> II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
>
> III - estipular multa ao alienador;
>
> IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
>
> V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
>
> VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
>
> VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Outro importante aspecto que deve ser ressaltado é no que tange a responsabilização que pode ser de cunho civil e criminal, como está prevista na Lei da Alienação Parental.

Após analisar o exposto é certo que a responsabilidade civil é composta por três elementos para sua configuração, entre eles: a culpa ou conduta antijurídica; a existência do dano; e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta antijurídica. Neste caso, a conduta antijurídica seria a conduta do suposto alienante, que causa danos psíquicos e emocionais à criança, com o correto nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Há ainda a existência da indenização material que equivale a todos os gastos no tratamento com a criança que está sendo alienada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

A responsabilização penal se refere ao que foi dito acima no que tange a falsas denúncias de violência sexual, ato libidinoso, calúnia e até mesmo o abandono de incapaz.

Assim, é clarividente a dimensão e a gravidade deste problema que afeta diretamente as crianças e adolescentes. É perceptível que este fenômeno infelizmente está presente em meio à sociedade e pode se tornar constante caso não haja as cautelas necessárias de forma a impedir a progressão da alienação parental; pode ser inclusive identificado, devido aos atos característicos do alienador, com atitudes específicas que são tomadas, os efeitos causados e as consequências devastadoras no núcleo familiar.

2.5 Considerações sobre a Lei 12.318/2010

A lei teve o intuito de definir juridicamente a alienação parental, para afastar a interpretação de que tal prática não acontece, ou não existe sob o aspecto jurídico e também para trazer um exame aprofundado em hipóteses dessa natureza, permitindo assim, maior grau de segurança aos operadores do Direito na caracterização deste fenômeno. Maria Berenice Dias (2013) acredita que é de extrema relevância que o ordenamento jurídico brasileiro incorpore a expressão alienação parental, para que se reconheça e iniba de forma clara esta modalidade de abuso, que, em alguns casos, corresponde ao próprio núcleo do litígio entre ex-casal.

Nesse ponto supramencionado, o legislador inspirou-se em elementos trazidos pela Psicologia, mas não se baseou apenas neste elemento, pois cria instrumento com disciplina própria, que se destinaram a viabilizar uma atuação ágil e segura do Estado em casos de abusos definidos como Alienação Parental.

Nesse sentido, sob o aspecto jurídico, a lei considerou por alienação parental a interferência abusiva na formação psíquica da criança e do adolescente para que repudie o genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou manutenção de vínculos com este.

A lei não trata o processo de alienação parental como patologia, mas sim como uma conduta que necessariamente merece a intervenção do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Estado, mas não estabelece de forma clara sua natureza (MADALENO, 2013).

No entanto, a cogitação de atitudes que caracterizam os atos de alienação parental, são diversos e impossíveis de serem descritos com exatidão em um rol taxativo, pois abrange as mais variadas formas de se conduzir o processo de abuso, todavia, sob a ótica do Direito, deve-se haver uma razoabilidade para com a definição do ato. Para garantir o direito das crianças nas situações de separações danosas, foi estabelecido que os sinais capazes de identificar a presença da alienação parental ocorrem no período em que há absorção de ideias falsas contra o genitor alienado, e se inicia o ataque por meio da rejeição ou do afastamento. O menor acolhe todas as ofensas e toma para si as opiniões do alienante, isso desperta sentimentos como o ódio e faz do genitor alienado um verdadeiro estranho. Desse modo, o genitor alienado sofre os efeitos da alienação parental provocada pelo alienador por meio da influência nos sentimentos e dia a dia dos filhos, ao dificultar as visitas e omitir informações.

Ainda no artigo 5º dispõe quanto a hipótese de realização de uma perícia psicológica ou biopsicossocial para a caracterização de alienação parental que é feita por meio de profissionais capacitados ou por meio de uma equipe multidisciplinar com psicólogos, psiquiatras, pedagogos e assistentes sociais.

Além disso, o texto da lei diz que o juiz, quando notar consistência no relato da ocorrência de alienação parental, deve tomar medidas cautelares para proteger o interesse da criança. Como por exemplo, a prioridade de tramitação dos autos que envolvam tal suspeita, pois a demora pode ser aliada da prática da alienação parental.

Entre as medidas cautelares, existe a grande preocupação de assegurar a convivência assistida entre o genitor acusado praticar todas as formas de abuso à criança ou ao adolescente, salvo os casos que tragam iminente prejuízo para os mesmos. O rol de medidas de proteção pode ser aplicado de forma cumulativa em uma mesma ação, portanto, a lei representa um instrumento de prevenção contra a alienação parental, pois tem caráter educativo e fomenta o debate sobre o tema, gerando assim,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

conscientização social, trazendo o Estado medidas que podem ser adotadas para combater ou diminuir o processo de abuso.

Ademais, não se confunde guarda compartilhada com alienação parental. Entretanto deve-se reconhecer que o advento da guarda compartilhada, que tem como objetivo fundamental, garantir equilíbrio da participação de pai e mãe na formação de seus filhos, tem representado um importante instrumento, que tem tido grande eficácia, no combate a alienação parental.

2.6 Como o judiciário tem aplicado a Lei 12.318/2010 nos casos concretos

Os casos de Alienação Parental, já são muito delicados, e termina ficando ainda mais quando recorrem ao Poder Judiciário. O magistrado depara-se, de um lado, com o dever de tomar imediatamente uma atitude e, de outro lado, com o receio de que a denúncia possa não ser verdadeira. Neste caso, poderá colocar a criança em uma situação traumática, já que ficará privada do convívio com o genitor que não lhe causou mal algum.

Para que o juiz possa analisar e aplicar a Legislação ao caso concreto, o mesmo não poderá atuar somente de forma técnica nos processos que envolvem família; principalmente com os casos de Alienação Parental, é necessário a pessoalidade e delicadeza do juiz, conforme destacado por Perez:

> A lei, portanto, não trata do processo de alienação parental necessariamente como uma patologia, mas como uma conduta de intervenção judicial, sem cristalizar única solução para o controvertido debate acerca de sua natureza. À definição jurídico estrita, acrescentam-se, como hipótese de alienação parental as assim caracterizadas por exame pericial, além de outras previstas em um rol taxativo em lei. Tal rol tem o sentido de atribuir ao aplicador da lei maior grau de segurança para o reconhecimento da alienação parental, quando for o caso, ou de seus indícios (PEREZ, 2010, p. 70).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Para que o juiz possa fazer a sua atuação com excelência, ele conta com alguns órgãos auxiliares e profissionais forenses, como os psicólogos, psiquiatras e assistentes socais, que através de seus conhecimentos científicos e clínicos irão realizar a análise específica de cada caso.

A realização da perícia, mencionada no Artigo 5º da Lei 12.318/2010, se torna indispensável para a averiguação da ocorrência da Alienação Parental e irá auxiliar ao juiz na tomada de julgamento, pois será aliado com as demais provas.

Ao analisar os casos de alienação parental é fato que as maiores vítimas são as crianças e que a não interferência poderá causar danos irreversíveis às mesmas, portanto é necessária uma ação mais eficaz para coibir essa prática, afim de resguardar a convivência de forma saudável com ambos os genitores.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos principais problemas enfrentados pelo direito de família, na atualidade, são os casos de alienação parental, que se não houver nenhum tipo de coibição pode causar danos irreversíveis para as crianças e adolescentes.

A Alienação Parental é considerada uma conduta antijurídica, pois o seu dano, passível de reparação, ocorre na esfera imaterial ou não patrimonial, já que o bem afetado é o aparelho psíquico dos filhos.

Levando em consideração a gravidade e necessidade de respaldo na proteção da criança e do adolescente, foi publicada a Lei nº 12.318/2010, aprovada por unanimidade no Congresso Nacional, trazendo em seu bojo o conceito de Alienação Parental, discorrendo os sujeitos envolvidos nesse processo, os meios judiciais cabíveis para alegá-la, como executá-la e suas consequências práticas.

A alienação parental é um problema que está inserido no meio da sociedade, passando por muitas vezes despercebida pelo Poder Judiciário, mas é uma prática que necessita ser combatida.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A partir da Legislação que criminalizou a conduta, o Estado pôde atuar de forma mais energética no combate, delicado por um lado com o dever de tomar imediatamente uma atitude e, de outro lado, com o receio de que a denúncia possa não ser verdadeira. O magistrado deve atuar com toda cautela ao analisar os processos envolvendo conflito nas dissoluções conjugais que envolvem a guarda dos filhos para não traumatizá-los ainda mais.

É difícil identificar se os fatos denunciados existiram ou não, mais difícil ainda é reconhecer se está diante da Síndrome de Alienação Parental ou se a denúncia foi levada a efeito por espírito de vingança, como meio de acabar com o relacionamento do filho com o genitor alienado. Daí surge a necessidade da capacitação da justiça para que possa distinguir o sentimento de ódio, a ponto de produzir falsas memórias, com o só intuito de afastar a criança do genitor alienado.

Difícil, mas não impossível, pois com a aprovação da lei da guarda compartilhada, da Lei da alienação parental e a eficácia do Poder Judiciário é possível tomar uma decisão visando o melhor interesse da criança.

É fato que a Alienação Parental é um assunto delicado que necessita que os operadores do direito atuem com zelo e cuidados para que o direito de convivência das famílias envolvidas seja restituído.

4 REFERÊNCIAS

BARDELO, Claudia Gay. **A Alienação Parental do Idoso, do Adolescente e da Criança**. In: CRISTIANO CHAVES DE FARIAS. Família e sucessões sob um olhar prático. Porto Alegre: Letra & Vida, 2013.

BRASIL. **Alienação Parental**: Lei Federal nº 12318, de 26 de Agosto de 2010.

BRASIL. Código Civil, 2002. Código civil. 53. ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

BRASIL. Constituição (1988).**Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei Federal nº 8069, de 13 de Julho de 1990.

DIAS, Maria Berenice (coord.) **Incesto e Alienação Parental:** De acordo com a Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental). 3º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice; **Manual de direito das famílias.** 9 ª ed. ver., atual e ampl.. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena; **Curso de direito civil brasileiro:** 5 Direito de Família. 23ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, Marcos; **Alienação Parental: Restituição Internacional de Crianças e Abuso do Direito de Guarda**. 1º ed. Fortaleza: Leis&Letras,2010.

FIGUEIREDO, Fabio Vieira. **Alienação Parental:** aspectos materiais e processuais da Lei 12.318 de 26-8-2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**(2002) Tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: . Acesso em 06 set 2018.

GARDNER, Richard A., **Síndrome de Alienação Parental (PAS):**

Disponível em: Acesso em: 15 out 2015.

GOMES, Jocélia Lima Puchpon. **Síndrome da Alienação Parental:** O Bullying Familiar. 1ª ed. São Paulo: Imperium, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf; **Síndrome da Alienação Parental:** a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREZ, Elizio Luiz. Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver. In: Dias, Maria Berenice (Coord.) Breves Comentários

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

acerca da Lei da Alienação Parental. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo; **Direito Civil: Direito de Família**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NA RESSOCIALIZAÇÃO DO MENOR INFRATOR

MAGNA TAVARES COSTA: Acadêmica do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

LUCIANA AVILA ZANOTELLI

(Orientadora)[1]

RESUMO:O presente artigo tem como objetivo apresentar as medidas socioeducativas na ressocialização do menor infrator. A delinquência juvenil é um tema multidisciplinar muito discutido na doutrina do Direito, na Psicologia, na Sociologia e em várias outras áreas, pois o menor deixou de ser objeto de direito para tornar-se sujeito de direito após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 (CRFB/88) e foi reafirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Verificou-se que, o processo socioeducativo das medidas não pode a pretexto de socializar o adolescente, ter como proposta, tratá-lo ou transformá-lo, pois dessa forma, ele seria despersonalizado e desconhecido em sua singularidade. Assim, é fundamental respeitá-la, inclusive, levando-se em consideração todo o contexto social e suas experiências de vida. Contudo, apesar dos avanços nos debates sobre medidas socioeducativas, não se pode dizer que sua aplicação esteja cumprindo a finalidade proposta, vez que a escassez nos serviços públicos atrapalha para a ressocialização. Isso acontece porque na sociedade mantém-se a crença de que adolescente infrator não tem jeito, por isso, a ressocialização parece uma utopia e não uma realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas socioeducativas, Ressocialização, Menor infrator.

ABSTRACT : The present article aims to present socio-educational measures in the resocialization of the juvenile offender. Juvenile delinquency is a multidisciplinary subject much discussed in the doctrine of

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Law, Psychology, Sociology and in several other areas, since the minor is no longer subject to the right to become a subject of law after the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Brazil in 1988 (CRFB / 88) and was reaffirmed in the Child and Adolescent Statute (ECA). It is a qualitative research, carried out by means of a deductive method and a technical bibliographical and documentary procedure. It was verified that, the socioeducative process of the measures can not on the pretext of socializing the adolescent, have as proposal, treat it or transform it, therefore in this way it would be depersonalized and unknown in its uniqueness. Thus, it is fundamental to respect it, including taking into consideration the whole social context and their life experiences.However, despite the advances in the debates on socio-educational measures, it can not be said that their application is fulfilling the purpose, since the shortage in public services hinders re-socialization. This is because in society there is a belief that teenage offenders have no way, so resocialization seems a utopia and not a reality.

KEY WORDS: *Socio-educational measures, Resocialization, Minor offender.*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar as Medidas Socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e verificar, frente à importância da ressocialização e também da garantia dos direitos do menor infrator, se as mesmas se mostram capazes de atender aos interesses do menor e da sociedade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, simboliza um marco de suma importância na solidificação dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, tratando não somente do poder do Estado sobre os mesmos, mas também do dever do Estado na garantia dos seus direitos, sendo tal conquista oriunda de um processo principiado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Na história do menor infrator na legislação brasileira o ECA substituiu concepções obsoletas do Código de Menores, como as de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

discernimento, culpabilidade, penalidade, responsabilidade, pátrio poder, trazendo um novo paradigma de assistência à criança e ao adolescente, sob uma nova visão educacional. Com objetivo de regenerar e educar abandonou a postura equivocada de reprimir e punir, trazendo a ideia de que questões relativas aos menores deveriam ser abordadas fora da perspectiva criminal, isto é, fora do Código Penal (VERONESE, 1999, p. 27).

Com a finalidade de interceder de maneira positiva no desfortunio de exclusão vivenciada pelos jovens brasileiros, o ECA possui duas propostas essenciais, a primeira visa assegurar que os menores (crianças e/ou adolescentes), passem a ser detentores de direitos e não simples objetos de ingerência do poder familiar e/ou do Estado e a segunda é a criação de uma política inovadora, voltada para o acolhimento da infância e juventude, esclarecida pelos princípios elencados na CRFB/88.

Neste diapasão, existe uma enorme polêmica quanto ao caráter das medidas socioeducativas. Alguns doutrinadores, como, por exemplo, Moraes e Ramos (2016) acreditam que estas possuem um caráter sancionatório, ou seja, que as mesmas servem de resposta da sociedade para o ato infracional cometido pelo menor infrator. Em contrapartida, outros, como Veronese e Lima (2015) sustentam a tese que elas possuem um caráter pedagógico, ou seja, visam ressocializar, reeducar o menor infrator.

Todavia, para um melhor entendimento do tema proposto neste artigo, faz-se necessária uma contextualização histórica acerca dos direitos das crianças e adolescentes até a criação do ECA em 1990. Ademais, abordar-se-ão os princípios jurídicos que norteiam as medidas socioeducativas como: brevidade, proporcionalidade, dentre outros.

Deste modo, o presente artigo analisará forma com que as medidas sócio educativas são aplicadas no Brasil, a fim de verificar se as mesmas cumprem com o papel para elas previsto pelo legislador originário.

O estudo partiu da pergunta investigativa: Tendo em vista a finalidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas sócio educativas elencadas na legislação são aplicadas de forma a atingir seu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

objetivo? Para responder a questão pretende-se verificar se a aplicação das medidas sócio educativas no Brasil, vem obedecendo ao espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para isso, utiliza-se de método de abordagem de pensamento dedutivo de natureza qualitativa. O método de procedimento é monográfico, realizado por meio de técnica bibliográfica, baseada em lei, doutrinas, artigos científicos, periódicos.

2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 (CRFB/88) E A RATIFICAÇÃO DOS DIREITOS DOS INFANTO-JUVENIS

Antes de se tratar dos direitos das crianças e adolescentes ratificados na CRFB/88, é preciso tecer alguns comentários da evolução histórica de tais direitos.

Nem sempre a criança e o adolescente foram tratados como merecedores da proteção do Estado pela legislação brasileira, tendo sido por muito tempo considerado que o Estado deveria agir somente no que tange à crianças e adolescentes em situação irregular, ficando o dever de proteção e garantia de direitos por parte do Estado esquecidos.

As constituições brasileiras de 1824 e de 1891, não expressaram preocupação à proteção da criança e adolescente, prevendo apenas em alguns diplomas legais o abandono e a criminalidade na população infanto-juvenil (VERONESE *apud* PILAU; VIEIRA, 2013 p. 1540).

A infância e adolescência portanto não contavam com a proteção do Estado, havendo somente preocupação em punição e adequação dos menores (como eram chamados) às normas postas. O Estado assim não chamava a si a responsabilidade para com a criança e com o adolescente, deixando tal responsabilidade para a família exclusivamente.

Da mesma forma, há que se considerar que o crescimento populacional, a emigração e a Revolução Industrial do século XX trouxeram um grande número de órfãos e o crescimento da criminalidade na população infanto-juvenil. Além disso, houve o surgimento, no Brasil, da utilização de mão de obra infantil nas fábricas sem a proteção adequada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

aos riscos a que eram submetidos, riscos estes incompatíveis com o desenvolvimento físico e mental da criança e do adolescente (PILAU; VIEIRA, 2013, p. 1540).

A falta de regulamentação dos direitos da criança e do adolescente que, especialmente no que tange à proteção por parte do Estado, passou a ser então motivo de preocupação não somente interna, mas também internacional.No âmbito internacional várias foram as tentativas de reconhecer os direitos dos infanto-juvenis. No ano de 1924 a declaração de Genebra evidenciou a primordialidade quanto à implantação do princípio da proteção integral. (SARAIVA 2011, p. 16).

Com objetivo de proteger esse indivíduos, em 12 de outubro de 1927 foi sancionado o Código de Menores do Brasil, chamado de Código Mello Mattos, (**Decreto nº 17943-A)** no qual a criança merecedora de tutela do Estado era o "menor em situação irregular". (PAES, 2013).

Assim, considerava-se em situação irregular os menores de idade que estivessem expostos, abandonados ou fossem delinquentes. O tratamento a eles destinado, era, portanto, conservador e, apesar de tratar a questão parcialmente, constituía-se em um avanço legislativo considerável.

Neste contexto, Veronese (2006, p. 52) afirma que:

> Esse diploma legal destinava-se, especificamente, às crianças de 0 a 18 anos, em estado de abandono, quando não possuíssem moradia certa, tivessem pais falecidos, fossem ignorados ou desaparecidos, tivessem sido declarados incapazes, estivessem presos há mais de dois anos, fossem qualificados como vagabundos, mendigos, de maus costumes, exercessem trabalhos proibidos, fossem prostitutos ou economicamente incapazes de suprir as necessidades de sua prole.

Apesar de não trazer uma garantia integral aos direitos da Criança e do Adolescente há que se notar que o Código de Mello Matos representou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

um grande avanço na proteção destes, uma vez que obrigava ao Estado garantir a tutela dos menores em situação irregular.

Após a Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas, foi, em 1948, proclamada a declaração Universal dos Direitos Humanos, que apontava a importância de garantir os direitos e de assistir de maneira especial às crianças. (SARAIVA 2011, p. 16).

A declaração, em seu artigo XXV declara que a "maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social" (ONU, 1948).

No âmbito interno, a Constituição de 1967, promulgada ainda na vigência do Código de Mello Matos e durante o Regime Militar, não tinha previsão de quaisquer direitos para crianças e adolescentes e, restringia-se a determinar a instituição por lei de assistência à maternidade, à infância e à adolescência, adotando fundamento expressamente assistencialista, e não de atribuir caráter jurídico de direitos fundamentais (MORAES; RAMOS, 2016).

É de se notar que a Constituição não revogou o Código de Mello Matos, que continuou vigorando até a sua futura alteração.

Em 1969 A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), popularmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 19 trouxe o direito às crianças e adolescentes da contar com as medidas de proteção consideradas necessárias à sua condição de pessoa em desenvolvimento, seja por parte da família, da sociedade ou do Estado. (SARAIVA 2011, p. 16).

Assim, já com influência da legislação internacional, o Código de Mello Matos é substituído, em 10 de outubro de 1979 foi sancionado o Código de Menores, que entrou em vigor nos últimos anos da ditadura. Nas palavras de Zapater (2018):

> Pretendia ser mais um exemplo do rigor autoritário dos ditadores militares. O texto adotou a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> denominada doutrina da "situação irregular", que dispunha sobre a assistência, proteção e vigilância a menores de até dezoito anos de idade, que se encontrassem em situação irregular.

Prossegue ainda a mesma autora dizendo que "A doutrina da situação irregular classificava crianças e adolescentes não como pessoas sujeitos de Direito, mas sim como objetos de tutela e intervenção dos adultos". (ZAPATER, 2018).

Em outras palavras, a doutrina da situação irregular dispõe do menor como um objeto da norma, nos casos em que este encontra-se em estado de patologia social, fora dos padrões estabelecidos. As crianças e jovens seriam, portanto, objetos de proteção, não sendo reconhecidos como sujeitos de direitos, e sim como incapazes.

A história da conquista dos direitos das crianças e adolescentes no Brasil é muito recente. Ganhou força ao incorporar o discurso dos direitos humanos no texto da CRFB/88, e consolidou-se de tal forma que hoje é possível reconhecer direitos fundamentais às crianças e adolescentes (TEIXEIRA, 2015, p. 14).

Tratando-se de criança e adolescente, atribui-se primeiro a família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação, como está disciplinado no art. 227, *caput,* da CRFB/88, *in verbis*:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Com o entendimento da CRFB/88 quanto à proteção integral dos infantes, foi possível que os mesmos fossem reconhecidos como seres em desenvolvimento, sem distinção quanto ao seu status social. Assim, a doutrina da proteção integral está alicerçada em três pilares, que segundo Azambuja (2006) são a aquisição da condição de sujeito de direitos pela criança; o reconhecimento da infância como fase especial do processo de desenvolvimento e, por fim, a priorização absoluta à criança e ao adolescente como princípio constitucional.

Deste modo, após ser consagrado no texto constitucional, pode-se aferir que a criança passou a ser detentora de direitos, tendo sua infância e juventude resguardados pelo ordenamento pátrio brasileiro, devendo o menor ter prioridade absoluta. Direitos estes que não eram previstos no Código de Menores.

No Brasil, após inúmeras discussões no âmbito internacional acerca dos direitos dos infanto-juvenis, seguiu-se a tendência global e em 1990 foi promulgado o ECA, seguindo tais tendências e baseando-se em conquistas da CRFB/88 que está alinhada com os documentos internacionais e defende que todos os indivíduos são detentores de direitos sem distinção de idade, raça, credo ou status social. (AZAMBUJA, 2006).

Desta forma, a concepção do texto constitucional da criança e do adolescente como sujeitos de direito rompe definitivamente com a ideia de crianças e adolescentes como objeto de intervenção e tutela do mundo adulto, substituída pela proposta de sua proteção integral e ratificadas pelo ECA, em conformidade com as normas internacionais como a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, entre outros que influenciaram a CRFB/88 que, por fim, culminou a ideia de proteção do menor que fez com que fosse editado o ECA.

Os menores deixaram a condição de objetos e passaram a serem detentores de direitos, ou seja, sujeitos de direitos. De acordo com Rossato (2013) passaram então, a serem detentores de garantias fundamentais, são também portadores de direitos especiais.

Sob a luz do ECA as políticas de proteção integral, além dos direitos e deveres/responsabilidades do Estado, da família e da sociedade, é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

evidente nesse contexto que, o artigo 4º do ECA, corrobora o artigo 227 da CRFB/88 e determina que os infantes devem ser prioridade, devem estar no topo das políticas públicas, devendo os governantes terem uma maior preocupação para com as crianças e adolescentes (ECA, 1990).

Por meio do artigo 59 do Estatuto, o legislador buscou garantir meios para que o menor tivesse acesso à cultura, esporte e lazer, tendo como finalidade o melhor desenvolvimento dos menores, pois sem o devido incentivo, acompanhamento muitos podem acabar enveredando-se para práticas delitivas.

O Estatuto disciplina cada tipo de ato infracional e a forma com que deverá ser aplicada a medida socioeducativa em cada situação, *in verbis*:

> I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII – acolhimento institucional; VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar (BRASIL, 1990).

Considerado uma grande conquista para assegurar os direitos das crianças e adolescentes, o ECA também trata de conceitos e orientações à aplicação da pena em relação ao ato infracional desses indivíduos, dentre elas as medidas socioeducativas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

3. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

As medidas socioeducativas são impostas ao menor infrator, estando elencadas no artigo 112 do ECA, seu rol é taxativo, ou seja, só serão aplicadas as medidas contidas nele.

Além das medidas socioeducativas previstas no artigo 112 do ECA, pode-se aplicar, também, as medidas protetivas estabelecidas no artigo 101, I a VI do ECA.

Afirma Konzen *apud* Maciel (2006, p. 805) que:

> Além do caráter pedagógico, que visa à reintegração do jovem em conflito com a lei na vida social, as medidas socioeducativas possuem outro, o sancionatório, em resposta à sociedade pela lesão decorrente da conduta típica praticada. Destarte, fica evidente a sua natureza híbrida.

Da mesma forma as medidas socioeducativas são previstas para atender ao caráter pedagógico e permitir que o menor infrator não seja sancionado, mas sim, que busque não repetir o erro e possa ser ressocializado. (SILVA, 2008).

O fundamento principal da aplicação das medidas socioeducativas é a reinserção dos menores infratores no seu núcleo familiar, na sociedade, prevenindo também possíveis atos de delinquência. A seguir serão abordadas as referidas medidas, individualmente.

a. ADVERTÊNCIA –

Dentre as medidas socioeducativas, a advertência é a mais branda e é a única passível de ser aplicada com base em prova da materialidade do ato infracional aliada a apenas indícios de autoria.

A medida de advertência vem elencada no artigo 115 do ECA: "a advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada". Trata-se de uma medida mais branda.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Tem sua aplicabilidade voltada para infrações mais brandas, respeitado o disposto no parágrafo único do artigo 114 do ECA, que prevê: "a advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria". (BRASIL, 1990).

Tal medida busca apenas elucidar para o menor que sua conduta fora imprópria, ou seja, infrações onde não ocorram o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. Ademais, esta medida é aplicada quando o menor infrator delinquem pela primeira vez (ARARIPE; MAGALHÃES, 2013).

Não tem uma previsão de quantas medidas de advertência podem ser aplicadas ao menor infrator, porém a linha adotada é de que seja aplicada somente uma vez. Caso o adolescente cometa outra infração, deverá ser submetido à outra medida, devendo esta ser proporcional com a infração praticada por ele. Pois se tal medida de advertência fosse aplicada diversas vezes, este ficaria com um sentimento de impunidade e sua ressocialização restaria prejudicada. (SHECAIRA, 2008).

Logo, ao ser aplicada, esgota-se em si mesma, pois realizando-se a admoestação verbal, lavra-se o termo nesse sentido, não sendo mais necessário o acompanhamento posterior do adolescente.

b. OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO

A medida de reparação de dano tem caráter pedagógico, entretanto, também apresenta um lado sancionatório punitivo. Tal medida reclama comprovação da autoria e da materialidade da infração.

A medida socioeducativa de reparar o dano deve ter sua aplicabilidade, preferencialmente, quando o menor que tenha cometido o ato infracional, tenha condições de fazê-lo através de seu próprio esforço, conforme prevê o artigo 116 do ECA, porém se o mesmo não fizer, a medida pode recair sobre seus responsáveis. (SILVA, 2008).

No artigo supramencionado, o legislador buscou uma reparação à vítima por danos materiais causados pelo infrator.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Tal obrigação tem por finalidade reparação dos prejuízos da vítima, através de restituição, ressarcimento, entre outras maneiras. No caso de impossibilidade das hipóteses citadas acima, a compensação da vítima poderá ser efetuada por qualquer outra forma. Desta forma, o Ministério Público ou defensor do infrator indicarão a medida mais adequada para cumprimento. (ROSSATO 2013, p. 353)

Cabe obtemperar que deve-se observar os artigos 3º e 4º, I do Código Civil que dispõem da capacidade de praticar certos atos. Deste modo, quando o causador da infração for menor de 16 anos, há época do fato, responderão pelo dano causado os pais ou responsáveis, exclusivamente. Todavia, se o infrator possuir idade entre 16 e 21 anos, responderá de maneira solidária, pela reparação do dano, com seus pais ou responsáveis. Por sua vez os artigos 180, 186 e 932, I e II do mesmo diploma legal estabelecem, acerca da responsabilidade civil. (SARAIVA, 2009).

Assim, apesar de ter caráter sancionatório, fica claro que o caráter educativo também existe e, é pessoal e intransferível, devendo o menor infrator cumprí-la, para atender sua finalidade.

Essa medida tem por finalidade a educação do menor para que não cometa mais infrações. Por certo, que não seria adequado tal medida ser cumprida pelos pais ou responsáveis, pois a questão do esforço para ressarcir o dano causado é uma medida que poderia auxiliar na educação do menor, ajudando-o a compreender a extensão de seus atos. (SILVA, 2008).

A medida de advertência prevista no artigo 116 do ECA diz em seu parágrafo único que: "se houver manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada". Sendo assim, não deve ser confundir idade com a obrigação da Lei Civil e nada impede de ser substituída. (SARAIVA, 2008).

Desta forma, o ECA, por meio de sua natureza pedagógica, busca uma reflexão por parte do menor infrator para que o mesmo não volte a delinquir.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

c. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COMUNITÁRIO

A prestação de serviços à comunidade é uma medida de caráter educativoe sancionatório com utilidade social, na qual o menor infrator não é privado do convívio social e familiar. No entanto, tem como premissa, desenvolver tarefas que sejam, de um lado, benéficas para seu aprendizado e, por outro, necessária a sociedade.

A finalidade maior desta medida é transmitir valores sociais e éticos para o menor através de trabalhos gratuitos direcionados para a comunidade. (BARACHO, 2017).

A medida socioeducativa que impõe uma prestação de serviço à comunidade está prevista no artigo 117 do ECA. Tais serviços serão prestados de maneira voluntária pelo menor, devendo ser respeitadas as aptidões do infante, conforme estabelecido no parágrafo único do artigo 117 do ECA. (ROSSATO 2013, p. 353).

O grande alcance desta medida é exatamente constituir-se em uma alternativa à internação. Porém, estes serviços jamais poderão ser humilhantes ou discriminatórios, eles tem o objetivo de dignificar quem trabalha, trazendo um sentido social com a ideia de responsabilidade tentando produzir na comunidade uma sensação de obediência às regras, consistindo na realização de tarefas gratuitas em escolas, hospitais, asilos e outros. (SHECAIRA 2008, p. 198-199).

Ainda é vedada a aplicação de tal medida contra a vontade do infante, pois forçando-o configuraria o previsto no artigo 112, §2º do ECA, que diz:

> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
>
> [...]
>
> § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. (BRASIL, 1990).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

O referido diploma em seu artigo 117 prevê ainda que tal medida imposta ao menor não excederá seis meses, devendo sua jornada respeitar o limite máximo de oito horas semanais, para que o infante não seja prejudicado nos estudos ou na sua jornada de trabalho. (BRASIL, 1990).

Deste modo, o adolescente infrator terá a experiência de vida comunitária e poderá aprender valores e compromissos sociais, pontos essenciais para que ele possa entender que não se trata de uma punição e sim, de uma maneira socioeducativa de ajuda-lo a reinserir-se novamente na sociedade.

O infante poderá cumprir o trabalho comunitário aos sábados, domingos e feriados se assim desejar, para que não se prejudique na escola ou no trabalho, sendo que durante a execução do trabalho faz-se necessário à presença de um profissional que o acompanhará e o orientará, além de elaborar um documento referente ao desempenho do menor, que deverá ser encaminhado a autoridade judiciária, para comprovação dos serviços prestados pelo infante. (BRASIL, 1990).

Apesar de ser uma das medidas mais eficazes é preciso de participação da comunidade na ressocialização do jovem, ajudando-o a resgatar valores que contribuirão em sua formação pessoal. (EVANGELISTA, 2008).

Com isso o jovem deixa de ter contato com elementos perversos e corruptores, sem falar que está colaborando com a sociedade em que vive.

d. LIBERDADE ASSISTIDA

Este instituto é cabível caso não haja necessidade de internação, no entanto, visa proporcionar o acompanhamento, auxílio e orientação ao menor, por pessoa capacitada, denominado orientador, designado pela autoridade competente, pelo prazo mínimo de seis meses, sendo possível sua prorrogação, revogação ou substituição a qualquer tempo. Nesta medida o infante não é privado do convívio social e familiar .

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

A liberdade assistida está prevista no artigo 118 do ECA, esta medida socioeducativa tem por finalidade a orientação e do menor infrator da melhor forma possível, buscando uma melhor convivência do menor com sua família, bem como na comunidade que o menor participa. (SILVA, 2008, p. 28).

Se trata de medida aplicável aos adolescentes autores de atos infracionais, judicialmente imposta, de cumprimento obrigatório. Nas palavras de Miranda (2015, p. 1):

> Sua aplicação tem lugar quando se mostrar a medida socioeducativa mais adequada ao caso concreto para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o jovem, devendo ser levado em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e gravidade da infração. Tem como objetivo, não só evitar que o adolescente venha novamente a praticar ato infracional, mas, sobretudo ajudar o jovem na construção de um projeto de vida, respeitando os limites e as regras de convivência social, buscando sempre reforçar os laços familiares e comunitários.

Para tanto faz-se necessário um acompanhamento por assistentes sociais, a pessoa responsável por esse acompanhamento é chamado de orientador e sua imposição se dará através do juiz, que tem a função de designar uma pessoa capacitada e assim será analisada a realidade enfrentada por este menor (MIRANDA, 2015).

Esta medida se cumprida corretamente proporciona ao adolescente desenvoltura e melhor entendimento dos seus atos perante a sociedade.

Tal medida poderá ser executada por entidades governamentais e não governamentais (ONG's). As obrigações do orientador estão elencadas no artigo 119 do ECA, sendo que tais orientações devem ser prestadas desde a família do infante até seu desempenho escolar.

Conforme supracitado, tal medida será imposta pelo prazo mínimo de seis meses, podendo ser prorrogada, revogada ou substituída de acordo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

com o artigo 118, § 2º do ECA. O juiz deverá ir verificando o desenvolvimento do adolescente para uma boa aplicação da medida, pois se não forem tomadas as medidas corretas é provável que a reincidência venha a ocorrer. Assim, adota-se um entendimento de que tal medida será aplicada enquanto o adolescente demonstrar que ainda necessita de tal acompanhamento. (EVANGELISTA, 2008).

Desse modo, o adolescente bem orientado por profissionais capacitados se desenvolve socialmente com a mente sadia.

e. REGIME DE SEMILIBERDADE

Trata-se de medida mais severa que as aplicadas em meio aberto e menos rigorosa que a internação. É na verdade, uma medida alternativa a medida de internação nos casos em que o menor infrator cometeu ato infracional considerado de gravidade média. Por restringir o direito de ir e vir é fundamental que seja constada a materialidade e a autoria plenas, por sentença.

O de regime de semiliberdade encontra-se entre a liberdade e a internação. Nesta medida, o menor infrator deverá apresentar-se durante a noite para seu recolhimento e no período diurno, o menor, poderá realizar atividades extramuros. Tal medida está prevista no artigo 120 do ECA e pode ser determinada *ab initio* ou como forma de transição para o meio aberto. (SHECAIRA, 2008, p. 202).

Tal medida se dará de forma autônoma, podendo ser utilizada pela autoridade responsável como condição para que o menor possa transitar no meio aberto, com base no artigo 120 do referido Estatuto.

Segundo Rossato et al (2013, p. 356) "a medida de semiliberdade é espécie de medida restritiva de liberdade, por meio da qual o adolescente estará "afastado do convívio familiar e da comunidade de origem, ao restringir sua liberdade, sem, no entanto, privá-lo totalmente de seu direito de ir e vir".

Referida medida pode se dar de duas maneiras, a primeira será aplicada pela autoridade judiciária, com base no devido processo legal; a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

segunda se houver progressão do regime na execução penal do infante e irá servir como transição para o meio aberto.

O ECA não estabeleceu prazos quanto à aplicabilidade de tal medida, sendoaconselhável que a cada seis meses o infante seja submetido a uma análise, devendo o respectivo laudo ser encaminhado para a autoridade judiciária competente, para proferir decisão acerca do caso.(LIBERATI, 2010, p.202)

Nesta medida, far-se-á necessário a presença de assistente social, que acompanhará o menor infrator e fará relatórios acerca do andamento do infante.

f. INTERNAÇÃO EM ESTABELECIMENTO EDUCACIONAL

Considerada a medida mais grave entre as duas opções de semiliberdade, o menor infrator terá privação da sua liberdade. Será executada na Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (Fundação Casa) ou órgão similar.

Por ser a mais rigorosa, deve-se primeiramente vislumbrar se nenhuma das outras medidas poderá ser aplicada ao menor no caso concreto, pois a medida de internação deverá ser aplicada em último caso. Tal medida de internação está prevista no artigo 121 do ECA. (BRASIL, 1990).

Importante destacar que a medida de internação só poderá ser aplicada nos casos determinados pelo artigo 122 do ECA, *in verbis*: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. (BRASIL, 1990).

A referida medida submete-se ao princípio da brevidade e excepcionalidade, por se tratar de medida que priva o menor da liberdade, sendo obrigatórias as atividades pedagógicas e colocando o jovem em estado de observação para notar se há alguma transformação física e psíquica (SHECAIRA, 2008).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Tal medida não possui prazo determinado e pode ser reavaliada, mediante fundamentação semestralmente, não podendo exceder a 3 (três) anos. Já a observância deve ser feito no menor tempo possível.

Para que se alcance uma eficácia plena ou pelo menos satisfatória, far-se-á necessário que o cumprimento de tal medida seja realizado em locais apropriados, com a presença de profissionais capacitados em psicologia, pedagogia e criminologia. Só assim o menor terá condições de fato de ser reeducado e reinserido na sociedade. (EVANGELISTA, 2008).

Há ainda a previsão legal de internação provisória em caso de apreensão em flagrante do menor infrator, ou, então, por ordem fundamentada da autoridade judiciária, sendo, necessário para a sua determinação que o juiz analise os pressupostos elencados no artigo 108 do ECA, não podendo, ainda tal medida estender-se por mais de 45 dias.

Logo, pode-se aferir que a internação é uma medida extraordinária, devendo seu cumprimento ser realizado "em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração", de acordo com o estabelecido no artigo 123 do ECA. Ainda, cumpre salientar que o artigo 124 do ECA fala sobre osdireitos dos adolescentes privados de liberdade.

Os infratores são encaminhados para os Centros de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente, mais conhecido como Fundação CASA. Estas instituições necessitam de um plano de ação mais efetivo, para que consigam de fato o fim pretendido que é reeducar e ressocializar o menor infrator.

Sobre o assunto, Arêas Neto, Constantino e Assis (2017), afirmam que:

> Estudos empíricos realizados por organismos oficiais reforçam a contradição entre o ideário jurídico e a realidade de nossas instituições. Em relatório apresentado na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro relativo ao ano de 2015, ficou demonstrado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> que os espaços de internação no país são favoráveis à prática de tortura, tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

Assim, resta claro que, o acesso à educação, habitação, segurança, lazer e outras determinantes sociais em saúde depende, essencialmente, do implemento de políticas públicas e ações previstas na legislação. (ARÊAS NETO; CONSTANTINO; ASSIS, 2017), sendo possível observar que a precária assistência concorrerá diretamente para a reincidência desses adolescentes na pratica de atos infracionais, causando-lhes perdas irrecuperáveis.

4. FUNÇÃO E APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

A função das medidas socioeducativas é a ressocialização do menor e, sendo além de sociais, também educativas, é preciso aplicá-las de forma que não se efetive como vingança ou punição. A imposição de tais medidas apresenta-se como uma modalidade distinta de responsabilização.

As medidas socioeducativas representam a forma de responsabilizar o adolescente pela prática do ato infracional praticado. Constituem, portanto, a resposta estatal aplicada pela autoridade judiciária embora possuam aspectos sancionatórios e coercitivos, Aquino (2012) pontua que:

> Não se trata de penas ou castigos, mas de oportunidades de inserção em processos educativos (não obstante, compulsórios) que, se bem sucedidos, resultarão na construção ou reconstrução de projetos de vida desatrelados da prática de atos infracionais e, simultaneamente, na inclusão social plena.

Essas medidas quando executadas corretamente propiciam ao adolescente capacidade de não fraquejar e reincidir novamente em atos que desabone sua conduta.

No dizer de Veronese (2015, p. 199): “Tal responsabilização do adolescente deva ser nominada de responsabilidade estatutária ou socioeducativa, ou ainda, sociopedagógica”.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Assim, o adolescente desenvolve capacidade de se auto- avaliar para seguir em frente como cidadão do bem.

O caráter punitivo educacional tem gerado grande polêmica desde a promulgação do ECA, pois inúmeros especialistas advertem que há incompatibilidade nesse duplo aspecto constitutivo da medida socioeducativa.

No artigo 112, o Estatuto prevê para os jovens infratores pena de advertência, obrigação de reparar dano, prestação de serviços a comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, isso tudo dependendo do delito cometido por esse menor. (BRASIL, 1990).

Todas as medicas socioeducativas bem como sua execução é assunto delicado e gera inúmeros questionamentos. Veronese e Lima (2015) entendem que:

> A problemática que envolve o ato infracional e a execução das medidas socioeducativas tem múltiplas causas e está vinculada a concepções obsoletas na forma como enfrentar/ lidar com o adolescente autor de ato infracional. As medidas socioeducativas, sejam aquelas executadas em meio aberto ou as restritivas de liberdade, devem guiar-se pelo trinômio: liberdade, respeito e dignidade. A intervenção deve ser obrigatoriamente pedagógica e não punitiva.

Por outro lado, há quem defenda que tais medidas possuem também caráter sancionatório, uma vez que o artigo 112 do ECA prevê medidas que privam e restringem a liberdade do menor, como punição diante da infração cometida contra a sociedade. Corroborando com tal entendimento Moraes e Ramos (2016) afirmam que:

> Além de impositiva, as medidas socioeducativas têm cunho sancionatório, porque, com sua ação ou omissão, o infrator quebrou a regra de convivência dirigida a todos. E, por fim, ela pode ser considerada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> uma medida de natureza retributiva, na medida em que é uma resposta do Estado à prática do ato infracional praticado

Compreende-se então, que as medidas socioeducativas tem o caráter precípuo de reintegrar o adolescente a sociedade, mas para isso, é necessário que além do caráter repressivo, seja efetivo, sobretudo, o cunho pedagógico.

As medidas que privam a liberdade dos infanto-juvenis são regidas pelos princípios da brevidade e da excepcionalidade.

Conforme disposto no artigo 121 do ECA, leva-se em consideração a peculiaridade da condição da pessoa em desenvolvimento. Logo, o artigo 121 do referido diploma legal estabelece que: "a internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento". (BRASIL, 1990).

A medida de internação só deve ser aplicada caso não haja cabimento para nenhuma outra medida, segundo o princípio da excepcionalidade e é também dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos. (BARROSO FILHO, 2014).

Deste modo, a responsabilidade estatutária frente a aplicação das medidas socioeducativas deve levar em consideração, principalmente, o princípio da dignidade humana para que sua função seja efetivada.

Tais princípios advêm do disposto no artigo 227, § 3º, V da CRFB/88, dizendo que: "o direito a proteção especial abrangerá a obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade". (BRASIL, 1988).

Segundo Saraiva (2009), a aplicação da medida de internação somente pode ocorrer nos casos elencados no art 122 do ECA, ou seja, em caso de prática de ato infracional grave cometido com grave ameaça ou

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

violência contra a pessoa, no caso de reiteração no cometimento de outras faltas graves ou caso haja o descumprimento, sem justificativa de outra medida imposta anteriormente.

Assim sendo, a medida de internação a mais grave entre todas as medidas, só deverá ser aplicada em última hipótese.

Por óbvio, são medidas menos rigorosas do que as em meio fechado. Consistem em formas de conscientizar o menor infrator em casos de crimes de baixa gravidade.

É de suma importância que quando da aplicação de qualquer das medidas socioeducativas se faça uma análise do contexto social em que vive o menor, observando-se as condições sociais, politicas e econômicas dos mesmos. (ISHIDA, 2010).

Para se entender melhor tais medidas, Saraiva (2011) explica que

> Os Programas Socioeducativos em Meio-Aberto transcendem a ideia de uma Política de Assistência Social, não obstante também o sejam, tanto uma Política Social se constitui em uma Política de segurança Pública, que a todos deve envolver, do Poder Público à sociedade, da escola ao empresariado, da igreja ao clube social. Faz-se estratégico, na formulação de um plano nacional de atendimento socioeducativo, ou na formulação de um sistema nacional, nos termos do SINASE, que este se faça integrado, contemplando a gama de alternativas que o Estatuto prevê para o enfretamento da delinquência juvenil. O superar ideia de que "menor não dá nada" supõe que tais programas sejam efetivos e eficazes e, até mesmo, para que sua ausência não se transforme em justificação, mesmo que velada, para a multiplicação de decretos de internação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Trata-se de ouvir, conhecer e atender o adolescente priorizando educação e informação para traçar planos de ressocialização sem riscos de reincidência.

É estabelecido o acompanhamento ao adolescente de acordo com os prazos legais: inferior a seis meses para a medida de Prestação de Serviços à Comunidade e no mínimo seis meses para a medida de Liberdade Assistida. Em caso de descumprimento das medidas, o juiz pode determinar inclusive a privação de liberdade (SARAIVA, 2011, p. 171).trata

Logo, pode-se aferir que as medidas socioeducativas de meio aberto buscam ressocializar de fato o menor, tem por finalidade contribuir de alguma forma para a formação ética e moral do jovem infrator.

As medidas socioeducativas, foram criadas com o objetivo de recuperar os adolescentes que entram no mundo do crime. Entretanto, Polidorio (2017) comenta que:

> O fato é que a sociedade vem notando uma deficiência nessa área, pois acompanhando programas de televisão observam que a cada dia que passa o número de crimes causados por menores só aumenta e um detalhe, sempre há relatos de que não é a primeira nem a segunda vez que esse menor comete crime.

Esta percepção se dá devido a necessidade da sociedade, do poder público e da família estarem envolvidos na organização e na busca de melhorias para que se atinja uma notória ressocialização.

Para que tais medidas sejam efetivas, é preciso que o Estado tenha mecanismos jurídicos para fazer com que a norma seja cumprida. Isso significa dizer que os agentes estatais têm que ter condições de fazer a norma ser exigida. Além disso, é preciso também que haja eficácia social, ou seja, a norma jurídica é aceita e cumprida. (ARAÚJO; GOMES NETO, 2017).

Por meio das medidas de Prestação de Serviços à Comunidade (PSC) e da Liberdade Assistida (LA), viabilizam melhoras quanto ao perfil do

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

infrator infanto-juvenil. Pois, além de oportunizar meios de ressocialização, elas ainda possibilitam que o infante infrator medite sobre seus atos. (NERI, 2012).

Deve-se ressaltar que tais medidas tem o intuito de orientar e acompanhar o desempenho do adolescente até sua recuperação.

A PSC é uma medida que atinge os resultados pretendidos, pois o adolescente fica com um sentimento bom, ele sente-se parte da sociedade, sente-se útil. Deste modo, a PSC atinge o fim pedagógico a que se destina, pois viabiliza a reeducação e reinserção do infante infrator, além de mantê-lo em contato com sua família e a sociedade. (SHECAIRA, 2008).

Além disso é extremamente importante frisar que a medida oportuniza para o adolescente compromisso e responsabilidades com seus atos.

A LA é uma medida positiva que, de acordo com Neri (2012): "interfere sem retirar o infante do convívio familiar e social, ela auxilia no desenvolvimento, proporciona acompanhamento psicológico e financeiro".

Rossato (2013, p. 355) ensina que:

> Pode-se observar que, na prática a aplicabilidade das medidas socioeducativas emperram na falta de vontade dos políticos, na ineficiência dos mesmos em fazer cumprir os dispositivos legais. As medidas conhecidas como intermediárias possuem uma certa eficácia, não por contar com a ajuda do poder público, mais sim pelo empenho de membros do Ministério Público (MP) e de magistrados que logram êxito em adequar o diploma legal com a realidade do infrator.

Vale frisar que ainda falta compromisso por parte dos representantes na formulação de políticas públicas para melhor amparar as famílias durante e após o processo de ressocialização dos adolescentes que estejam cumprindo medidas socioeducativas em meio aberto ou fechado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Todavia, quando se fala em medidas privativas de liberdades, as mesmas não possuem um respaldo do poder público, restando assim sem estruturas adequadas e insuficientes para abrigar e ressocializar os adolescentes infratores.

Dentre as maiores críticas para a eficácia das medidas socioeducativas está à falta de pessoal para acompanhamento, que gera reincidência, pois sem assistência para que ela seja cumprida, os menores tendem a reincidir.

Segundo Santini (2011) a privação de liberdade é:

> Por assim dizer, a maneira menos eficaz e mais cruel de aplicação das medidas socioeducativas, pois, além de praticamente excluir o adolescente do convívio familiar, ainda é retirado do meio social, restando contato apenas com as regras da instituição e com outros infratores que talvez sejam delinquentes irrecuperáveis.

Assim, uma medida que busca a ressocialização acaba por transformar um menor sem potencial ofensivo em um delinquente de estirpe maior, pois passa a praticar crimes mais graves, como homicídio, praticando os ensinamentos que absorveu dos outros infantes privados de liberdade.

5. CONCLUSÃO

A finalidade das medidas socioeducativas direcionadas ao menor infrator tem como objetivo promover sua ressocialização de maneira a não reincidir. Entretanto, observa-se que dentre tais medidas, a de privação de liberdade tem contribuído para o aumento da prática de atos infracionais, que estão cada vez mais crescentes entre os adolescentes.

Pode-se inferir que as medidas aplicadas são de pouca eficiência em virtude das inúmeras dificuldades encontradas pelos órgãos executores, sejam em assistência, na promoção de saúde ao adolescente ou na própria forma de sua aplicação.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É preciso que os responsáveis se tornem mais presentes na vida da criança ou adolescente, pois fica evidente o papel fundamental da família, da sociedade e do Estado neste processo de reintegração que deve conscientizar o menor, trazendo valores que o motivem a um novo tipo de vida.

Para isso, é imprescindível, uma estrutura adequada e pessoas capacitadas para a diminuição de reincidências e a conquista de bons resultados na aplicabilidade das leis que asseguram o menor e garantam sua educação, saúde e convívio familiar, porém ainda há muito a se fazer para que a ressocialização do adolescente aconteça conforme determinação legal. O poder público e a sociedade em geral deveriam estarem engajados para a efetividade e cumprimento das medidas socioeducativas buscando reinserir os infantes na sociedade.

Por fim, pode-se aferir que a finalidade das medidas socioeducativas está relacionada a maneiras que viabilizam a execução, fornecendo meios pedagógicos e sancionatório para reintegração social. A Prestação de Serviço Comunitário e todas as que visam instruir e acompanhar os adolescentes infratores é a mais acertada para cumprir a finalidade na recuperação.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes de. Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas socioeducativas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11414>. Acesso em: 8 nov. 2018.

ARARIPE, Nordman Almendra Freitas de Alencar; MAGALHÃES, Viviane Maria de Pádua Rio. Aplicabilidade e eficácia das medidas sócio-educativas impostas ao jovem infrator. **Revista Interdisciplinar**.v.6.n.4, p.164-174, out.nov.dez.2013.

Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

< https://revistainterdisciplinar.uninovafapi.edu.br/index.php/revinter/article/view/97> Acesso em: 12 out. 2018.

ARAÚJO, Leide Carolina Barros; GOMES NETO, Lindon Johnson. A eficácia da medida socioeducativa de internação no Estado do Espírito Santo. **Jurídico e Certo**.

2017. Disponível em: < https://juridicocerto.com/p/leidecarolina/artigos/a-eficacia-da-medida-socioeducativa-de-internacao-no-estado-do-espirito-santo-3455> Acesso em: 13 out. 2018.

ARÊAS NETO, Nilo Terra; CONSTANTINO, Patrícia; ASSIS, Simone Gonçalves de. Análise bibliográfica da produção em saúde sobre adolescentes cumprindo medidas socioeducativas de privação de liberdade. **Physis**, Rio de Janeiro , v. 27, n. 3, p.

511-540, July 2017 . Disponível em:

. Acesso em: 12 out. 2018.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a Criança?** Revista Virtual de Textos e Contextos. São Paulo: vol. 01, n. 05, nov, 2006.

BARACHO, Navison de Lemos. A inserção do adolescente infrator no mercado de trabalho e as medidas socioeducativas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5101, 19 jun. 2017. Disponível em: .

Acesso em: 11 out. 2018.

BARROSO FILHO, José. **Do ato infracional**. BuscaLegis.ccj.ufsc.br. 2014.

Disponível em:

Acesso em: 13 out. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 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: 11 out. 2018.

EVANGELISTA, Dalmo de Oliveira. **Barreiras da sobrevivência**: angústias e dilemas de jovens infratores pós-institucionalização. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. 228 f. 2008. Disponível em: < https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/13694/1/DalmoOE.

pdf> Acesso em: 11 out. 2018.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 12.ed., São Paulo: Atlas, 2010.

KONZEN, Afonso Armando apud MACIEL. **Reflexões sobre a Medida e sua Execução (ou sobre o nascimento do modelo de convivência do jurídico e do pedagógico na socioeducação)**. In: Justiça adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. ILANUD; ABMO; SEDH; UNFPA (Orgs.)São Paulo: ILANUD, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**.11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Ricardo. **Liberdade assistida** – breves considerações. Disponível em:

< http://www.inesc.org.br/projeto-onda/biblioteca/textos/liberdade-assistida-breves-consideracoes> Acesso em: 11 out. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. **Da prática do Ato Infracional:** a prática de ato infracional. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos**teóricos e práticos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NERI, Aline Patrícia. **A eficácia das medidas socioeducativas aplicadas ao jovem infrator.** Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia). Universidade Presidente Antônio Carlos. Barbacena: UNIPAC, 2012. Disponível em:

Acesso em: 13 out. 2018.

SILVA, André Tombo Inácio da. **As medidas socioeducativas aplicáveis aos adolescentes infratores**. 2008. Disponível em:

Acesso em: 12 out. 2018.

PAES, Janiere Portela Leite. **O Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente: avanços e retrocessos**. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em:

Acesso em: 11 out. 2018.

PILAU, Newton Cesar; VIEIRA, Patricia Elias. A proteção legal dos direitos infanto-juvenis nas organizações internacionais e na CRFB/1988. **Revista Eletrônica Direito e Política** - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em:

< http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/buscalegis19_0.pdf> Acesso em: 11 out. 2018.

POLIDORIO, Sállua de Freitas. A eficácia das medidas socioeductivas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 161, jun 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19022&revista_caderno=12>. Acesso em 13 out. 2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e Adolescente comentado**. São Paulo: RT, 2013.

SANTINI, Priscila de Matos. **A aplicabilidade e eficácia das medidas socioeducativas impostas ao adolescente infrator**. 2011. Disponível em:

Acesso em: 12 out. 2018.

SARAIVA, João Batista. **Adolescentes em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Ato Infracional: Compêndio de direito penal juvenil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2011.

SILVA, Gustavo de Melo. Adolescente em conflito com a lei no Brasil: da situação irregular à proteção integral**. Revista Brasileira de História & Ciências Sociais** v. 3 n. 5, Julho de 2011. Disponível em:

<https://www.rbhcs.com/rbhcs/article/view/83/82> Acesso em: 14 out. 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: RT, 2008.

TEIXEIRA, Gabriela Cruz Amato. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e os instrumentos internacionais de proteção da infância: em busca de sua complementaridade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 22. 2015. Disponível em:

< http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/347/340> Acesso em: 12 out. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Ltr, 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Violência doméstica**: quando a vítima é criança ou adolescente: uma leitura disciplinar. Santa Catarina: OAB, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)**: breves considerações. 2015. Disponível em: < http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/adolescencia/article/view/185/172 > Acesso em: 12 out. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal e juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativas e/ou aproximadores** – o que diz a Lei do SINASE – a inimputabilidade penal em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ZAPATER, Maíra. As duas infâncias do Código de Menores de 1979. **Justificando**. Disponível em:

< http://www.justificando.com/2018/02/16/as-duas-infancias-do-codigo-de-menores-de-1979/> Acesso em: 13 out. 2018.

NOTA:

[1] Especialista em Direito Público, Professora da Faculdade Serra do Carmo. E-mail: lucianazanotelli@gmail.com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

TRIBUTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CAMILA NASCIMENTO BARCELLOS: Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Pós Graduanda em Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário.

RESUMO: Este artigo apresenta as espécies tributárias previstas no ordenamento jurídico brasileiro, juntamente às decisões jurisprudenciais e súmulas que lhes complementam o sentido.

Palavras Chave: Direito Tributário. Tributos. Impostos. Taxas. Contribuições de Melhoria. Empréstimos Compulsórios. Contribuições

Sumário: 1.Introdução 2. Taxas 3. Impostos 4. Contribuições de Melhoria 5. Empréstimos Compulsórios 6. Contribuições Especiais 5. Conclusão 6. Referências.

I. INTRODUÇÃO

Dentre os tributos instituídos no Brasil, encontram-se Impostos, Taxas e Contribuições de Melhoria, expressamente dispostos no art. 5° do Código Tributário Nacional (CTN), pela chamada Teoria Tripartida, anterior à Constituição Federal de 1988: Art. 5º. Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Segundo Ricardo Alexandre em Direito Tributário Esquematizado, 2017, pág. 53: "O dispositivo, na realidade, não restringe as espécies tributárias às três enumeradas, mas apenas agrupa aquelas cuja competência para criação é atribuída simultaneamente aos três entes políticos".

Impostos, Taxas e Contribuições de Melhoria são colaborados por outras duas espécies tributárias dispostas na Constituição Federal (CF), quais sejam, Empréstimos Compulsórios e Contribuições Sociais, conforme artigos 148 e 149:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:
>
> I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;
>
> II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".
>
> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Estes cinco tributos formam e justificam a Teoria Pentapartida, adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Há vozes doutrinárias que afirmam existir a teoria dualista, que engloba somente impostos e taxas, e a teoria tripartida, que engloba impostos, taxas e contribuições de melhoria.

II. TAXAS

No que se refere às taxas, a competência para sua cobrança é comum, sendo a União, Estados, Distrito Federal e Municípios competentes para instituí-la, como afirmado pelo art. 77 do CTN:

> Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

O Art. 77 do Código Tributário Nacional reitera o afirmado no Art. 145, inciso II da Constituição Federal:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
>
> [...]
>
> II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

Em relação a um dos fatos geradores da taxa, o exercício regular do poder de polícia, cujo conceito está no art. 78 do Código Tributário Nacional, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 588.322, de 16/06/2010, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes, assentou que "é constitucional taxa de renovação de funcionamento e localização municipal, desde que efetivo o exercício do poder de polícia, demonstrado pela existência de órgão e estrutura competentes para o respectivo exercício" .

Dessa forma, é desnecessária a fiscalização in loco para verificar-se o aludido poder de polícia, e o fato de existir órgão e estrutura de fiscalização já são suficientes para a cobrança.

Outro fato gerador de taxa é a utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

O conceito de utilização efetiva e potencial do serviço público, bem como de serviço específico e divisível, está descrito no art. 79 do Código Tributário Nacional:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:
>
> I - utilizados pelo contribuinte:
>
> a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;
>
> b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;
>
> II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;
>
> III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Apenas os serviços públicos denominados *uti singuli* podem ser remunerados por taxa: são aqueles serviços em que o usuário é identificado singularmente, e a utilização do serviço é individualizada, dessa forma o uso do serviço pode ser medido para cada um.

Nesse sentido é a Súmula Vinculante n° 19: A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o art. 145, II, da CF.

Os serviços *uti universi*, por sua vez, não podem ser remunerados por taxa: são serviços prestados à coletividade, sem usuários determinados.

Em virtude desta vedação, existem decisões do STF definindo os serviços *uti universi* que não podem ser remunerados por taxa:

> TAXA DE COMBATE A INCÊNDIO – INADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL. Descabe introduzir no cenário tributário, como obrigação do contribuinte, taxa visando a prevenção e o combate a incêndios, sendo imprópria a atuação do Município em tal campo. (RE 643247, Relator(a): Min. MARCO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 18-12-2017 PUBLIC 19-12-2017)
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. COBRANÇA. TAXA. CARÁTER UNIVERSAL E INDIVISÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE. É inviável a cobrança de taxa quando vinculada não somente a serviço público de natureza específica e divisível, como a coleta de lixo domiciliar, mas também a prestações de caráter universal e indivisível como a limpeza de logradouros públicos, varrição de vias públicas, limpeza de bueiros, de bocas-de-lobo e das galerias de águas pluviais, capina periódica e outros. Agravo regimental a que se nega provimento.(AI 97488 AgR / MG - MINAS GERAIS Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 16/12/2004 Órgão Julgador: Primeira Turma).

A Súmula Vinculante n° 41 disciplina a característica *uti universi* do serviço de iluminação pública: O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

Em relação ao parágrafo único do art. 77 do Código Tributário Nacional: A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

Repete-se o descrito no art. 145, § 2º, da Constituição Federal: As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

No sentido deste raciocínio, é a Súmula n° 595 do STF: É inconstitucional a taxa municipal de conservação de estradas de rodagem cuja base de cálculo seja idêntica a do imposto territorial rural.

Tais vedações ocorrem em virtude de a taxa precisar ter valor vinculado ao serviço específico que a originou.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

A Súmula Vinculante n° 29, no entanto, confere a possibilidade de adoção de um ou mais elementos da base de cálculo própria de imposto, às taxas, desde que a base de cálculo não seja idêntica: É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

Além disso, a quantia do valor da taxa deve ser calculada diretamente em relação ao custo do serviço que a motiva, sendo inconstitucionais aquelas que não obedecerem a esta regra:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS (TFE). LEI Nº 13.477/02 DO MUNICÍPIO DA SÃO PAULO. CRITÉRIO GERAL PARA DIMENSIONAR A EXAÇÃO. TIPO DE ATIVIDADE DESENVOLVIDA NO ESTABELECIMENTO DO CONTRIBUINTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. As taxas comprometem-se tão somente com o custo do serviço específico e divisível que as motiva, ou com a atividade de polícia desenvolvida. 2. O critério da atividade exercida pelo contribuinte para se aferir o custo do exercício do poder de polícia desvincula-se do maior ou menor trabalho ou atividade que o Poder Público se vê obrigado a desempenhar. Precedentes. 3. Recurso a que se nega provimento. (ARE 990914, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 20/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-212 DIVULG 18-09-2017 PUBLIC 19-09-2017).

III. IMPOSTOS

Segundo Eduardo Sabbag, em Código Tributário Nacional Comentado, 2ª edição, 2018:

> Imposto é tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> atividade estatal específica, relativa à vida do contribuinte, à sua atividade ou a seu patrimônio (art.16 do CTN). Esta figura tributária também é prevista pelo art. 145, I, da CF. É tributo não ligado à atividade estatal, ou seja, refere-se à atividade do particular, estando limitado ao âmbito privado do contribuinte.

A definição de imposto está descrita no art. 16 do Código Tributário Nacional: Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

A competência para cobrança de impostos é privativa de cada ente, sendo que a União pode instituir, a princípio, sete deles: Imposto de Importação (II), Imposto de Exportação (IE), Imposto de Renda (IR), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto sobre Operação Financeira (IOF), Imposto Territorial Rural (ITR), e Impostos sobre Grandes Fortunas (IGF).

A União pode instituir ainda o chamado "Imposto Residual" e o "Imposto Extraordinário", aqueles previstos no art. 154, inciso I, da Constituição Federal:

> Art. 154. A União poderá instituir:
> I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;
> II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

Os Estados e Distrito Federal instituem Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor (IPVA) e Imposto sob Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Os Municípios instituem o Imposto sobre Serviços (ISS), Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana (IPTU) e Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

Considerando o conceito de imposto, que tem por característica ser desvinculado de qualquer atividade estatal, o art. 167 da Constituição Federal proíbe como regra que sua receita seja vinculada a alguma despesa, estabelecendo exceções, casos em que a receita dos impostos poderá ser vinculada a determinadas despesas:

> Art. 167. São vedados:
>
> [...]
>
> IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

É de se ressaltar julgado do STF, relativo ao Imposto de Renda, baseado no princípio do *pecunia non olet* (dinheiro sem cheiro), aplicado ao fato de que a origem ilícita da renda não exime o contribuinte da obrigação de pagamento daquele imposto:

> Sonegação fiscal de lucro advindo de atividade criminosa: "non olet". Drogas: tráfico de drogas, envolvendo sociedades comerciais organizadas, com lucros vultosos subtraídos à contabilização regular das empresas e subtraídos à declaração de rendimentos:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> caracterização, em tese, de crime de sonegação fiscal, a acarretar a competência da Justiça Federal e atrair pela conexão, o tráfico de entorpecentes: irrelevância da origem ilícita, mesmo quando criminal, da renda subtraída à tributação. A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso – antes de ser corolário do princípio da moralidade – constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética. (STF, HC 77.530/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento em 25/08/1998)

O princípio encontra-se positivado no art. 118 do CTN:

> Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:
> I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;
> II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos

IV. CONTRIBUIÇÕES DE MELHORIA

Segundo Leandro Paulsen, em Curso de Direito Tributário, 8ª edição, 2017:

> Realizada obra pública que implique particular enriquecimento de determinados contribuintes, podem estes ser chamados ao seu custeio em função de tal situação peculiar que os distingue. Efetivamente, havendo benefício direto para algumas pessoas, é razoável que o seu custeio não se dê por toda a sociedade igualmente, mas especialmente por aqueles a quem a obra aproveite.

O tributo encontra-se disposto no art. 81 do CTN:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

A contribuição de melhoria, calculada em virtude da valorização imobiliária decorrente de obra pública, também é regulamentada pelo Decreto 195 de 1967, posterior ao Código Tributário Nacional de 1966. Este decreto estabelece quais são as obras públicas passíveis de cobrança da contribuição, bem como o procedimento para sua cobrança, como divulgação de Edital, e concessão de contraditório e ampla defesa aos contribuintes.

A melhoria que justifica a contribuição pressupõe valorização imobiliária, e segundo o STF, 2ª Turma, no RE 114.069-1/SP, Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 30.09.1994, DJ 02.05.1994:

> Sem valorização imobiliária decorrente de obra pública não há contribuição de melhoria, porque a hipótese de incidência desta é a valorização e a sua base de cálculo é a diferença entre os dois momentos: o anterior e o posterior à obra pública, vale dizer o *quantum* da valorização imobiliária.

V. EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS

Segundo Ricardo Alexandre, em Direito Tributário Esquematizado, 2017, pág. 83:

> Os empréstimos compulsórios são empréstimos forçados, coativos, porém restituíveis. A obrigação de pagá-los não nasce de um contrato, de uma manifestação livre das partes, mas sim de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> determinação legal. Verificada a ocorrência do fato. gerador, surge a obrigação de "emprestar" dinheiro ao Estado.

Os empréstimos compulsórios são tributos instituídos em lei complementar, e são de competência exclusiva da União. O art. 148 da Constituição traz as hipóteses autorizadoras da instituição do tributo, sendo que o fato gerador ficou a cargo do legislador:

> Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:
>
> I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;
>
> II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".
>
> Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

O inciso II do art. 148 da Constituição traz a regra de que o empréstimo compulsório estabelecido face à necessidade de investimento público urgente precisa obedecer à anterioridade de exercício, e o empréstimo estabelecido face às despesas extraordinárias e decorrentes de calamidade pública podem ser cobradas imediatamente.

No que toca sua cobrança, segundo o art. 15 do Código Tributário Nacional, é obrigatório que seja fixado na lei complementar que a instituir, o prazo do empréstimo e forma de restituição ao contribuinte:

> Art. 15. Somente a União, nos seguintes casos excepcionais, pode instituir empréstimos compulsórios:
>
> I - guerra externa, ou sua iminência;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> II - calamidade pública que exija auxílio federal impossível de atender com os recursos orçamentários disponíveis;
>
> III - conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo.
>
> Parágrafo único. A lei fixará obrigatoriamente o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate, observando, no que for aplicável, o disposto nesta Lei.

Em relação ao inciso III do art. 15 do CTN, considera-se não recepcionado pela Constituição Federal de 88.

Empréstimos compulsórios, no passado já foram considerados não tributários, como se vê pela Súmula 418, superada pelo STF: O empréstimo compulsório não é tributo, e sua arrecadação não está sujeita à exigência constitucional da prévia autorização orçamentária.

VI. CONTRIBUIÇÕES

Segundo Eduardo Sabbag em Direito Tributário Essencial, 2014:

> As contribuições são gravames cuja destinação se revela no financiamento de gastos específicos, no contexto de intervenção do Estado nos campos social e econômico, no cumprimento de ditames da política de governo.

O art.149 da Constituição estabelece quais são as contribuições previstas:

> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

As contribuições, de competência exclusiva da União são três, a saber: contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais.

As contribuições sociais se dividem em gerais, previdenciárias e outras contribuições.

Dentre as contribuições gerais está o salário educação, disposto no art. 212, §5° da Constituição Federal:

> Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.
>
> [...]
>
> § 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

Sobre o salário educação, sua constitucionalidade foi confirmada pela Súmula 732 do STF: É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996.

Há também a contribuição geral para o Sistema "S", conforme art. 240 da Constituição, cobrada dos empregadores sobre folha de salários de seus funcionários:

> Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

As pessoas jurídicas de direito privado integrantes do Sistema "S", mesmo não fazendo parte da Administração Pública, prestam serviços públicos, e por isso recebem estes valores.

As contribuições previdenciárias, cobradas do Empregador, do Empregado, do Importador e sobre receita de loterias estão dispostas no art. 195 da Constituição Federal:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
>
> I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
>
> a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
>
> b) a receita ou o faturamento;
>
> c) o lucro;
>
> II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;
>
> III - sobre a receita de concursos de prognósticos.
>
> IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

O art. 149 §1° da Constituição Federal traz exceção à competência federal para instituição das contribuições previdenciárias, quando permite aos Estados, Distrito Federal e Municípios cobrar dos seus servidores contribuição previdenciária para custeio do seu Regime Próprio de Previdência Social:

> § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

As "outras contribuições" são aquelas dispostas no art. 195, §4° da Constituição Federal, instituídas pela União por competência residual, mediante Lei Complementar: § 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

As contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE), são instituídas pela União, em setores nos quais seja necessário intervir indiretamente, mediante sua cobrança. A doutrina de Eduardo Sabbag, Direito Tributário Essencial, Editora Método, 2014, aduz que:

> O Brasil é um Estado intervencionista, voltado a comandar a vida econômica dos cidadãos, por meio de sua atuação estatal. Nesse cenário é que são cultivadas a existência das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico ou CIDEs.
>
> Há atividades econômicas que necessitam sofrer intervenção do Estado Federal, de modo a se provocar ora um controle fiscalizatório, regulando o fluxo de produção, ora uma atividade de fomento, tendente à melhoria do setor beneficiado, pontualmente selecionada.
>
> As CIDEs devem ter as finalidades ligadas às disposições constitucionais relativas à ordem econômica e financeira, sob a égide do art. 170, I a IX e seguintes da CF.

O art. 177 §4° da Constituição estabelece a cobrança de CIDE:

> Art. 177. Constituem monopólio da União:
>
> I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal.

[...]

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150,III, *b*;

II - os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes

São exemplos de Contribuições de Intevenção sobre Domínio Econômico a CIDE Combustíveis, regulamentada pela Lei n° 10.336/2001, e a CIDE Royalties, regulamentada pela Lei n° 10.168/2000.

Em relação às Contribuições de Interesse das Categorias Profissionais ou Econômicas, temos as contribuições – anuidades - cobradas no âmbito dos Conselhos Profissionais (CREA, CRC), e as Contribuições Sindicais.

As contribuições dos Conselhos são regulamentadas pela Lei 12.514/2011.

As contribuições sindicais, que até o advendo da reforma trabalhista eram obrigatoriamente descontadas em um dia de trabalho de qualquer empregado, sofreu mudança após a aludida reforma da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), pela Lei 13.467/2017.

Segundo Rafael Novais em Direito Tributário Facilitado, 2018:

> Até o advento da denominada "reforma trabalhista" (Lei 13.467/2017), essa contribuição classificou-se, pela doutrina e jurisprudência, como de natureza tributária, sendo obrigatória a todos os integrantes da respectiva categoria.
>
> Entretanto, com a modificação da previsão legal estampada na Consolidação das Leis Trabalhistas (arts. 578 e 579 da CLT), o pagamento dessa contribuição passa a ser condicionada a prévia e expressa autorização do participante da categoria econômica ou profissional.
>
> Passando, então, a ser facultativo seu pagamento, perderia uma das principais características dos tributos: a compulsoriedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A redação da CLT para as respectivas contribuições sindicais estão nos arts. 578 e 579, com redação dada pela Lei 13467/2017:

> Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.
>
> Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.

A facultatividade da contribuição sindical foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2018:

> São compatíveis com a Constituição Federal os dispositivos da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) que extinguiram a obrigatoriedade da contribuição sindical e condicionaram o seu pagamento à prévia e expressa autorização dos filiados. (STF. Plenário. ADI 5794/DF, Rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgado em 29/6/2018 -Info 908).

Necessário diferenciar ainda as contribuições sindicais das contribuições confederativas, que não possuem caráter compulsório, mediante compreensão da Súmula Vinculante n° 40: A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Ainda, há a Contribuição sobre Iluminação Pública (COSIP), de competência somente dos Municípios e DF, incluída na Constituição pela Emenda Constitucional 39/2002, em virtude da impossibilidade de ser cobrada mediante taxa, por ser serviço *uti universi*, e por não poder ser considerada imposto, que não pode ser vinculado à atividade específica, que se depreende da *Súmula* Vinculante 41: O serviço de *iluminação pública* não pode ser remunerado mediante taxa.

Parte da doutrina compreende a COSIP como contribuição "sui generis". Cada Município deve fazer lei própria para efetuar a cobrança, segundo art 149-A da Constituição:

> Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.
>
> Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

Merece destaque, ainda, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), regulado pela Lei 8.036/1990. Em seu artigo 15, a lei estabelece que o empregador depositará em conta vinculada, 8% da remuneração do trabalhador:

> Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8% da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Segundo a Súmula 353 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), esse depósito de 8% para FGTS não configura tributo: As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS.

Diferente é a cobrança da Lei Complementar 110/2001, cujas contribuições sociais gerais foram consideradas tributárias pelo STF no julgamento das ADI n° 2556-2 E 2568-2. Eduardo Sabbag, em Manual de Direito Tributário, Saraiva, 2017, explica:

> A título de reforço, não se deve confundir o FGTS com as contribuições sociais federais, criadas pela LC n. 110/2001. Conforme já se estudou, tais exações foram consideradas, pelo STF, "contribuições sociais gerais". (STF, MC na ADI 2.556, rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 09-10-2002).
>
> Tal norma instituiu duas contribuições sociais, ambas com o objetivo de incrementar as receitas ao FGTS. É que se tornou necessária a complementação de atualização monetária a que tinham direito os trabalhadores, em virtude dos expurgos inflacionários das contas vinculadas ao referido Fundo (referentes aos planos econômicos Collor, Bresser e Verão) que não foram devidamente implementadas pela Caixa Econômica Federal.
>
> Em 17 de março de 2015, a 2ª Turma do STJ, no REsp 1.487.505/RS (rel. Min. Humberto Martins), entendeu que "a contribuição social prevista no art. 1º da LC n. 110/2001, a ser suportada pelo empregador, não se encontra revogada, mesmo diante do cumprimento da finalidade para qual a contribuição foi instituída". A contribuição prevista no art. 1º da LC n. 110/2001 incide sobre o saldo de FGTS quando houver despedida sem justa causa, sendo suportada pelo empregador. Não há motivos para se inferir que seja temporária, como ocorre com aquela prevista no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

art. 2º da mesma Lei, cujo prazo de vigência foi de sessenta meses, a contar de sua exigibilidade.

V. CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que os tributos possuem cinco espécies tributárias reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais.

No que diz respeito aos impostos, cada ente possui competência privativa para instituição, e são, a princípio, desvinculados de qualquer prestação estatal, havendo exceções no art. 167, inciso IV, da Constituição Federal.

As taxas são tributos contraprestacionais, possíveis para cobrança de serviços públicos específicos e divisíveis, e pelo poder de polícia.

As contribuições de melhoria, também consideradas tributos contraprestacionais, são cobrados mediante obras públicas que gerem valorização imobiliária.

Os empréstimos compulsórios, de competência exclusiva da União, são cobranças permitidas em casos de calamidade, guerra, e investimento público de relevante interesse nacional, devendo ser restituído ao contribuinte em prazo e condições estabelecidas em lei complementar.

No que diz respeito às Contribuições Especiais, estas podem ser Gerais, aquelas que remuneram o Sistema "S" e o Salário educação; Previdenciárias, mediante cobrança de empregado e empregador, importador, e concurso de prognósticos; Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico; e no interesse de categorias econômicas e profissionais, sendo as contribuições cobradas como anuidades por conselhos de fiscalização profissional, e as contribuições sindicais, que sofreram mudança em virtude da facultatividade imposta pela Reforma Trabalhista nos artigos 578 e 579 da CLT.

VI. REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

SABBAG, Eduardo de Moraes. Direito Tributário Essencial / Eduardo de Moraes Sabbag. – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, out./2014.

SABBAG, Eduardo. Código Tributário Nacional Comentado / Eduardo Sabbag. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

SABBAG, Eduardo Manual de direito tributário / Eduardo Sabbag. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017

PAULSEN, Leandro Curso de direito tributário completo / Leandro Paulsen. – 8.ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário *I* Ricardo Alexandre - 11. ed. rev~ atual. e amp1. - Salvador – Ed. JusPodivm, 2017.

NOVAIS, Rafael. Direito tributário facilitado – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02/11/2018.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em 02/11/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PROCESSO PENAL E TRIBUNAL DO JÚRI

LAIRA PRISCILA ALVES MILHOMEM: Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

LUCIANA AVILA ZANOTELLI

(Orientadora)[1]

RESUMO: O estudo em questão tem como objetivo ressaltar as funções do Tribunal do Júri e a influência da mídia nas decisões do Conselho de Sentença através de pesquisa bibliográfica sobre o tema proposto. Nesta conjuntura, questiona-se: Há influência da repercussão midiática sobre as decisões do Conselho de Sentença? A fim de responder a esta questão descortinamos que a mídia obtém o poder de interferir nessas decisões, provocando reações naqueles diretamente envolvidos com o devido processo legal relacionado ao caso exposto, podendo levar a uma sentença equivocada. Ao noticiar atos judiciais e criminosos, é imprescindível que a objetividade seja praticada pela mídia e os abusos cometidos devem ser reprovados.

PALAVRAS-CHAVE: Mídia; Processo Penal; Tribunal do Júri; Presunção da Inocência.

ABSTRACT: The study in question aims to highlight the functions of the Jury and the influence of the media in the decisions of the Sentencing Council, through a bibliographical research on the proposed theme. At this juncture, the question is: Is there an influence of the media repercussion on the decisions of the Sentencing Council? In order to answer this question, we see that the media obtains the power to interfere in these decisions, provoking reactions in those directly involved with due process of law related to the case, and may lead to a wrong decision. In reporting criminal and judicial acts, it is imperative that objectivity be practiced by the media and the abuses committed should be disapproved.

KEYWORDS: Media; Criminal Proceedings; Jury Court; Presumption of Innocence

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 2.1 A Dignidade da Pessoa Humana como princípio . 2.2 O Princípio da presunção da inocência. 3. TRIBUNAL DO JÚRI. 4. O COMPORTAMENTO DA MÍDIA NOS PROCESSOS PENAIS DE ALTA REPERCUSSÃO. 4.1 A mídia e a liberdade de imprensa. 4.2 Análises de casos penais de alta repercussão na mídia. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Será fomentado um debate sobre as informações e a publicidade dispensada aos atos processuais, relacionando-as com a progressiva influência exercida sobre a sociedade pelos meios de comunicação de massa, principalmente, quando se referem ao processo penal ou, mais precisamente, ao réu de um delito com ampla repercussão social.

O estudo em questão terá ainda como objetivo geral examinar a perspectiva fornecida pelos veículos de comunicação a eventos que serão sujeitos a tal exposição, e qual o alcance de sua influência no juízo de valor daqueles que compõem o conselho de sentença no Tribunal do Júri.

Segundo Braga (2013), ao desenvolver atividade informativa e dar conhecimento público às reportagens sobre crimes de repercussão, a mídia sensacionalista demonstra falha na imprescindível ética profissional, bem como de consciência garantista, visto que antecipam e provocam a fúria da sociedade, gerando ideias vingativas e de horror.

A mídia se investe do poder de identificar o réu, dar a ele publicidade para torna-lo afamado e invoca os cidadãos para provir uma sentença prévia, sem análise de provas e direito ao contraditório. Mello (2010) questiona se é possível confiar na imparcialidade, racionalidade e bom senso de tal julgamento. Não estaria este ignorando a presunção da inocência caucionada pela Constituição Federal? Que medidas podem ser tomadas para impedir a manipulação do público causada pela mídia?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Segundo o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, bem como de acordo com o Pacto San Jose da Costa Rica, em seu artigo 8º, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos no artigo XI, ninguém será declarado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tornando-se um limite garantidor ao indiciado por crimes.

Sendo assim, de acordo com o termo presunção de inocência, o suspeito não praticou nenhuma ilicitude, até que o contrário seja provado: o indivíduo não tem como responsabilidade ou obrigação a exposição de sua imagem, tampouco de revelar-se sobre o ato sob o qual está suspeito. Dessa maneira, vê-se que a infração à presunção de inocência é o âmago dos vitupérios da mídia.

Os objetivos específicos estarão restritos a acometer a apreciação da instituição constitucional do Tribunal do Júri; evidenciar a possível falta de autenticidade das informações veiculadas pela mídia; elucidar a existência da presunção da inocência e a dignidade humana, ainda que se contraponham à liberdade de expressão e imprensa; revelar aos leitores a realidade de uma senda imparcial, pré-estabelecida e técnica para que seja possível absolver ou penalizar, refutando que o conselho formador do Júri compareça ao julgamento com a formação antecipada de um juízo de valor.

A escolha do tema justifica-se pela frívola especulação jurídica do valimento dos veículos de comunicação social na composição do juízo de valor daqueles que, no ensejo, serão investidos do poder de julgar, ressaltando que, em maioria, são leigos, e a mídia é uma autêntica doutrinadora de opiniões.

O método a ser utilizado será o estudo de referências bibliográficas voltadas para o tema, bem como a análise dos resultados de casos de alta repercussão midiática no Brasil. O presente artigo divide-se em: introdução; princípios da presunção da inocência e da dignidade da pessoa humana; o tribunal do júri; o comportamento da mídia nos processos penais de alta repercussão; e considerações finais.

2. PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2.1 A Dignidade da Pessoa Humana como princípio

A distinção da dignidade da pessoa humana advém da consideração do homem como centro do universo jurídico, abrangendo todos os seres humanos, considerados de forma individual, de modo que a ordem jurídica não manifeste efeitos de maneiras distintas ante a dois indivíduos. A dignidade da pessoa humana é princípio balizador não somente do direito e do processo penal, mas sim de todo o ordenamento jurídico e dos próprios Direitos Humanos.

Princípio define-se como um preceito central de um sistema, sendo pilar essencial do mesmo, disposto fundamentalmente e transmitido sobre normas distintas a fim de servir de critério para seu exato entendimento, por definir a racionalidade e lógica do sistema de normas, no que confere a ideia principal e dar-lhe sentido coerente. (MELLO, 1986)

O princípio da dignidade da pessoa humana preconiza uma obrigação de continência e de procedimentos positivos com tendências a perfazer e proteger a pessoa humana. O Estado tem o dever de respeitar, proteger e fomentar os requisitos que possibilitam a vida com dignidade.

Visto que a valorização da pessoa humana é concebida para o Direito e a estrutura organizacional do Estado como sendo uma razão fundamental, a dignidade da pessoa humana permanece no núcleo da ordem jurídica no Brasil. Esta, sendo considerada um dos alicerces fundamentais da organização do Estado brasileiro, foi elevada pelo legislador constituinte ao nível de princípio fundamental da República Federativa do Brasil e, consequentemente, do Estado Democrático de Direito, sendo previsto no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988. (AFONSO, 2000)

O princípio da dignidade da pessoa humana contraiu universalidade assim que foi enunciado no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos:

> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...). Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Consequente, foi proclamado em seu artigo 1º que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em direitos e dignidade, devendo agir uns para com os outros em espírito e fraternidade, munidos de consciência e razão". Assim a dignidade pautara as relações humanas como um todo, sendo parte do núcleo essencial de toda pessoa.

A peculiaridade da dignidade da pessoa humana é tal que possui, simultaneamente, caráter de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica, de acordo com Silva (1998). No entanto, pode-se afirmar que ao instituí-la como fundamento da República Federativa do Brasil estabelecida em Estado Democrático de Direito, a Constituição dá-lhe algo mais além. O fato de ser um fundamento implica que se institui em um valor supremo, em um valor basilar da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Desta maneira, torna-se um princípio não só de ordem jurídica, mas, outrossim, de ordem política, social, econômica e cultural, implicando em seu caráter de valor supremo, visto que pertence basilarmente a toda vida da nação e do mundo.

Mendes (2008) é defensor de que a intuição de que os préstimos mais relevantes do homem em sua existência valem estar protegidos em documento jurídico com influência vinculativa máxima e a gratulação da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico, seguem unidos no tempo, incólume às maiorias determinadas no calor de momentos contrários ao respeito devido à humanidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, em que se pondere o alto nível de irresolução, estabelece juízo para associação da ordem constitucional, dedicando-se para gratulação de direitos fundamentais anômalos e, logo, as presunções primordiais à vida humana caucionam-se como direitos fundamentais.

2.2 O Princípio da presunção da inocência

O princípio da Presunção de Inocência é um dos princípios de base do Direito, sendo dirigente por defender a liberdade dos sujeitos, estando previsto pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, onde se lê: "ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória". Toda e qualquer legislação infraconstitucional deve haurir e acatar tal princípio, considerando que a Constituição Federal é a lei suprema brasileira. (SOUZA, 2011)

Segundo Silva (2016), esta é uma garantia conjecturada na relação de direitos e garantias do cidadão na CF, sendo basilar para o devido processo legal que cauciona ao réu um julgamento justo e perfunctória execução de pena após o trânsito em julgado de inapelável decisão.

De acordo com Souza (2011), o Estado brasileiro possui o direito-dever, bem como o interesse, em apenar indivíduos que ajam em desconformidade com a lei, sendo possível que uma sanção seja estabelecida para os mesmos. Entretanto, este direito do Estado necessita estar em consonância com o respeito à liberdade pessoal, sendo este um bem jurídico não passível de privação, senão conforme a lei. Sendo assim, o autor afirma ainda que frente ao cometimento de uma ilicitude, é necessário que o Estado respeite o suposto responsável pela mesma para que lhe inflija pena, assegurando-lhe todas as garantias previstas na Constituição Federal, e possibilitando sua defesa, sem que sua liberdade seja cerceada. Portanto, o réu será considerado inocente enquanto não decorrer sentença transitada em julgado proveniente de um devido processo legal onde o Estado fundamente a culpabilidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Silva (2016) ressalta que houve um conflito doutrinário relativo à forma como o princípio foi explanado em nossa Constituição, supondo que o texto abarcaria a não-culpabilidade e não a presunção de inocência em vias de regra. Analisando de maneira literal, a não-culpabilidade revelada no texto constitucional conferiria uma redação negativa, visto que não asseguraria que o cidadão fosse considerado inocente, mas apenas como não-culpado até que a instrução processual se findasse. No entanto, o Brasil validou a Convenção de San José da Costa Rica, que literalmente assegura a presunção de inocência e, conforme interpretação proveniente do texto constitucional, o acordo internacional que trata sobre direitos humanos tem força de norma infra-constitucional e supra-legal.

Em sua tese, Moraes (2010) explica que a presunção de inocência pode ser interpretada como garantia política, como regra de julgamento em caso de dúvida, bem como, regra de tratamento do réu no decorrer do processo judicial. No entanto, como regra de julgamento, a presunção da inocência caracteriza-se com resultado *in dubio pro reo*, consistente em aforar o acusado sempre que não gerarem provas hábeis a manter decreto condenatório após o trâmite instrutivo processual, ou, na existência de provas, ainda exista dúvida plausível relacionada a lavra ou a materialidade do fato pretensamente típico.

Dessa forma, o referido princípio confirma que o estado de inocência só pode ser afastado com a condenação decretada por autoridade abalizada, em decisão transitada em julgado ou inapelável, proferida em tribunal válido e em conformidade com a legislação vigente no país, ou seja, qualquer ato de terceira pessoa (ou pessoas), que no caso do presente trabalho seriam os operadores midiáticos, que fira tal princípio não só é ilegal, mas fere frontalmente as bases do direito penal e do Estado Democrático de Direito.

3. TRIBUNAL DO JÚRI

A figura do Tribunal do Júri tem uma extensa história que se desenrolou no decorrer das épocas, com certas particularidades em cada nação, observando, no entanto, ordinariamente uma prática similar na qual são reunidos julgadores magistrados e julgadores imperitos com o intuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

de desenvolver o desenlace de processos dotados de relevante seriedade bem como alta repercussão no meio social.

No Estado brasileiro, o Tribunal do Júri foi criado em 1822, segundo Hagemann (2011), estando atualmente previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, e compõe-se, de acordo com o artigo 447 do Código de Processo Penal, de "[...] 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento", e é incumbido de comprovar ou contraditar a realidade de uma ilicitude controvertido a um sujeito. (BRASIL, 2017).

A finalidade do Tribunal do Júri é a de "ampliar o direito de defesa dos réus, funcionando-se como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida e permitir que, em lugar do juiz togado, preso a regras jurídicas, sejam julgados pelos seus pares", segundo Capez (2009). Assim é preciso notar que além do direito de ser julgado por seus pares em crimes dolosos contra a vida constituir (ou dever constituir) uma ampliação da possibilidade de defesa do réu, a própria Constituição Federal em seu art 5º XXXVIII, ao prever a plenitude de defesa nos procedimentos sujeitos o julgamento pelo tribunal do Júri vem igualmente confirmar tal finalidade. Assim parece que a distorção de tais garantias em função da liberdade de informação, seria uma séria violação ao próprio instituto do Tribunal do Júri.

O Tribunal do Júri tem sua previsão e regulamentação tanto no Código de Processo Penal (CPP), quanto na Constituição Federal (CF). Enquanto o CPP traz sua organização interna e procedimento, prevendo inclusive a existência de duas fases, uma de formação da culpa e outra para o procedimento de plenário propriamente dito, a composição do conselho de sentença, as possibilidades de afastamentos de jurados, entre outros, a CF traz a competência exclusiva para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e ainda a plenitude de defesa (que seria a maior e mais completa defesa possível do réu, diferente da ampla defesa – que possibilita somente a existência de defesa técnica), o sigilo das votações e, por fim a soberania dos vereditos (LOPES JUNIOR, 2018). Nesta última previsão reside a questão central do presente trabalho, pois, sendo os

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

vereditos soberanos, caso haja distorção da percepção dos jurados provocada por terceiro, alheio ao processo (no caso a mídia), há como se dizer que o justo julgamento foi dado?

Ainda, segundo a legislação processual penal, é exigido dos jurados idoneidade moral notória, sendo que os mesmos serão apurados do meio comunitário onde o crime doloso tenha ocorrido. Para servir a tal função, o alistado necessita possuir mais de dezoito anos, sendo isentos quando maiores de setenta anos, nesse caso, tendo sua participação facultada.

A sentença cabe ao juiz, como está definido no Código de Processo Penal em seu artigo 492. Apesar do nome, não compete aos jurados a lavratura da mesma.

Após a redação da Carta Magna de 1988, o Tribunal do Júri passou a possuir como princípios constitucionais de base: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para julgar crimes dolosos contra a vida, segundo Gomes (2015).

É preciso esclarecer que a plenitude da defesa consiste em um elemento intrínseco da sistemática do Júri, que demonstra a necessidade de que a defesa faça uso de todos os instrumentos legais existentes para que o réu possa ser absolvido. Já o sigilo das votações tem como objetivo impedir que a divulgação do caso tenha influência na isenção e independência dos jurados no momento do voto, para que interesses duvidosos não os leve a uma decisão injusta, enquanto a soberania dos veredictos ressalta a relevância das decisões do Júri, impedindo que estas sejam modificadas por um Tribunal *ad quem*, tendo por base assegurar que o que for decidido pelo povo permaneça. (NUCCI, 2013)

Considerando que os jurados são cidadãos antes mesmo de exercerem o dever cívico, estes já manifestaram suas opiniões no decorrer de discussões realizadas em seu meio social e instigados pela mídia, influenciando-se pelas afirmações de terceiros. Diante disso, no artigo 427, caput, do Código de Processo Penal, o legislador anteviu a possibilidade de desaforamento, podendo este ser aplicado nas situações em que a imparcialidade do júri é questionada. No entanto, alguns casos de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

homicídio geram publicidade exacerbada, o que torna a mudança de comarca do julgamento insuficiente.

Apenas nos crimes de repercussão local, o desaforamento é, de fato, eficiente, já que em casos de repercussão nacional o sentimento de revolta da população é disseminado pelas divulgações da imprensa em todo o território brasileiro. Nestas circunstâncias, é sugerido pela doutrina que o processo seja suspenso até que se finde ou reduza o entusiasmo dos veículos midiáticos acerca do caso.

Embora a liberdade de imprensa seja de importância indiscutível para a garantia da democracia, ainda não pode ter prioridade absoluta sacrificando a imagem do réu. Dessa maneira, o júri seja talvez o único elemento do poder judiciário capaz de ser alcançável à intervenção da sociedade, fazendo-se necessário seu aperfeiçoamento para que adeque-se à existência da nossa sociedade globalizada e tecnológica.

4. O COMPORTAMENTO DA MÍDIA NOS PROCESSOS PENAIS DE ALTA REPERCUSSÃO

4.1 A mídia e a liberdade de imprensa

Em uma sociedade regida pela democracia, os veículos midiáticos não só tem o poder de informar, mas também de criar debates, interagir com a comunidade, distribuir notícias e elucidar fatos da sociedade, permitindo que o homem, a partir disto, exteriorize suas ideias ao receber informações. Ao passo que o indivíduo se manifesta, desenvolve suas capacidades e contribui com a sociedade, agindo de maneira positiva.

A Lei Fundamental Brasileira preconiza em seu artigo 5º, inciso IX que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" e no artigo 220, que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

A Constituição, tendo em vista o passado recente do Brasil, em que a liberdade de informação era regulada pelo poder instaurado, a chamada censura, buscou garantir que o sagrado direito de informar fosse preservado de forma inconteste, trazendo o mesmo para o rol dos direitos individuais, que por sua vez foram alçados, pelo artigo 60 da CF a cláusulas pétreas. Assim, a constituição expressa manifestadamente a defesa da liberdade na escolha da profissão, da livre manifestação de pensamento e informações, dessa maneira, não há a perspectiva de que a imprensa seja vedada ou reprimida quanto a noticiar algum fato.

As liberdades de expressão e de imprensa, conquistas almejadas de um Estado Democrático, existem também como contraponto da interferência negativa dos veículos midiáticos sobre a presunção da inocência dos réus. Assim como a presunção da inocência, a liberdade de expressão é um princípio constitucional, sendo ambas garantias fundamentais e merecedoras de tutela do ordenamento jurídico em desfavor de descomedimentos do Estado.

Isto posto, verifica-se a existência conflituosa entre as garantias individuais do acusado e a liberdade de expressão, visto que ambos são princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. Tal conflito dá-se quando algo é permitido por um princípio e vetado por outro, tratando-se de uma circunstância onde os direitos não podem ser hierarquizados e, portanto, o caso consistente dirá qual deles deve recuar para que o outro permaneça. (MELLO, 2010)

A investigação de um crime e sua respectiva punição são assuntos de interesse da sociedade, visto que sua ocorrência é um acontecimento público. Desta maneira, faz-se também de interesse público a ação dos órgãos encarregados pela consumação do poder do Estado, incluindo o Poder Judiciário, perante a situação supracitada. Considera-se ainda a circunstância de que os policiais, os integrantes do Ministério Público, os Juízes e os funcionários da justiça são agentes públicos e, portanto, suscetíveis à livre crítica popular, desde que sejam referentes aos assuntos pertinentes ao interesse público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Os sujeitos processuais, em sua maioria, utilizam-se de linguagem técnica jurídica e, muitas vezes, fazem uso de expressões excessivamente pedantescas, enquanto os meios de comunicação de massa desfrutam de maneiras a facilitar o entendimento da sociedade sobre os atos do processo legal.

O papel da imprensa, por conseguinte, é de transmitir os atos processuais de forma simples e clara, fazendo com que alcancem o saber da população, despindo-se da linguagem técnica utilizada pelos sujeitos processuais, ressaltando a linguagem simplória que caracteriza os meios de comunicação social.

Os veículos midiáticos, na ânsia de auferir lucros, fazem uso das informações acerca do fato de maneira sensacionalista, criando shows legítimos e transmutando-o em entretenimento para os cidadãos a que se dirigem, não tendo um rigoroso crivo quanto à seleção das notícias, sem questionar a veracidade dos fatos, visando obter altos índices de audiência, posteriormente convertidos em dinheiro. Ressaltando ainda que, por serem instrumentos de formação da opinião pública, tal postura se torna ainda mais relevante (GOMES, 2015).

De acordo com o aspecto ressaltado por Guareschi (2000), as opiniões sobre os fatos abordados são influenciadas e formadas pelo poder possuído pela mídia. A intervenção da mídia se reflete de maneira negativa, tratando-se das questões penais brasileiras, visto que eventualmente não correspondem à apuração verdadeira dos fatos por meio de inquérito, trazendo prejuízo ao réu.

Considerando que esta informação tenha caráter emergencial, trazendo ela também grande carga de comoção popular, não existe abertura alguma para que o Direito se redima da responsabilidade de limitar os meios de imprensa quanto às suas atividades e clarificar a todos a verdade de que o processo de acusação é de obrigação da Justiça, sendo ele obediente ao devido processo penal e contraditório, não podendo resultar em sanções sintéticas e sem direito à defesa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Com a popularização dos veículos midiáticos, como a internet e as redes sociais, muitas informações são multiplicadas e disseminadas a todo minuto alcançando os indivíduos de forma assídua. Desta maneira, a chamada "opinião pública" torna-se um resultado da influência da mídia sobre a sociedade como um todo.

Relevando o que vivenciam diariamente, as pessoas atribuem a cada caso o caráter de bom ou mal, não percebendo que são influenciadas pela imprensa ou outras pessoas em seu convívio. Os selecionados para compor o júri são pessoas comuns que possuem todas essas peculiaridades em seu cotidiano, possuindo assim ingerência de opinião sobre o juízo do caso que será debatido em Tribunal. (BARBOSA, 1950)

Mendonça (2013) afirma que as pessoas dão credibilidade ao que é veiculado pela mídia pelo fato de não alcançarem os fatos comprovados por fontes reais. O indivíduo componente do júri condena ou absolve o acusado antes de promover seu voto, munido em seu subconsciente de convicções falsas acerca do caso obtendo a formação de um pré-julgamento. Desse modo, a cobertura aferrada dos veículos de imprensa pode incorrer no decreto da condenação do réu não culpado verdadeiramente.

Em vias de regra, os crimes dolosos contra a vida tem sido atrações para o sensacionalismo midiático, não raramente impelindo o Conselho de Sentença a reforçar a opinião pública em agravo de sua plena convicção. Desta forma, prejudica-se a admoestação citada no art. 466 do Código Processual Penal produzida pelo Juiz aos Jurados: "Em nome da lei, concito-vos a examinar com imparcialidade esta causa e a proferir a vossa decisão, de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça". (BRASIL, 2017)

Alguns veículos da mídia, investidos com rótulos de "justiceiros", expõem o nome de suspeitos prováveis, taxando-lhes como réus ou mesmo acusados, ainda que não estejam estes respondendo a um processo. Nestas circunstâncias, o cidadão percebe-se apontado como culpado pelos veículos de comunicação em massa e, ainda que em teoria esteja amparado constitucionalmente pelo princípio da presunção da inocência, resulta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

sendo exposto e obtendo a maçada em arrostar um Conselho de Sentença enodoado por uma investigação jornalística que nem sempre condiz com a realidade dos fatos apurados, tampouco com os princípios éticos. (PRATES, 2008)

A publicidade do processo em que o acusado possa acompanhar e ter controle sobre os atos, tendo participação ativa e promovendo a tutela de seus direitos por meio do processo legal, é o meio de salvaguardar as mínimas garantias para um processo justo e imaculado. Sob a perspectiva do réu, esta publicidade torna-se uma garantia de regularidade e segurança do procedimento, promovendo o direito à defesa.

Em contrapartida, o réu recebe o estereótipo de criminoso ao passo que é o cerne das notícias, oferecendo a oportunidade da exibição de um espetáculo de punição pública em nome da "justiça", evitando que o mesmo tenha garantidos seus direitos ao devido processo legal, a ampla defesa e ao princípio da presunção da inocência.

A essência da mídia é informar. De forma geral, a imprensa, sendo impressa ou virtual, é investida do papel fundamental de divulgar todo tipo de informação à sociedade. No entanto, os veículos midiáticos não são meros transmissores de informações. Ao passo que informa, também pratica o ato de formar. Ao inteirar-se de uma informação, o cidadão, de maneira geral, tem a liberdade de formar seu juízo sobre o conteúdo divulgado, altivamente da postura ostentada pelo locutor.

A verdade da mídia muitas vezes não é condizente com a verdade do processo. Os fatos processuais enquanto divulgados pelos veículos midiáticos estão sujeitos à interpretação do jornalista que, buscando uma reportagem que repercuta e lhe traga massiva atenção, não raramente, promove investigações particulares, atuando paralelamente ao judiciário, buscando evidências ou elementos que, de alguma maneira, interfiram no andamento processual.

Assim sendo, é possível perceber que, através de um processo de racionalização, a mídia atua de maneira ideológica ao, segundo Thompson (2011), construir "uma cadeia de raciocínio que procura defender, ou

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

justificar, um conjunto de relações ou instituições sociais, e com isso persuadir uma audiência de que isso é digno de apoio". O autor ressalta ainda que os veículos de comunicação agem ideologicamente utilizando-se do recurso da narrativização, onde as premissas de autenticação "estão inseridas em histórias que contam o passado e tratam o presente como parte de uma tradição eterna e aceitável".

A força da imprensa é notável em tudo que divulga e tudo o que emudece. No que se diz respeito à esparzir ideias também é eficaz, tendo o elementar intuito de fazer parecer que vivemos no mundo estampado nas capas de revistas, nos programas de televisão, e na tela de computador ou celular.

4.2 Análises de casos penais de alta repercussão na mídia

O comportamento da mídia pode comprometer as garantias fundamentais e invioláveis dos cidadãos enquanto torna públicos os acusados em crimes de grande repercussão, de modo que influencie as opiniões dos populares que, por meio do Tribunal do Júri, tem o poder de decidir o desfecho do processo baseados em referências ofertadas pelos veículos de comunicação.

Para fins demonstrativos, é relevante mencionar um dos casos reais em que o obstinado desempenho da mídia tornou os fatos ocorridos em um caso de repercussão em todo o território brasileiro, comovendo a sociedade a ponto de que esta se manifestasse de forma geral.

No dia 29 de março de 2008, após ter sido defenestrada da janela do sexto andar do edifício London, em São Paulo, uma menina de cinco anos foi encontrada morta. A mídia divulgou o homicídio de Isabela Nardoni, apontando como coautores do crime Alexandre Nardoni e Ana Carolina Jatobá, pai e madrasta da vítima, tendo grande repercussão nacional devido às evidências encontradas no local do ocorrido.

A notícia tomou grandes proporções, sendo massivamente citada em diversos veículos midiáticos, onde eram transmitidas simulações do evento, bem como, opiniões de especialistas e leigos, como na revista ISTO É [2], em que intitularam a notícia como "A morte inaceitável de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Isabella" e reproduzia cartas amáveis dos réus à vítima. Tudo isto acabou convergindo no acontecimento do dia 07 de maio, onde o Juiz de Direito do II Tribunal do Júri da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, após ter a denúncia apresentada pelo Promotor de Justiça Francisco Cembranelli, decretou a prisão preventiva dos suspeitos utilizando como fundamento a garantida da ordem pública.

No entanto, a doutrina ressalta que prisão preventiva decretada com base nesse fundamento deve-se quando tem por objetivo evitar que o agente possa agir de forma delinquente durante a persecução criminal, arriscando a paz no meio social.

Em 31 de outubro do referido ano, o juiz de direito Maurício Fossen proferiu a sentença pronunciando os suspeitos para que se submetessem ao Tribunal do Júri pela prática de crime doloso consumado e triplamente qualificado, conforme a denúncia apresentada pelo Promotor de Justiça.

Por fim, no ano de 2010, o casal acusado foi levado a um julgamento de cinco dias de duração, noticiado continuadamente, como na publicação do ESTADÃO[3] que reproduziu o depoimento de Ana Oliveira, mãe da vítima. A sessão resultou na condenação dos réus, refletindo assim a influência e pressão da mídia acerca do caso, visto que desde o momento em que o ocorrido foi noticiado o casal teria sido rotulado como criminosos de evidente barbárie e covardia.

Outro caso de grande repercussão nacional foi o de Elisa Samúdio, no qual, em julho 2010, o goleiro Bruno Fernandes foi acusado de homicídio e ocultação de cadáver.

Ainda que nenhum vestígio do corpo tenha sido encontrado, gerando dúvidas sobre a morte em si e do *modus operanti* do crime, a mídia apontou o goleiro como mentor do homicídio, apresentando detalhes da decorrência dos fatos e até mesmo do suposto destino dado ao cadáver da vítima.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

No entanto, Bruno Fernandes foi condenado a 22 anos e 3 meses de prisão, mesmo com a argumentação da defesa de que não havia provas contra o réu e que a condenação de seu cliente estava sendo manobrada pela mídia.

Como contraponto, outro caso com circunstâncias semelhantes ao de Elisa teve outro fechamento. Como relembrado pelo sítio do jornal DIÁRIO DA MANHÃ[4], Claudia Hartleben sumiu inexplicavelmente na noite de 09 de abril de 2015, quando voltava para casa após sair da casa de uma amiga.

O Ministério Público garantiu que as provas mostravam que Claudia havia estado em sua residência naquela noite. Apenas o filho estava em casa, mas este alegou que estava dormindo e não a viu ou ouviu chegar. Várias diligências foram efetuadas pela polícia, resultando na conclusão do MP de que Cláudia teria sido vítima de um crime cometido por pessoas próximas a ela.

O promotor, José Olavo Passos, denunciou o filho de Claudia, João Félix Hartleben Fernandes, e o ex-marido da vítima, João Morato Fernandes, por homicídio qualificado, feminicídio e ocultação de cadáver, mas o juiz entendeu que as provas eram insuficientes e rejeitou o caso. O MP recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado (TJ-RS) que não acatou o recurso.

As investigações foram retomadas, mas o caso permanece sem solução até o presente momento, devido à falta de algo que comprove a materialidade do crime.

Nota-se diferente tratamento dado a casos com similitudes jurídicas, porém diferenças exponenciais no quesito exposição midiática, fazendo com que seja importante questionar qual o ponto de interferência e qual o papel da mídia como atora no jogo do processo penal.

5. CONCLUSÃO

De um lado está o povo, naturalmente curioso, sôfrego por informações relacionadas aos fatos em seu meio social, tornando a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

comunicação social uma necessidade existencial para a vida em comunidade, a fim de promover a fácil convivência entre os pares em ambientes diversificados, fazendo-se cumprir sua função como cidadão.

No outro lado encontra-se a mídia, protegida pela operacionalização da liberdade de expressão (a liberdade de imprensa) que foi restituída no país após o período opressor da ditadura militar, tendo a função de noticiar informações ou opiniões sobre acontecimentos de relevância para a sociedade.

É possível concluir que a mídia tem poder determinante em diversos julgamentos criminais onde sua influência prejudica a imparcialidade daqueles que possuem o dever cívico de julgar seus pares.

Em tempos em que a imprensa tem fortes tendências ao sensacionalismo não obstante se preocupando em exercer a função social de informar à sociedade sobre os acontecimentos a sua volta, o resultado evidente é aquele onde as notícias são enfeitadas e suas essências desrespeitadas a fim de ganhar audiência.

É necessário que os interesses sejam medidos para que o processo legal justifique sua existência realizando a justiça, garantindo direitos, comprovando a culpa daqueles que realmente tenham praticado fato típico de ilicitude.

A publicidade dos processos e atos jurídicos em seu decorrer foi criada com a finalidade de garantir um julgamento justo ao réu e controlar a atividade do Poder Judiciário pela sociedade. A utilização desta pelos veículos de mídia de maneira que contrarie essas garantias não deve ser consentida. Não se justifica o processo e a punição delegada ao Estado quando não há justiça. A censura de imprensa não deve existir, no entanto, há a necessidade de que limites e responsabilidades sejam respeitados.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRAGA, Lorena Corrêa. **O poder da mídia e seus reflexos na ordem jurídica penal.** Rio Grande do Sul, 18 de abril de 2013. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/o_poder_da_midia_e_seus_reflexos_na_ordem_juridica_penal.pdf

BARBOSA, Rui. **O júri sob todos os aspectos**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de

Direito, 1950.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: . Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 2017. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529749/codigo_de_processo_penal_1ed.pdf

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 630

GOMES, Yana Kércia Vasconcelos**. A mídia e sua influência sobre o conselho de sentença do Tribunal do Júri**. Sobral, 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/40502/a-midia-e-sua-influencia-sobre-o-conselho-de-sentenca-do-tribunal-do-juri

GUARESCHI, Pedrinho Arcides. **Mídia e democracia: o quarto versus o quinto poder.** Revista Debates. Porto Alegre/RS. v.1, n.1, p. 6-25, jul.-dez. 2007. Disponível em: http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/2505/1286

HAGEMANN, Adriana Gualberto, 2011. Disponível em: http://www.oab-sc.org.br/artigos/historia-do-tribunal-juri-no-mundo-e-sua-evolucao-brasil-ao-longo-das-constituicoes/383

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ed.São Paulo. Saraiva. 2018

MELLO, Carla Gomes de. **Mídia e crime: liberdade de informação jornalística e presunção de inocência.** Londrina, 2010. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7381/6511

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1986. p. 230.

MENDES, Gilmar et al. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: 2008, p. 231.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. **A (má) influência da mídia nas decisões pelo Tribunal do Júri**. (2013). 2º Congresso internacional de direito e contemporaneidade. Disponível em:

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no processo penal brasileiro: análise da estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.zmpbc.com.br/gerenciador/arquivos/1/mzm-tese-de-livre-docencia.pdf

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri.** 4a . ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. **A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença.** Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 33-39, jul./dez. 2008. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/5167/3791

SILVA, Jose Afonso da. "**A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**" In: Revista de Direito Administrativo, vol. 212 (abril/junho, 1998), p.89

SOUZA, Renata Silva e. **O Princípio da Presunçao de Inocência e sua aplicabilidade conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-presun%C3%A7ao-de-inoc%C3%AAncia-e-sua-aplicabilidade-conforme-entendimento-do-supremo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SILVA, José Andrade da. **O Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo, 2016. Disponível em: https://joseandradedasilva.jusbrasil.com.br/artigos/308629386/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-no-processo-penal

THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa.** 9 ed. Petrópolis. Vozes. 2011. Disponível em: https://dennisdeoliveira.files.wordpress.com/2015/10/thompson-ideologia-e-cultura-moderna.pdf

NOTAS:

[1] Professora Especialista do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo. lucianazanotelli@gmail.com

[2] "A morte inaceitável de Isabella". Revista ISTO É, edição nº 2005 de 09 de abril de 2008. Disponível em: https://istoe.com.br/2363_A+MORTE+INACEITAVEL+DE+ISABELLA/

[3] "Mãe emociona o júri e relata: Jatobá disse que tudo foi culpa de Isabella". O ESTADÃO DE S. PAULO, de 23 de março de 2010. Disponível em: https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,mae-emociona-o-juri-e-relata-jatoba-disse-que-tudo-foi-culpa-de-isabella,527955

[4] "Caso Cláudia Hartleben: três anos e nenhum indiciado". DIÁRIO DA MANHÃ, de 09 de abril de 2018. Disponível em: http://diariodamanhapelotas.com.br/site/caso-claudia-hartleben-tres-anos-e-nenhum-indiciado/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

VIOLÊNCIA DE GÊNERO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO E COIBIÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA CIDADE DE CASA NOVA-BA

FABRÍCIA BRAGA DE SOUZA: Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE

CARLOS E. ROMEIRO PINHO[1]

(Orientador)

RESUMO: A violência doméstica e familiar contra mulher é um problema social que atinge mulheres em todo o mundo. No Brasil o tema ganhou destaque após o advento da Lei n°.11.340/06, intitulada Lei Maria da Penha que traz apoio e soluções às mulheres que sofrem violência doméstica, através das medidas protetivas de urgência. A presente pesquisa tem como objetivo levar-nos a refletir sobre a violência de gênero que ocorre no seio familiar, investigando as políticas públicas do município de Casa Nova a favor das vítimas de violência doméstica, no que tange a proteção e coibição desses atos, bem como, investigar a atividade do Centro de Referência de Assistência Social na cidade em relação ao atendimento a essas mulheres. Nessa perspectiva, analisaremos os aspectos sócio-histórico-cultural da violência de gênero, como também as possíveis consequências, dados do Ministério Público do Estado da Bahia e Centro de Referências Especializado de Assistência Social do município.

Palavras-Chave: Violência Doméstica; Mulher; Políticas Públicas

ABSTRACT: Domestic and family violence against women is a social problem that affects women around the world. In Brazil, the theme gained prominence after the advent of Law No. 11.340 / 06, entitled Maria da Penha Law, which provides support and solutions to women who suffer domestic violence through emergency protective measures. The present research aims to lead us to reflect on the gender violence that occurs within the family, investigating the public policies of the municipality of Casa Nova in favor of victims of domestic violence, regarding the protection and

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

restraint of these acts, and as well as to investigate the activity of the Reference Center of Social Assistance in the city in relation to the care of these women. From this perspective, we will analyze the socio-historical-cultural aspects of gender violence, as well as the possible consequences, given by the Public Ministry of the State of Bahia and the Specialized Reference Center for Social Assistance of the municipality.

Key Words: Domestic Violence; Woman; Public policy

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo levar-nos a refletir sobre a violência de gênero que ocorre no seio familiar, investigando as políticas públicas do município de Casa Nova a favor das vítimas de violência doméstica, no que tange a proteção e coibição desses atos, bem como, investigar a atividade do Centro de Referência de Assistência Social na cidade em relação ao atendimento a essas mulheres.

Nessa perspectiva, analisaremos os aspectos sócio-histórico-cultural da violência de gênero, como também as possíveis consequências, dados do Ministério Público do Estado da Bahia na cidade de Casa Nova e Centro de Referências Especializado de Assistência Social – CREAS do município.

É sabido que, ao longo dos tempos mulheres vêm sendo alvo das mais diversas formas de violência no contexto familiar, de forma recorrente e presente, sobretudo, em muitos países, tendo como autores desses delitos os próprios parceiros ou familiares, motivando graves violações de direitos humanos e crimes hediondos.

A violência familiar se revela de diversas formas, seja física, verbal, psicológica, emocional ou patrimonial e ocorrem contumazes e muitas vezes de forma velada, se enquadrando num padrão de comportamentos previstos pela Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/06.

Ao trilharmos a história da humanidade, percebemos que as mulheres convivem em situação de desvantagem e submissão em relação ao homem, em razão da cultura do patriarcalismo, repleta de machismo que se encontra arraigada na sociedade desde os tempos mais longínquos,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

espalhando diversos tipos de preconceito, discriminação e misoginia em relação ao sexo feminino.

Nesse sentido, a disparidade de gênero foi considerada usual e aceitável, bem como, a subjugação feminina à figura máscula, o que deu espaços para discriminações entre castas e violências domésticas. Desse modo, a ausência da compreensão dessas desigualdades de gênero masculino e feminino conduz à negação de direitos e tolerância social, o que gera mais violência.

Nesse diapasão, urge reconhecer as diferentes formas de violência, debruçar sobre as causas, sobre as raízes culturais, dimensionar este gravíssimo problema social e, assim, evoluir em concepções e práticas que possam reverter o quadro discriminatório de gênero que outorga e perpetua entre gerações agressões reiteradas contra mulheres e meninas, para isso é preciso envolver a figura masculina na superação da cultura da violência, bem como assegurar o protagonismo das mulheres por meio de políticas públicas para o enfrentamento à violência.

Vale destacar que a pesquisa reveste de grande importância, mormente que no ano de 2018 a Lei Maria da Penha completou 12 (doze) anos de sua criação, no entanto, os números de casos de violência doméstica e feminicídio no país ainda é preocupante e exige um trabalho de conscientização.

Nesse viés, os dados do Conselho Nacional de Justiça revelam que na Justiça Estadual no ano de 2016, tramitaram 1,2 milhão de processos referentes à violência doméstica e familiar, o que corresponde, em média, a 11 processos a cada mil mulheres brasileiras. A região Nordeste é a que apresentou a menor demanda à Justiça, com média de 6,9 processos a cada mil mulheres residentes. Região Norte: 12,1 processos a cada mil mulheres; Região Sudeste: 12,4 processos a cada mil mulheres; Região Sul: 13,2 processos a cada mil mulheres residentes; Centro-Oeste: 19,3 processos a cada mil mulheres (CNJ, 2018).

Outrossim, esses dados dizem respeito às muitas mulheres que não quebram as barreiras do medo e denunciam, todavia, há as que não

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

chegam a denunciar por medo, ou em virtude das mais diversas dependências seja financeira, emocional, psicológica entre outras.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA LUTA POR IGUALDADE DE GÊNERO

É sabido que na maioria das vezes as formas de opressão do sexo feminino são geradas pela questão de gênero e é uma realidade mundial, sendo que a luta pela igualdade entre homem e mulher não é hodierno e, nesse sentido, essas práticas só podem ser entendidas em um contexto histórico-cultural.

Assim, é necessário conceituarmos "gênero" e suas perspectivas.

> O gênero é o primeiro modo de dar significado às relações de poder. Por conseguinte, é ubíquo, permeando as instâncias do simbólico, das normas de interpretação do significado dos diferentes símbolos, da política institucional e da política *lato sensu* e da identidade masculina ou feminina ao nível da subjetividade. Desta sorte, embora o gênero não se consubstancie em um ser específico, por ser relacional, atravessa e constrói a identidade do homem e da mulher (SAFFIOTI, 1995, p. 25).

O sistema sexo-gênero é um sistema de poder que não é experimentado da mesma maneira por todas (os). Vai além da identidade sexual, pois alude a desigualdade de acesso a recursos e ao poder na cena pública e doméstica (RUBIN, 1986).

Nas últimas décadas, surgiram teorias que legitimaram a hierarquização do sexo masculino sobre o feminino, determinando os direitos, espaços, atividades e condutas próprias de cada sexo e que foram perpetuando ao longo da história.

Nessa perspectiva, podemos pontuar na história da humanidade vários exemplos que confirmam os pensamentos machistas, *v.g.,* na Grécia há o mito da caixa de Pandora onde relata que devido a curiosidade, que é específica do sexo feminino, Pandora havia aberto a caixa e deixado todos os males do mundo saírem para atormentar os seres humanos, fazendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

assim, uma alusão de que as mulheres são responsáveis por desencadearem todos tipo de mal.

Outrossim, pode-se ver na própria religião, quando na Bíblia Sagrada, no livro de Gênesis conta que Eva desobedeceu a Deus e foi expulsa do paraíso juntamente com Adão, seu esposo, trazendo para humanidade o pecado original (CNBB, 2014).

Com isso, a mulher era vista e tratada como mero objeto de satisfação masculina, servindo apenas para procriação, cuidado com os filhos e ser submissa às suas vontades e prazeres, sendo mantidas exclusivamente em situações subalternas, resultando na desvalorização e descriminação nos diversos meios em que se encontrava inserida. Sobre esse ponto, Santos e Oliveira legitimam:

> Socializadas em âmbito privado, coube às mulheres a tarefa de cuidar dos filhos, dos pais, do marido, da casa de modo geral, figurando como responsáveis pela manutenção da ordem em casa, apaziguadoras de conflitos, refletindo-se esses cuidados nas atividades que assumem ao participarem dos espaços públicos. (SANTOS; OLIVEIRA, 2010, p. 12).

Nessa dimensão, a mulher foi posta em lugar de desvantagem em relação ao homem, determinado por relações sociais historicamente construídas, colocando-a em situação de subordinação e opressão, com papeis sociais e espaços diferenciados para atuação da divisão sexual do trabalho.

Aquelas que não se contentavam e buscavam novas atitudes, eram consideradas bruxas e eram condenadas à morte, queimadas em praça pública.

A dominação patriarcal estar estruturada e sustentada por meio dos seguintes mecanismos que vão reinventando, reproduzindo e perdurando:

> 1) A prática da violência contra as mulheres para subjugá-las; 2) O controle sobre o corpo; 3) A

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> manutenção das mulheres em situação de dependência econômica e 4) A manutenção, no âmbito do sistema político e práticas sociais, de interdições à participação política das mulheres (CAMURÇA, 2007, p. 15).

Contudo, as mulheres foram tomando consciência de seu papel e valor na construção da sociedade e buscaram ampliar seus direitos e espaços no meio em que estavam inseridas, mobilizando e organizando movimentos como forma de reivindicar a valorização do sexo feminino.

O primeiro movimento denominado sufragista teve como pioneira Bertha Lutz tinha que lutavam somente pelo direito do voto feminino, não se discutia nesse período a opressão sofrida pelas mulheres, apenas deseja-se emancipação do sexo feminino, ou seja, buscava-se uma equiparação dos direitos políticos.

Dessa forma, no início do século XX, ainda de forma lenta as mulheres tiveram o direito de expressar sua cidadania através do sufrágio, todavia, apenas as mulheres casadas, viúvas e solteiras desde que tivessem renda própria podiam votar. "A expressão dos movimentos de luta das mulheres e homens em meados de 1937 ainda era contestada, pois o voto feminino não era obrigatório, passando a ser 14 anos depois" (CARDOSO; CARDOZO, citado por CARVALHO; MANDALOZZO, 2014, p. 5).

Após, surgiu o movimento feminista começou a lutar contra a dominação masculina, o direito à educação, a sexualidade e o divórcio e tinha como militantes, mulheres intelectuais, anarquistas e líderes operárias. Calha salientar que o principal objetivo desse movimento é a libertação da dominação masculina e não somente a emancipação feminina.

Com isso, as mulheres lutam pela afirmação de seu papel na sociedade, passando a contestar que não há inferioridade entre elas e o sexo masculino, de forma a se articularem em luta impulsionando visões contrárias, com o fito de influenciarem novas disposições tanto na política pública, como nas relações socioafetivas que são construídas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Foi com a promulgação da Carta Magna de 1988 em seu art. 5º que houve a consolidação da igualdade de gênero, sendo cláusula pétrea, preconizando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como na esfera cível em que afirma que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações".

Em relação à vida conjugal, a CF/88 em seu art. 226, §5º, ainda equipara os direitos e deveres da mulher e do homem quando preconiza ainda a igualdade de gênero. Outrossim, a coibição da violência contra a mulher é trazida no próprio texto constitucional no art. 226, §8º, como o planejamento familiar como livre decisão do casal.

Contudo, a Convenção de Belém do Pará foi um marco na luta pela prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, afirmando que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, o que limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades (CIDH, 1994).

Neste tocante, malgrado os avanços dos crescentes movimentos feministas no Brasil, a mulher brasileira ainda é explorada e oprimida no meio social, sobretudo, dentro do próprio lar, sendo que a raiz dessa opressão é cultural e social, por isso, para erradicá-la é necessário não somente uma transformação, mas uma revolução cultural e social.

1.2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº. 11340/06 foi intitulada por Lei Maria da Penha em homenagem a biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica, tendo por autor, seu ex marido, que praticou por duas vezes tentativa de homicídio em desfavor da mesma. Sendo que a primeira vez, ele a alvejou com disparo de arma de fogo que atingiram suas costas enquanto esta dormia, deixando-a paraplégica. A segunda tentativa foi no período de sua recuperação, em que tentou matá-la por eletroplessão. (CORTÊS; MATOS, 2009, p. 10).

Com isso, Maria da Penha levou o Brasil a receber da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA – Organização dos Estados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Americanos - uma recomendação para que fossem tomadas as providências quanto à criação de legislação do país a fim de coibir de forma efetiva a violência doméstica e familiar.

A partir daí, a violência doméstica e familiar deixou de ser questão meramente familiar e passou a ser de responsabilização do Estado que deve coibi-la e dar toda proteção à vítima de violência.

> Ninguém desconhece que a criação deste tipo penal especial e produto da grande atuação dos movimentos feministas, que, é bom que se diga, por justiça, receberam apoio de inúmeros segmentos da sociedade, sem qualquer ranço social, ideológico ou político. Procurou-se, por outro lado, minimizar o drama da violência doméstica que assola o país, fazendo diariamente milhares de vítimas, em sua imensa maioria constituída por mulheres e crianças. (BITENCOURT, 2012, p. 138).

Vale frisar, que o agressor, quando condenado, recebia penas restritivas de direito que consistiam em prestação de serviço à comunidade, pagamento de cestas básicas ou multas, haja vista que eram consideradas infrações de menor potencial ofensivo. Diante disso, "nas hipóteses de violência doméstica, com maior ênfase, jamais se pode aceitar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois banaliza a gravidade do crime" (NUCCI, 2017, p.189).

Contudo, com o advento da Lei nº 11.340/06, houve mudanças significativas na interpretação da legislação. Desse modo, é vedada a aplicação de penas restritivas de direito aos crimes cometidos em contexto de violência doméstica e familiar, sendo entendimento pacificado nos Tribunais Superiores do país, restando proibida a apreciação desses casos aos Juizados Especiais Criminais – JECRIM, regulamentados pela Lei 9.099/96.

> O art. 17 da Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, estabelece que "é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica ou familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa". Trata-se, em verdade, de vedação meramente parcial, pois a conversão em outras espécies de penas restritivas não foi proibida (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016, p. 42).

Essa lei delineou os tipos de violência e os sujeitos dos crimes, sendo sujeito ativo qualquer pessoa e o sujeito passivo deve ser necessariamente a mulher. Valendo destacar que a violência é provocada em razão do gênero e por pessoa a quem tenha ou teria tido alguma relação doméstica, seja de parentesco ou quem tenha sentimento de afeto.

> O propósito da Lei Maria da Penha é dar um basta à violência doméstica, o que nem sempre é alcançado ao perpetuar-se a situação de conflito mediante a instauração de processo criminal, quando já solvidas todas as questões que lhe serviam de causa. Ao depois, subtrair a possibilidade da desistência da representação vai inibir a denúncia por parte da vítima que, ao registrar a ocorrência, não deseja nem se separar do agressor e nem que ele acabe na cadeia. Ela vai em busca de ajuda para que a violência cesse. Obtido este resultado no incidente de aplicação de medida protetiva, nada justifica o prosseguimento da ação penal que se desencadeou quando do registro da ocorrência (DIAS, 2007, p. 16).

Nesse sentido, a referida Lei n. 11.340/06, em seu art. 5º traz o conceito de violência doméstica:

> Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III – em qualquer relação intima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. (BRASIL, 2006).

Outro aspecto importante, é que a Lei mencionada, a sua aplicação garante não somente as relações heteroafetivas, mas também, a relação homoafetiva é contemplada. Este já é o entendimento de muitos Tribunais:

> UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.
>
> **É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos**. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (AC 70012836755, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em 21.12.05) (BRASIL, 2005). [grifo nosso].

Nessa linha de pensamento, é preciso distinguir os sujeitos ativo e passivo do crime de violência doméstica e familiar para que o mesmo seja configurado:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Para a configuração da violência doméstica não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem que estejam ou tenham sido casados, já que a união estável também se encontra sob o manto protetivo da lei. Admite-se que o sujeito ativo seja tanto homem quanto mulher, bastando a existência de relação familiar ou de afetividade, não importando o gênero do agressor, já que a norma visa tão somente à repressão e prevenção da violência doméstica contra a mulher. Quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendidas como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais e as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino (CUNHA, 2016).

Diante disso, é preciso pontuar e conceituar as diferentes formas de violência contra a mulher, com fulcro na Lei Maria da Penha, em seu art. 7º:

a) Violência Física: "entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal". É o tipo de violência mais comum, é aquela que deixa marcas ou não no corpo da vítima, socos, pontapés, chutes, tapas, puxões de cabelo etc. (BRASIL, 2018);

b) Violência Psicológica: é um tipo de violência que se pode afirmar que é a mais perversa, haja vista que deixa marcas indeléveis e irremediáveis que perdura para a vida toda da mulher que a sofre. Para a Lei 11.340/06:

> Entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (BRASIL, 2018);

c) Violência Sexual: a Lei Maria da Penha preconiza a violência sexual em seu art. 7º como,

> Qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, 2018);

d) Violência Moral: conforme a Lei Maria da Penha em seu art. 7º: é "qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria";

e) Violência Patrimonial: é aquela que restringe o direito de ir e vir da mulher obstando os meios de sua subsistência. Para a Lei Maria da Penha,

> Qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; (BRASIL, 2018).

Compreende-se assim, violência doméstica como aquela que ocorre no seio familiar, normalmente entre pessoas que nutrem relação de afeto, parentes, cônjuges/companheiros, muito embora, também acontece em desfavor dos petizes (filhos, enteados) e contra idosos.

Nesse sentido calha destacar o que nos diz o doutrinador Rogério Greco:

> Na verdade, a violência doméstica, ou seja, aquela que ocorre, especificamente, nos lares, não é um produto de nossa sociedade moderna, pois sempre aconteceu. No entanto, em um passado não muito distante, argumentávamos, a fim de não proteger suas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> vítimas, que aquilo dizia respeito a um problema de família e que terceiros, estranhos àquela relação, "não tinham que se meter". É muito conhecido o ditado popular que diz: "Em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher". Esses anos todos passividade estatal fizeram com que a violência nos lares aumentasse cada dia mais. (GRECO, 2017, p. 178).

1.3. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

As medidas protetivas de urgência são elencadas no capítulo II da Lei Maria da Penha, e tem como principal objetivo estabelecer mecanismos de proteção e assistências, buscando assegurar a integridade física, moral, psicológica e patrimonial da mulher, vítima de violência doméstica e familiar, dando garantia da proteção jurisdicional, independentemente de raça, cor, orientação sexual, classe social, religião, cultura, escolaridade ou idade.

A concessão das medidas protetivas está condicionada a condutas que caracterizem a violência contra a mulher no contexto doméstico e familiar, descritos na referida lei.

O artigo 18 da Lei 11.340/06 dispõe:

> Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:
>
> I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;
>
> II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;
>
> III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis (BRASIL, 2018).

Sob tal enfoque, a lei preconiza que as medidas protetivas são requeridas pela ofendida ou a requerimento do Ministério Público, devendo o Poder Judiciário ser provocado. Por outro lado, ao ser provocado, o juiz pode agir de ofício para aplicar outras medidas protetivas que julgar pertinente no caso, a fim dar a efetiva proteção que a lei garante à vítima,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

podendo ser cumulativas ou não. Ademais, quando o pedido é feito pela vítima, o Ministério Público sempre será ouvido.

É salutar pontuarmos que as medidas protetivas de urgência são organizadas dentro da Lei Maria da Penha em três eixos de intervenção jurisdicional.

A saber: o primeiro é a punição, que está relacionada aos instrumentos para efetivá-las, por meios da aplicação processual que estão dispostas no art. 5º e 23 desta lei; o segundo diz respeito à proteção e assistência que é dada à vítima, como também, as medidas que são utilizadas ao agressor em seu artigo 22; a terceira, por seu turno, versa sobre a prevenção da violência doméstica e familiar que é de responsabilidade dos órgãos públicos na criação de políticas públicas que criem ações para prevenir esses atos violentos.

Com efeito, em seus artigos 22 até o 24, a Lei Maria da Penha traz um rol de medidas protetivas com o fito de assegurar mais segurança e proteção à mulher que sofre violência doméstica e familiar, seja a sua integridade física como a integridade patrimonial e de sua prole. Essas medidas não estão voltadas apenas para proteger a ofendida, mas também para deter o agressor de voltar a agredir a vítima.

Desse modo, a lei assegura à vítima ao pedir medida protetiva na ocorrência de violência no âmbito doméstico e familiar, separação de corpos, alimentos, proibição do agressor se aproximar da mesma e de seus familiares ou de frequentar determinados locais, dentre outras que fica a critério do magistrado.

Contudo, o que se vê em muitos casos, é agressores que mesmo sendo denunciados e lhes impostas às medidas protetivas de urgência, retomam a agredir as vítimas e até mesmo a praticar feminicídio, mesmo estando sob imposição da justiça. Assim, "objetivou-se, além de assegurar a tranquilidade no âmbito familiar, combater com maior rigor a violência doméstica ou intrafamiliar contra a mulher, protegendo-a de agressões atrozes, covardes, silenciosas" (MASSON, 2016, p. 303).

Nesse viés, é possível extrair que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> O que se pode notar é a dificuldade da aplicação e também da fiscalização das medidas protetivas quando se trata de conferir uma efetiva determinação judicial, tendo em vista que, muitas vezes, torna-se impossível aplicar tais dispositivos em sua integralidade. Vários são os fatores que contribuem para a não concretização dessas medidas (SOUSA, 2008, p. 25).

É notório que as medidas protetivas não são suficientes por si mesmas, se não há fiscalização para que as mesmas sejam cumpridas, permitindo o agressor livre para praticar outros delitos de mesma natureza.

É costumeiro ouvirmos notícias de casos de mulheres que passam a vida toda sendo agredidas por seus esposos/companheiros e quando resolvem buscar ajuda não se sentem protegidas de fato, pois muitos agressores não são intimidados diante das medidas lhe impostas e passam a agredir muito mais suas companheiras, levando-as à morte.

> Não bastasse a época em que juízes transformaram a agressão à mulher na contraprestação de cestas básicas, ao arrepio da lei, atualmente, vê-se ainda parcela (mínima, por certo) do Judiciário infringindo o disposto em preceito legal. Noutros termos, insistem esses setores em conceder pífias punições a agressores da família, tal como a pena alternativa de limitação de fim de semana, que representa, na maioria das Comarcas, passar cinco horas no sábado e no domingo em sua própria residência. Chega a ser pior que a concessão de cestas básicas. **Fazem crer tais decisões a cegueira em relação à vitimização da mulher em face do agressor – companheiro, marido ou namorado, que, muitas vezes, termina em morte.Enfrenta-se, lamentavelmente, também, o machismo escondido de certos juízes, que ainda pensam ser injustificada a punição do homem somente porque bateu na**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> **mulher.** Os tempos mudaram, mas alguns magistrados permanecem presos a convicções esdrúxulas, totalmente fora do seu tempo. (NUCCI, 2017, p. 124) [grifo nosso].

Ademais, a Lei 11.340/06 avilta em seu art. 28 a existência de equipes multidisciplinares que tem como foco fornecer atendimento integral e humanizado às ofendidas, tendo como finalidade precípua auxiliar o juiz na aplicação das medidas.

1.4. CREAS NO ENFRETAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

O Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS constitui uma unidade do Sistema Único de Assistência Social que tem como objetivo prestar serviços especializados e continuados às pessoas e famílias com direitos violados, discriminação e/ou infrigência aos direitos humanos, visando o fortalecimento do vínculo familiar e comunitário com a efetiva proteção da família.

Nesta senda, o CREAS está voltado para situações de vulnerabilidade ou risco pessoal e social, sobretudo, proteger as vítimas de violência, de modo a enfrentar os revezes da vida pessoal e social, tendo como finalidade precípua monitorar, reduzir a ocorrência dos riscos, seu agravamento ou reincidência de todo tipo de violência. Desse modo,

> Estes serviços devem funcionar em estreita articulação com os demais serviços da proteção social básica e da especial, com as demais políticas públicas e demais instituições que compõem o Sistema de Garantia de Direitos, no intuito de estruturar uma rede efetiva de proteção social (BRASÍLIA, 2013).

Vale destacar que o CREAS atende, orienta e apoia indivíduos que tem a situação de risco e vulnerabilidade comprovada, ou seja, são pessoas que sofrem ou sofreram de fato todo tipo de violência, abandono, maus-tratos, negligência, ameaça e qualquer tipo de discriminação, trabalho infantil, mendicância, jovens que fazem uso de substâncias psicoativas, adolescentes que praticam atos infracionais e se encontram em medidas socieducativas em regime aberto ou prestação de serviço à comunidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Assim, os serviços ofertados pelo CREAS são: Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos – PAEFI, Abordagem Social e Serviço para pessoas com Deficiência, Idosos e suas famílias, atendimento a jovens que fazem uso de entorpecentes, bem como, cumprimento de medidas socioeducativas pelos petizes em meio aberto de liberdade assistida, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil e apoio a Comunidade LGBT, descumprimento de condicionantes do Programa Bolsa Família em decorrência de violação de direitos, além de oferecer informações, orientação jurídica, apoio à família, apoio ao acesso à documentação pessoal e estímulo à mobilização comunitária, como também, orienta e encaminha os cidadãos para os serviços de assistência social ou demais serviços públicos.

1.5 METODOLOGIA

O principal objetivo dessa pesquisa é identificar os principais tipos de violência doméstica que algumas mulheres sofrem na cidade de casa nova, bem como, identificar as políticas públicas na coibição da violência doméstica e familiar na aludida cidade, tomando por base alguns órgãos no município, como o CREAS, o Ministério Público e o Judiciário.

Assim, o percurso metodológico, com fulcro em análise qualitativa, de cunho descritivo e exploratório, pontuando de forma contextualizada e socializada, com sujeitos que vivem em contexto determinado, considerando o meio social e o momento atual em que os mesmos vivem foi organizado da seguinte forma:

a) Inicialmente realizou-se a pesquisa bibliográfica sobre o tema Violência Doméstica, logo;
b) Resolveu-se ir a campo de pesquisa a fim de colher dados sociodemográficos da população feminina que registraram Boletim de Ocorrência entre os anos de 2016/2018, com base na demanda do Parquet, e foram selecionadas quatro mulheres participantes da entrevista individual semiestruturada;
c) Os critérios para a escolha das cinco mulheres entrevistadas foram: o pedido de medidas protetivas de urgência no Ministério Público pela ofendida no ano de 2018 entre os meses de maio e junho, período destinado à coleta das informações por meio de entrevistas semiestruturadas. Na oportunidade, as mulheres que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

aceitaram o convite para participarem da pesquisa receberam informações sobre seus objetivos e tomaram ciência do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que depois de lido, foi devidamente assinado pelas participantes.

d) Foram realizadas ainda, entrevistas com profissionais do Centro de Referências Especializado de Assistência Social – CREAS do município de Casa Nova-BA.

Desta feita, vale salientar que a presente pesquisa não teve intenção de ser um estudo de caráter estatístico para o município em questão, mas apenas levar a uma reflexão sobre a violência de gênero, buscar uma mudança significativa na comunidade local com o fito de coibir e prevenir a violência de gênero.

1.5.1. Caracterização do CREAS de Casa Nova-BA

O CREAS Valter Rui está localizado na Quadra M, nº 05, Centro, no município de Casa Nova-BA, tendo sido implantado em 04 de outubro de 2010 e atende aproximadamente 100 pessoas ao mês que vivenciam ou vivenciaram as mais diversas situações de risco pessoal e tiveram seus direitos violados.

Em Casa Nova o CREAS é co-financiado com recursos federais e operacionalizado pela Secretaria Municipal de Assistência Social, garantindo privacidade e preservação da integridade e dignidade dos seus usuários.

A equipe multidisciplinar do CREAS em Casa Nova é formada por um coordenador, um assistente social, um psicólogo, um advogado, uma recepcionista, dois abordadores sociais, dois educadores sociais (pedagogos), um auxiliar de serviços gerais e um motorista.

Atualmente o órgão atua entre as famílias e indivíduos em situação de risco pessoal e social, com violação de direitos fundamentais, protegido pela Constituição Federal, como todo tipo de violência, negligência, afastamento do convívio familiar devido à aplicação de medida de proteção, pessoas que vivem de mendicância, abandono, trabalho infantil, discriminação por orientação sexual e/ou raça/etnia, descumprimento de condicionalidades do Programa Bolsa Família em decorrência de violação de direitos, cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto de Liberdade Assistida e de Prestação de Serviços à Comunidade por adolescentes, entre outras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

O CREAS no município atua desenvolvendo atendimento e acompanhamento psicossocial e jurídico, visitas domiciliares, acompanhamentos de casos, bem como campanhas educativas e palestras.

Nesse diapasão, em relação à violência doméstica, o CREAS local, ao tempo da presente pesquisa, acompanha 19 (dezenove) casos de abusos de crianças e adolescentes que sofrem qualquer tipo violência no ambiente familiar, bem como, maus tratos a pessoas idosas.

O acompanhamento dessas pessoas é feito por meio de estudos sociais com visitas domiciliares, encaminhando as vítimas para acompanhamento psicológico, dando todo tipo de apoio a essas famílias.

Os serviços ofertados na unidade local são necessariamente serviço de proteção e atendimento especializado à família e indivíduos, orientação jurídica, apoio à família, apoio no acesso à documentação pessoal, além de encaminhar os munícipes para os demais serviços de assistência social existentes na cidade, como estimular a mobilização comunitária.

1.5. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Com base na demanda do Ministério Público Estadual, entre os anos de 2016 a 2018 foram encaminhados ao Parquet 75 (setenta e cinco) Inquéritos Policiais instaurados para apurar práticas de crime de violência doméstica na cidade de Casa Nova-BA. Sendo que no ano de 2016 foram 18 inquéritos, em 2017 foram 10 inquéritos e no ano de 2018 foram lavrados 47 procedimentos investigativos policiais.

Dentre os tipos de violência mais reclamados foram física e psicológica.

Diante disso, entrevistou-se 03 mulheres vítimas de violência domestica e familiar que se dispuseram a relatar as agressões sofridas. Dessa forma, selecionou-se alguns trechos:

VÍTIMA 1:

> "No início eu pensei que ele era o amor da minha vida. Foram 16 anos de sofrimento. Eu passei tanta fome, ele me batia, me violentava, me torturava, me estuprava. Me dava soco, pontapés. Me chamava de vagabunda, puta, dizia que eu tinha homem. Quebrou os dentes todo de minha boca, só ficaram três."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

VÍTIMA 2:

"Ele me enforcava, me batia, dava "pisão" em meu pé. Cuspia em minha cara. Dizia que tinha nojo de mim e que ninguém iria me querer, que eu não tinha nada de interessante. Que eu era feia. Chegou um dia que ele colocou uma faca em meu pescoço dizendo que iria me matar".

VÍTIMA 3:

"As agressões eram constantes. Ele me xingava de puta, rapariga e que iria estourar minha cabeça".

Diante dos relatos, é possível perceber que dia após dia as mulheres são tratadas como objetos que o homem pode usar, gozar e dispor nas mãos de seus companheiros que usam de sua dominação sobre o sexo mais frágil para subjugar, humilhar e agredir. As agressões iniciam-se sempre de forma verbal e terminam sempre de forma letal.

Contudo, foi informado pelo CREAS que as vítimas de violência doméstica e familiar do município não buscam acompanhamento com a equipe multiprofissional por vergonha ou mesmo devido a demora da demanda do judiciário e muitas desistem, negam está sofrendo violência e até afirmam que o marido/companheiro não agride mais.

Na oportunidade, foi entrevistada também um Membro do Ministério Público da II Promotoria de Justiça de Casa Nova, a Bela. Dra Aline Curvêlo Tavares de Sá, acerca de seu posicionamento em relação à violência de gênero, sobretudo no município:

"A violência de gênero é um mal que precisa ser combatido em todas as modalidades de violência que ocorre. Existe a violência física, que deixa marcas. Existe a violência sexual que deixa também muitos traumas, mas existe também a violência emocional, a violência financeira. Há vários tipos de violência que acontecem e às vezes as mulheres não se dão conta porque estão englobadas dentro da cultura de machismo e ainda impera na nossa sociedade e em especial no nordeste".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Em relação aos projetos do Ministério Público Estadual de combate à violência a signatária do órgão ministerial do Estado da Bahia da II Promotoria de Justiça de Casa Nova, apontou:

> "O Ministério Público da Bahia encampa a ronda Maria da Penha nas cidades que estão disponíveis como forma de fiscalizar a efetividade das medidas protetivas e tornar o seu efetivo cumprimento. Nos municípios maiores, há políticas diversas e os projetos são encampados no GEDEM. Como Casa Nova é um município pequeno, uma comarca com 70 mil habitantes e por dois anos estive sozinha à frente da comarca, procuramos dar prioridade aos processos Maria da penha e medidas protetivas de urgência tratando, ainda que com réus soltos com a mesma prioridade que damos a réus presos para evitar que os processos tenham um trâmite que não seja célere e pudesse ocasionar mortes e riscos".

Quanto aos desafios enfrentados na coibição e combate à violência doméstica e familiar:

> "É um desafio muito grande fazer com que a máquina funcione e que a sociedade reflita sobre o machismo a que está imbuída. Há diversas situações, por exemplo, quando acontece um feminicídio que os jurados acabam por corroborar com as teses da defesa, que ela fez por merecer, que ela não deveria ter traído o marido, que ela não se dava o respeito, porque estava bebendo, estava tendo outro relacionamento, como se isso fosse algo em demérito da mulher, não como um direito que lhe assegura de uma vida nova. Então a sociedade precisa mudar, os diplomas legislativos precisam mudar, mas, além disso, precisamos que a máquina funcione, que as medidas protetivas de urgência tenham celeridade no seu deferimento na sua análise e efetividade no seu cumprimento, observamos em Casa Nova uma

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> dificuldade na delegacia e depois de ter registrado a primeira queixa por violência física ou por ameaça. Mulheres retornam a delegacia e os servidores menos empenhado tentam não registrar e dizem que como elas já registraram, tem que procurar o fórum. Então essa circunstancia é delicada, o que nos leva a situação de controle externo e exigir o atendimento para essas mulheres porque a cada novo fato merece um novo registro e a delegacia finge desconhecer essa condição quando as encaminha para o fórum. No ponto de vista do fórum acreditamos também que poderia ter uma maior celeridade no deferimento e no acompanhamento da intimação dessas medidas porque as vezes há o deferimento relativamente célere, mas os oficiais de justiça demoram meses para cumprir. Então a gente não consegue implementar medidas de descumprimento de medida protetiva sem que o indivíduo tenha sido intimado da medida protetiva. Então são questões q a gente tenta fazer diariamente por meio de conscientização dos agentes estatais e promoção de debates e conscientização da sociedade sobre a necessidade de respeito à mulher, inclusive, a forma dela falar, o homem não interrompê-la quando ela estiver falando. São diversas situações que a gente presencia a violência acontecer e não se trata de mimimi, trata-se de um necessário enfretamento que precisa ser feito diariamente não só pelas mulheres, mas também, pelos homens para que alcancemos efetivamente a igualdade material."

Desse modo, é possível verificar que por mais que haja a tentativa do autor da ação penal em buscar uma efetividade de forma célere, por outro lado há empecilhos de outros órgãos que evita que a violência seja combatida antes mesmo que a mesma termine de forma letal para as ofendidas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Diante disso, só será possível a efetivação da justiça aos crimes de violência doméstica quando houver conscientização de todos os órgãos, trabalhando em conjunto em busca do mesmo objetivo e não de forma isolada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir que a violência de gênero no país é preocupante, ante o número alarmante que cresce a cada dia, mesmo diante de leis que coíbem severamente atos violentos contra a mulher.

Sendo assim, a violência doméstica e familiar traz problemas sérios a todos os envolvidos, sejam eles psicológicos ou físicos, além de ser considerado um problema social que atinge mulheres de todas as classes sociais e raças em toda sociedade civil.

Entretanto, há uma grande deficiência quanto às políticas públicas eficientes para atender e apoiar as vítimas de violência, o que as inibem de procurar ajuda, seja por vergonha ou medo do agressor.

A realidade é que as mulheres se sentem desprotegidas, vez que quando são agredidas buscam a Delegacia, mas são barradas pelos servidores que zombam das mesmas e não querem atendê-las, encaminhando-as para o judiciário de forma irresponsável, sabendo que nesse ínterim, muitas são mortas por seus parceiros.

No município de Casa Nova-BA, há uma deficiência muito grande quanto ao acolhimento de mulheres vítimas de violência familiar, não há uma proteção de forma efetiva que as proteja. Apesar de existir CREAS que trabalham em conjunto com vários órgãos, formando uma rede, todavia, as mulheres agredidas não buscam o centro de referência para terem acompanhamento e ser encaminhadas aos diversos órgãos por medo, vergonha ou ate mesmo porque a maioria dessas mulheres acabam voltando para o companheiro em razão da dependência financeira, sentimental etc.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Nesta senda, é imperioso destacar a falha na criação de políticas públicas no combate a violência de gênero, haja vista que falta mobilização e divulgação pelo próprio órgão, vezes que muitas mulheres desconhecem esse apoio e, por isso, não buscam ajuda, seja por falta de informação, seja por vergonha ou mesmo medo de ser agredida. Além da falta da conjuntura entre órgãos do judiciário e de fiscalização das leis.

Diante do exposto, sem a pretensão de limitar a discussão sobre o tema, é necessário a criação de políticas públicas efetivas que previnam a violência contra a mulher, levando informação sobre a própria Lei e seus direitos, como também, propiciar as que sofrem violência de seus parceiros/companheiros apoio psicológico e social.

REFERÊNCIAS:

AC 70012836755, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em 21.12.05) (BRASIL, 2005).

BITENCOURT, C.R. **Tratado de direito penal. Parte Geral**. 17.ed. Rev. Ampl. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2016. 292 p.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei N.°11.340, de 7 de Agosto de 2006.

BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

CARTILHA DO CREAS. Disponível em: HTTP://www.mds.gov.br/assistenciasocial/secretariasocial/secretaria-nacional-de-assistencia-socialsnas/cadernos/orientacoes-tecnicas-centro-de-referencia-especializado-de-assistencia-socialcreas-1/04-caderno-creas-final-dez..pdf acessado em 17/08/2018.

CAMURÇA, S. **Nós mulheres e nossa experiência comum. Reflexões para transformação social**. Cadernos de Crítica Feminista, ano I, n. 0, Recife, dez. 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

CARVALHO, F. X.; MANDALOZZO, S. S. N. **Gênero: uma história de luta no Brasil**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 3, n. 32, p. 72-82, jul./ago. 2014.

CIDH. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará"** (1994) Disponível emhttp://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm acessado em 15/07/2018.

CNBB. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. **Nova Bíblia da Pastoral**. São Paulo: Paulus, 2014.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85640-cnj-publica-dados-sobre-violencia-contra-a-mulher-no-judiciario. Acessado em jul/2018.

CORTÊS, L.R; MATOS, M.C. **Lei Maria da Penha: do papel para a vida. Comentários à Lei 11.340/06 e sua inclusão no ciclo orçamentário.** CFEMEA – Centro Feminista de Estudos e Assessoria. 2ª ed. 2009.

CUNHA, R.S. **Manual de direito penal – parte especial (arts. 121 ao 361)**. 8. ed. Rev. Ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIAS, M.B. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Disponível em .

ESTEFAM, A.; GONÇALVES, V.E.R. **Direito Penal. Parte Geral. Esquematizado.** Coord.: Pedro Lenza. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (coleção esquematizado).

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte especial. Vol. II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra à pessoa**. 14. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

LACERDA, V.A.D. **Uma Análise sobre a Rede de Enfrentamento à Violência Doméstica contra a Mulher no Município se Juazeiro – Bahia**.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2016.92.f.Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

MASSON, C. **Direito penal esquematizado: parte especia**l. Vol. 2. 7ª. Ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

NUCCI, G.S. **Código Penal Comentado**. 17ª. Ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OEA. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, "Convenção de Belém do Pará".** 1994. Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm. Acesso em 08 fev. 2017

Panorama da Política Judiciária de Enfrentamento à Violência Doméstica contra a Mulher. http://www.cnj.jus.br/5rbk. Acessado em 15/07/2018.

RUBIN, G. 1986. **A circulação de mulheres: notas sobre a 'economia política' do sexo**. Nueva Antropologia, vol. VIII, N.30. México, p.95-145.

SAADALLAH, M.M. **Org. Centro de Referência Técnica em Psicologia e Políticas Públicas.** Conselho Federal de Psicologia Conselhos Regionais de Psicologia. 1ª ed. Brasília, 2013.

SAFFIOTI, H.I. B. **Rearticulando gênero e classe social**. In: OLVEIRA, A.; BRUSCINI, C. (Org.). Uma questão de gênero. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1992. p. 183-215

SANTOS, S.M.M.; OLIVEIRA, L. **Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital: limites, contradições e avanços**. Rev. Katál. Florianópolis v. 13 n. 1 p. 11-19 jan./jun. 2010.

SOUSA, C.A. **A Lei Maria da Penha e a sua efetividade.** São Paulo, 2008.

NOTA:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[1] Orientador, Bacharel em História pela UFPE, Bacharel em direito pela UICAP, coordenador do curso de direito da FACAPE. E-mail: carlos.romeiro@facape.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

AS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS NUM CONTEXTO DE GOVERNANÇA AMBIENTAL

THIAGO GUEDES ALEXANDRE: Mestrando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e Tecnólogo em Comércio Exterior pelo Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN). Especialista em Direito do Estado e Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Ex-Procurador do Estado do Acre e Ex-Procurador do Estado do Paraná. Advogado da União.

Resumo: Este artigo tem como objetivo apresentar três temas importantes para a atual compreensão do Direito Ambiental: Governança Ambiental, Desenvolvimento Sustentável e Licitações Sustentáveis. A partir da definição de Governança Ambiental e da compreensão histórica da Política Ambiental brasileira e internacional para concepção do Desenvolvimento Sustentável e o seu reconhecimento como um princípio geral do direito, passa-se ao estudo do termo Licitações Sustentáveis, que pode ser considerado um valoroso mecanismo de política ambiental disponível para Administração Pública incentivar comportamentos favoráveis ao meio ambiente, bem como à apresentação do Guia Nacional de Licitações Sustentáveis, produzido pela Advocacia Geral da União, sendo esse um importante instrumento de implementação de técnicas de Governança Ambiental. Apesar dos avanços legislativos da política brasileira, especificamente em relação às licitações sustentáveis, a adoção de um procedimento de contratação efetivamente socioambiental ainda encontra resistência no setor público, tanto em razão das limitações estruturais e financeiras, como pela falta de comprometimento dos gestores. A advocacia pública consultiva tem um relevante papel na quebra desse paradigma, sendo essencial para consolidação de uma cultura socioambiental voltada a implementação e divulgação das boas práticas de governança ambiental.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Palavras-chaves: Governança Ambiental. Desenvolvimento Sustentável.Licitações e Contratações públicas.

Abstract: This article pretends to present three important themes for the current understanding of Environmental Law: Environmental Governance, Sustainable Development and Sustainable Biddings. Based on the definition of Environmental Governance and the historical understanding of the Brazilian and international Environmental Policy for the conception of Sustainable Development and its recognition as a general principle of law, we proceed to the study of the term Sustainable Biddings, which may be considered a valorous mechanism of environmental policy available to the Public Administration to encourage environmentally friendly behavior, as well as the presentation of the National Guide to Sustainable Biddings, produced by the Federal Attorney General's Office, which is an important instrument for implementing Environmental Governance techniques. Despite the legislative advances of Brazilian policy, specifically in relation to sustainable biddings, the adoption of an effective socio-environmental contracting procedure still encounters resistance in the public sector, both due to structural and financial constraints and the lack of commitment of managers. Public advisory advocacy plays an important role in breaking this paradigm, and is essential for the consolidation of a socio-environmental culture aimed at implementing and disseminating good environmental governance practices.

Keywords: Environmental Governance. Sustainable Development. Public Biddings and Contracts.

Sumário: 1. Introdução; 2. Governança Ambiental; 3. A Política Ambiental e o Desenvolvimento Sustentável; 4. Licitações Sustentáveis; 5. Considerações Finais.

---

1. Introdução

O presente artigo tem o objetivo de estudar os conceitos de Governança Ambiental e de Desenvolvimento Sustentável aplicáveis ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

processo decisório de contratações públicas ("licitações verdes" ou sustentáveis)[1], a fim de melhor compreender e expor a sociedade esse novo modelo de licitações públicas, revelando uma maior preocupação com as consequências socioambientais dos bens e serviços adquiridos pela Administração Pública.

Serão apresentados aspectos gerais de governança para a gestão ambiental (Governança Ambiental) enquanto mecanismo por meio do qual o poder decisório é exercido nas instituições (públicas e/ou privadas) com vistas àtransparência e disponibilidade de informações que permitam a participação e o monitoramento das políticas públicas ambientais por parte da sociedade.

O estudo do conceito de Desenvolvimento Sustentável parte de sua evolução história para a Política Ambiental no cenário mundial e nacional,constituindo-se, na atualidade, em verdadeiro princípio geral do direito a ser perseguido por todas os Estados que compõem a comunidade internacional.

O Brasil incorporou em sua legislação diversos mecanismos para promoção da Governança Ambiental e do Desenvolvimento Sustentável, valendo mencionar, considerando o foco deste trabalho, a Lei n.º 12.349/2010, que alterou o artigo 3º da Lei n.º 8.666/93 – Lei Geral de Licitações e Contratações Pública, posteriormente regulamentado pelo Decreto n.º 7.746/2012, que estabeleceu os critérios, as práticas e as diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública federal, bem como instituiu a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública (CISAP).

Diante desse ainda recente panorama normativo, as licitações públicas estão passando por um processo de incorporação das preocupações socioambientais em todas as fases do seu procedimento, adotando critérios que visem a promoção do desenvolvimento sustentável com o objetivo de reduzir os impactos negativos sobre o meio ambiente.

Apesar dos avanços na legislação ambiental e da maior conscientização quanto a sua importância para as presentes e futuras

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

gerações, a adoção de um procedimento de licitação efetivamente socioambiental ainda encontra resistência no setor público. O contraste entre os avanços normativos e a baixa efetividade aponta para uma aparente contradição entre o *dever ser* e o *ser*. Este paradoxo será discutido neste artigo com o propósito de fomentar o debate sobre o processo decisório ambiental, melhorando a compreensão acerca das normas ambientais aplicadas ao procedimento de contratações públicas (licitação sustentável), assim como ampliar o conhecimento da matéria junto à comunidade acadêmica, aos profissionais do direito e à população em geral.

2. Governança Ambiental

O conceito de "*governance*" (ou, *governança*) surge a partir de reflexões conduzidas principalmente pelo Banco Mundial, em seu documento *Governance and Development,* definindo-o como "a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos econômicos e sociais de um país" (Weis, 2010). Por sua vez, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) entende a *governança* como "o exercício da autoridade econômica, política e administrativa para gerir os assuntos do país em todos os níveis", compreendendo "os mecanismos, processos e instituições através das quais os cidadãos e grupos articulam seus interesses, exercem os seus direitos legais, cumprem as suas obrigações e mediam suas diferenças" (Weiss, 2010).

A Comissão sobre Governança Global (Commission on Global Governance – CGG) das Nações Unidas (1995)[2] define *governança* como sendo:

> A soma total dos vários modos como indivíduos e instituições, públicos e privados, administram seus negócios comuns. Trata-se de um processo contínuo, por meio do qual, interesses conflitantes ou diversos podem ser acomodados e uma ação cooperativa estabelecida. Esse processo inclui instituições e regimes formais investidos de poder para impor a observância das regras, do mesmo modo que arranjos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> informais que pessoas e instituições concordaram em estabelecer ou percebem ser de seu interesse.

Segundo De Moura e Bezerra (2016) a governança envolve, além das questões político-institucionais na tomada de decisões, as formas de interlocução do Estado com os grupos organizados da sociedade, no que se refere ao processo de definição, acompanhamento e implementação de políticas públicas. Segunda as autoras, por meio da governança busca-se aumentar a capacidade de processar as demandas da sociedade e de articulá-las com os processos públicos e privados de tomada de decisão e equilibrar a dinâmica entre a eficiência dos mecanismos burocráticos de gestão e a participação dos setores da sociedade civil interessados na sustentabilidade do desenvolvimento.

A participação da população na formulação e acompanhamento das políticas públicas tem sido um dos principais focos de debates sobre a efetividade na gestão pública no Brasil. A governança surge, portanto, como forma de coordenação da participação da sociedade nas ações de governo.

Sobre os tipos de governança, Alves (2001) assevera que governança é um conceito difuso, podendo ser aplicado tanto a métodos de gestão de empresa (Governança Corporativa), quanto a meios de preservação do meio ambiente (Governança Ambiental) ou formas de combate ao suborno e à corrupção de funcionários públicos (Governança Pública). Não obstante seu caráter difuso, o conceito de governança tem como ponto de partida a busca do aperfeiçoamento do comportamento das pessoas e das instituições. Para os fins do nosso trabalho, focaremos no conceito de Governança Ambiental.

Ferraresi (2011) define Governança Ambiental como um conjugado de normas e procedimentos realizados tanto pelo Estado como por toda a sociedade, difundindo políticas ambientais, não estando assim restrito à atuação estatal.

No mesmo sentido, Clóvis Cavalcanti (2004) compreende a Governança Ambiental como o arcabouço institucional de regras, instituições, processos e comportamentos que afetam a maneira como os

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

poderes são exercidos na esfera de políticas ou ações ligadas às relações da sociedade com o sistema ecológico.

Nessa perspectiva, a Governança Ambiental surge como importante instrumento para participação no processo decisório das políticas públicas em matéria de gestão ambiental. Contudo, como bem adverte Clóvis Cavalcanti (2004, p. 01-10), o problema para adoção das práticas de governança no Brasil reside em sua implementação, uma vez que o núcleo do sistema político nacional persiste no seu apego quase fanático ao crescimento econômico em detrimento do meio ambiente.

Essa dicotomia da política brasileira resulta em regras ambientais ainda pouco efetivas na prática, sendo esquecidas (ou deixadas de lado intencionalmente) ao longo do procedimento onde se dá o poder decisório, em razão das pressões dos setores econômicos e dos próprios governantes.

Calha lembrar que o cenário político brasileiro é composto não apenas por instituições, mas influenciada por interesses pessoais e jogos de poder em troca de apoios eleitorais. Esse panorama geral explica a mudança nos rumos administrativos em todos os níveis de governo, com a consequente descontinuidade político-administrativa de uma gestão à outra com mudanças bruscas no poder decisório, o que prejudica a consolidação de uma Governança Ambiental.

Essa reflexão adquire maior importância em tempos de crise econômica, como a atualmente vivenciada, em que os cortes orçamentários na já frágil estrutura técnica-institucional dificulta ainda mais o seu funcionamento, se mostrando insuficiente para a implementação de uma Governança Ambiental verdadeiramente eficiente.

3. A Política Ambiental e o Desenvolvimento Sustentável

O surgimento da Política Ambiental é fenômeno relativamente recente enquanto objeto de políticas públicas. Para colocar essa questão em perspectiva, é importante ter em mente que seu nascimento decorre, em primeiro momento, das preocupações domésticas, sobretudo locais, a exemplo: da poluição da água e do ar, mineração de superfície, construção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

de rodovias, poluição sonora, canalização de represes e córregos, disposição de resíduos, substâncias tóxicas, crescimento urbano e etc. Juntamente com esses problemas, também surgem e se fortalecem paulatinamente os movimentos ambientais, dando início a uma agenda de política ambiental.

Speth (2005, p. 23-24), em seu artigo intitulado *A agenda ambiental global: origens e perspectivas*, comentando as principais características da agenda ambiental inicial, assevera que:

> Os desafios em escala global que hoje nos preocupam estavam quase totalmente ausentes das discussões nos anos 1960 e 1970. Somente o crescimento populacional do planeta e a proteção da camada de ozônio faziam parte dos interesses ambientais da época.
>
> Não havia qualquer repertório científico – nem grupo de cientistas – levando tais questões adiante. Alguns homens da ciência desempenharam individualmente, importantes papéis – Paul Ehrlitch, John Holden, Barr Commoner e George Woodwell, dentre eles. Mas as questões precipitaram-se, sobretudo graças a determinados acontecimentos e à realidade das experiências cotidianas das pessoas.
>
> No entanto, havia pouca necessidade de tentar definir e promover uma agenda. Esta ia se definindo nos incidentes do dia-a-dia e na sequência de ações executadas como resposta. Foi Lois Gibbs – não os cientistas nem o governo – que, com seus esforços no Love Canal, por exemplo, colocou em pauta a questão dos depósitos de lixo contaminado, e isso aconteceu depois que boa parte das primeiras leis ambientais já haviam sido promulgadas.

De modo semelhante ao que ocorrera no cenário internacional, a política ambiental brasileira também surge da necessidade doméstica de proteção e regulamentação dos recursos naturais. No Brasil, a política ambiental se inicia a partir da década de 1930, quando foram elaboradas às primeiras normas ambientais, relacionadas à gestão dos recursos naturais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

tais como o Código de Águas e o Código Florestal, ambos instituídos em 1934 (DE MOURA, 2016, p.14).

No fim da década de 1960, a política ambiental brasileira ganha maior impulso quando algumas demandas da sociedade começaram a surgir, tendo como precedente a poluição gerada por atividades produtivas, principalmente a poluição industrial. É desse período, por exemplo, a Lei de Proteção da Fauna (Lei n.º 5.197/1967) (DE MOURA, 2016, p.14).

A partir da década de 1970, tanto em escala global como no Brasil, as preocupações domésticas passam a coexistir com as questões ambientais globais, tendo sido produzidos numerosos trabalhos de grupos científicos, sobretudo painéis e comissões, sendo alguns desses trabalhos inovadores e essenciais na definição de uma agenda ambiental global, embora nem todos esses estudos tenham tido aceitação universal. São exemplos desses trabalhos científicos o relatório Limites do Crescimento, organizado pelo Clube de Roma e pelo Massachusetts Institute of Technology (MIT), o qual enfatizava a preocupação com o esgotamento dos recursos naturais (Meadows, 1972), bem como o *Charney Report*, publicado pela U.S. National Acadmy of Sciences, em 1979, sobre mudança climática (DE MOURA, 2016, p.15).

Em 05 de junho de 1972, fora realizada a Conferência de Estocolmo (Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano), data essa posteriormente consagrada como Dia Mundial do Meio Ambiente. Essa conferência teve Maurice Strong como Secretário-Geral que, um ano depois, lançou o conceito de Ecodesenvolvimento[3], o qual foi largamente difundido por Ignacy Sachs a partir de 1974. Segundo Adriana Maria Magalhães de Moura (2016, p.15):

> O Brasil participou da conferência com a posição de defesa à soberania nacional. Argumentava-se que o crescimento econômico e populacional dos países em desenvolvimento não deveria ser sacrificado e que os países desenvolvidos deveriam pagar pelos esforços para evitar a poluição ambiental – posição que foi endossada pelos países do chamado Terceiro Mundo.

Em 1973, é criado no Brasil a primeira instituição a tratar especificamente do tema meio ambiente: a Secretaria Especial de Meio Ambiente (Sema), vinculada ao Ministério do Interior. Seguindo o exemplo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

federal, os entes estaduais passaram a constituir os seus primeiros órgãos ambientais, a exemplo da Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental (CETESB), em São Paulo (1973) e a Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente (FEEMA) no Rio de Janeiro (1975) (DE MOURA, 2016, p.15).

Na década de 1980, o marco principal da política ambiental brasileira foi o estabelecimento da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal n.º 6.938/91), que instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e estabeleceu os princípios, as diretrizes, os instrumentos e atribuições para os diversos entes da Federação que atuam na política ambiental nacional. São dessa época as Resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA - órgão criado pela Lei n.º 6.938/91), n.º 001/1986 e n.º 009/1987, que tratam, respectivamente, do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório de Impacto Ambiental (Rima) e das audiências públicas prévias ao licenciamento ambiental (DE MOURA, 2016, p.16).

A Constituição de 1988 também trouxe avanços significativos nesse tema, dedicando capítulo exclusivo ao Meio Ambiente, além de diversas normas esparsas no texto constitucional relativo, por exemplo, a definição de competência em matéria ambiental, a destinação socioambiental da propriedade e a defesa do meio ambiente como princípio geral da ordem econômica.

A década de 1980 também é marcada por uma série de trabalhos científicos em nível global, que intensificou os debates sobre meio ambiente, constituindo uma nova agenda ambiental internacional, são exemplos: *World Conservation Stratgy*(1980), da International Union for Conservation Nature – IUCN; *The World Environment: 1972 – 1982* (1982), produzido por cientistas do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA; e do *Our Common Future* (1987), também conhecido Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, sendo este último considerado um marco histórico na evolução do tema Desenvolvimento Sustentável (SETH, 2005, p. 26).

Embora, por vezes, os termos Ecodesenvolvimento e Desenvolvimento Sustentável sejam usados como sinônimos, a doutrina (FERNANDEZ, 2011, p. 109-120; MONTIBELLER FILHO, 1993, p. 131-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

142) costuma apontar diferenças entre os dois, sendo certo, todavia, dizer que são frutos de uma evolução histórica da compreensão de que o desenvolvimento econômico deve manter uma harmonia com o meio ambiente equilibrado. De acordo com Maimon, citado por MONTIBELLER FILHO (2004, p. 53), a diferença entre os conceitos de Ecodesenvolvimento e de Desenvolvimento Sustentável reside no seguinte aspecto:

> O primeiro volta-se ao atendimento das necessidades básicas das populações, através da utilização de tecnologias apropriadas a cada ambiente e partindo do mais simples ao mais complexo; o segundo enfatiza o papel de uma política ambiental, a responsabilidade com os problemas globais e com as futuras gerações.

Esses termos se diferenciariam pelo fato de que o primeiro surgiu como um modelo alternativo para a política do desenvolvimento, sendo conceituado como um estilo de desenvolvimento de um país ou região baseado nas suas próprias potencialidades. Já o segundo, que constou expressamente no Relatório Brundtland, pode ser definido como aquele "que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades"[4]. As disparidades entre os dois conceitos em tela situam-se principalmente no campo político e no que diz respeito às técnicas de produção. No campo político, o posicionamento quanto à qualidade do meio ambiente e às diferenças sociais como elementos fundamentais a serem considerados. No das técnicas de produção, o progresso técnico e o seu papel em relação à pressão sobre os recursos naturais (MONTIBELLER FILHO, 1993, p. 131-142).

É fácil perceber que o conceito de Desenvolvimento Sustentável constante do Relatório Brundtland (1987) influenciou diretamente a redação do *caput* do artigo 225 Constituição Federal (1988) ao declarar que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado" e impor "ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações", bem como a inserção da "defesa ambiental" enquanto princípio da ordem econômica em seu art. 170, inciso IV. Por esse fundamento, não há a menor possibilidade, na atualidade, pensarmos em desenvolvimento apenas como fator econômico, sem considerarmos as necessidades socioambientais. Deste modo, o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

desenvolvimento nacional somente pode ser compreendido dentro do conceito de Desenvolvimento Sustentável.

Continuando o estudo da evolução histórica da política ambiental brasileira e mundial, a década de 1990 é marcada pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD, realizada no Rio de Janeiro em 1992 (Rio-92), denominada também de ECO-92. Nessa conferência, foram assinados importantes acordos internacionais em matéria ambiental que refletem, ainda hoje, sua influência global. São eles: i) as Convenções do Clima e da Biodiversidade; ii) a Agenda 21; iii) a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento; e iv) a Declaração de Princípios para as Florestas (DE MOURA, 2016, p.17-18).

Registre-se, por oportuno, a importância da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento na fixação das balizas principiológicas para compreensão do que seja Desenvolvimento Sustentável, contendo, ao todo, 27 (vinte e sete) princípios a serem perseguidos pelos poderes públicos e a sociedade Florestas.

No cenário nacional, o Ministério do Meio Ambiente foi criado em novembro de 1992, após a extinção da Secretaria de Meio Ambiente da Presidência da República (Semam/PR), operando ao longo da década com poucos recursos humanos e financeiros, sendo a maior parte oriunda de empréstimos via agências multilaterais (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e o PNUD). A Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/1998) também nasce nesse período, sendo o Brasil um dos primeiros países a possuir uma legislação penal ambiental (DE MOURA, 2016, p.17-18).

A partir dos anos 2000, foram criadas diversas leis e decretos tratando da política ambiental brasileira. Citem-se alguns desses: a Lei nº 9.985/2000, que criou o Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza – SNUC (Lei no 9.985/2000), o qual contribui para organizar e uniformizar as categorias de UCs e os instrumentos de proteção; o Decreto n.º 4.339/2002, que instituiu os princípios e diretrizes da Política Nacional de Biodiversidade; a Lei n.º 11.105/2005 (Lei de Biossegurança); a Lei n.º 11.284/2006, que dispõe sobre florestas públicas e desenvolvimento sustentável; a Lei n.º 12.651/2012 (Novo Código Florestal); Lei n.º 13.123/2015 (Lei do patrimônio genético). Considerando o foco deste trabalho, mencionam-se ainda a Lei 12.349/2010, que, alterando o art. 3 da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Lei n.º 8.666/93, introduziu o desenvolvimento nacional sustentável como objetivo das contratações públicas, e o Decreto 7.746/2012, que regulamentou esse dispositivo, estabelecendocritérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública, instituindo ainda a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP (DE MOURA, 2016, p.19).

Internacionalmente, ganha-se destaque a realização, em 2002, da Conferência Ambiental Rio+10 em Joanesburgo, tendo como principais objetivos a avaliação dos acordos pactuados na Rio-92, enfretamento da pobreza e do subdesenvolvimento, mudanças climáticas (Mecanismo de Desenvolvimento Limpo – MDL, Protocolo de Kyoto) e a discussão sobre fontes renováveis. E, em 2012, a realização da Conferência Rio+20 realizada no Rio de Janeiro. A conferência teve como objetivos, assegurar a renovação do compromisso político para o desenvolvimento sustentável, avaliar os avanços e os hiatos nos processos de implementação das principais decisões quanto ao desenvolvimento sustentável, identificar desafios novos e emergentes. Além desses objetivos, foram desenvolvidos e discutidos dois temas de importante aplicação atual: economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza; e a estrutura institucional para o desenvolvimento sustentável (DE MOURA, 2016, p.19-25).

Diante desse panorama histórico da Política Ambiental em nível nacional e global, compreende-se o Desenvolvimento Sustentável como um verdadeiro princípio geral do direito, constituindo um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dever por parte de todos os Estados que compõem a comunidade internacional e da sociedade, para que possa ser assegurado as presentes e futuras gerações. Em linhas gerais, pode-se afirmar que a necessidade de um desenvolvimento sustentável e o dever de proteger o meio ambiente são valores que se irradiam por todo o ordenamento jurídico e independe de previsão legal expressa nesse sentido, ao passo em que decorre do seu caráter principiológico com elevada carga normativa supraconstitucional.

Por certo, o Desenvolvimento Sustentável não pode subsistir apenas no campo do *dever ser*, simplesmente alicerçado em boas intenções. Cabe a Administração Pública, em conjunto com a sociedade,

realizar esforços e adotar práticas voltadas a sua concretização. Destarte, os métodos de governança ambiental se mostram úteis para realização dessa diretriz, a fim de fazer introduzir os critérios socioambientais no fluxo do processo decisório com vistas a transparência e disponibilidade de informações que permitam a participação e o monitoramento das políticas públicas ambientais por todos.

É com esse objetivo, na seara dos procedimentos de contratações públicas, que passamos a estudar o conceito de Licitação Sustentável e apresentar o Guia Nacional de Licitações Sustentáveis da Consultoria-Geral da União – CGU, órgão integrante da estrutura institucional da Advocacia-Geral da União – AGU, enquanto importante instrumento para uma efetiva governança ambiental.

4. Licitação Sustentável

A licitação é um *procedimento administrativo* mediante o qual a Administração Pública, ofertando, em regra, iguais condições de participação a todos os interessados, seleciona objetivamente a proposta mais vantajosa para um contrato de seu interesse (COUTINHO e RODOR, 2018, p. 637). Semelhante é o conceito de CARVALHO FILHO (2017, p. 181), para quem licitação pode ser conceituada como:

> (...) procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Por se tratadar de um procedimento administrativo, esse encadeamento de atos visa a tomada de uma *decisão*, qual seja: a aquisição de bens ou serviços, que, em uma visão tradicional, deve ser pautada pela economicidade e eficiência em favor do Poder Público.

A licitação é um instrumento para que a Administração tome a melhor decisão por meio da seleção da melhor proposta dentro de um mercado de livre concorrência e concentração econômica. Essa é a ótica tradicional através do qual o instituto da licitação é geralmente empregado. Entretanto, não é só, pois tem servido ainda a outras finalidades, a exemplo do desenvolvimento nacional, por meio do incentivo a aquisição de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

produtos nacionais ou de pequenas empresas. Atualmente, a licitação é vista como um importante instrumento disponível para o desenvolvimento de Políticas Públicas, especialmente na seara ambiental.

Neste artigo, procura-se contribuir com a reflexão sobre o significado de Licitação Sustentável e os desafios para sua efetiva utilização. Partindo dos conceitos de Governança Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, verifica-se que tais conceitos podem ajudar na melhor compreensão e desenvolvimento de técnicas de decisão que melhor se adequem às práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública Pública.

A Licitação Sustentável pode ser vista como um instrumento econômico direcionado a incentivar indiretamente comportamentos favoráveis ao meio ambiente, por meio de custos ou benefícios associados às alternativas de ação, baseado no princpípio do protetor-recebedor (compreensão aos que arcam com recursos privados para beneficiar o meio ambiente) (DE MOURA, 2016, p. 113).

Conforme Biderman e outros (2006, p.22):

> "A licitação sustentável é uma solução para integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo da compra e contratação dos agentes públicos (de governo) com o objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos. A licitação sustentável permite o atendimento das necessidades específicas dos consumidores finais por meio da compra do produto que oferece o maior número de benefícios para o ambiente e a sociedade."

A adoção do termo "sustentável" implica às Autoridades Públicas que, na celebração de seus contratos, se apóiem nos três pilares da sustentabilidade, ou seja, nos critérios ambientais, econômicos e sociais.

Destarte, apresenta-se o Guia Nacional de Licitações Sustentáveis da Consultoria-Geral da União – CGU, enquanto valoroso instrumento de Governança Ambiental, que tem contribuiído no aperfeiçoamento do fluxo decisório e adoção de práticas voltadadas ao desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração Pública Pública.

A Licitação Sustentável, de acordo com o Guia Nacional de Licitações Sustentáveis da AGU (2016, p. 12-13), "é a licitação que integra

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

considerações socioambientais em todas as suas fases com o objetivo de reduzir impactos negativos sobre o meio ambiente e, via de consequência, aos direitos humanos". Continua complementando "que não está delimitada pelo procedimento licitatório em si, mas perpassa todas as fases da contratação pública, desde o planejamento até a fiscalização da execução dos contratos".

Por oportuno, o Advogado da União, André Rufino do Vale, ao introduzir o Guia Nacional de Licitações Sustentáveis da AGU (2016, p. 04-05), defende que:

> (...) a consideração de critérios de sustentabilidade nos procedimentos de contratação pública é uma obrigação imposta a todos os Poderes Públicos, a qual decorre não apenas do atual comando normativo explícito do art. 3º da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93), mas igualmente do dever de proteção socioambiental prescrito pelo art. 225 da Constituição e, em uma visão mais ampla, do próprio sistema normativo constitucional. Como há muito ressalta o Prof. J. J. Gomes Canotilho, o Estado constitucional é também "Estado constitucional ecológico" (Der Ökologische Verfassungstaat), comprometido nos planos interno e internacional com a defesa e a proteção do meio ambiente (os "deveres fundamentais ecológicos") e com o desenvolvimento sustentável das sociedades contemporâneas, em prol de suas gerações futuras.
>
> Assim, pensar-se juridicamente em desenvolvimento sustentável como um dos princípios que norteia a licitação (artigo 3º, "caput", da Lei 8.666/93) é agregar ao clássico tripé da sustentabilidade – ambiental, social e econômico, constante do Relatório Brundtland – os fundamentos e princípios da República Federativa do Brasil constantes de seus artigos 1º e 3º: cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza e da marginalização, com redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem estar de todos, juntamente com o constitucional dever estatal em preservar o meio ambiente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> (artigo 225). Esse substrato constitucional brasileiro exige um desenvolvimento que vá muito além dos aspectos econômicos e que, nos internacionalmente difundidos dizeres do Prof. Amartya Sen, prêmio Nobel da Economia, possibilite o fortalecimento das liberdades substantivas de todo ser humano.

Partindo dessas considerações e do disposto no art. 3º da Lei n.º 8.666/1993, com redação dada pela Lei n.º 12.349/2010, depreende-se o dever atribuído à Administração para que adote critérios de sustentabilidade nas especificações técnicas e práticas de sustentabilidade em todas as fases do procedimento licitatório, verificando-se, para tanto, a existência de disposições legais específicas, aplicáveis ou não a depender do objeto licitado, tendo por exemplo o art. 7º, XI, da Lei nº 12.305, de 2010 - Política Nacional de Resíduos Sólidos, que *impõe a concessão de prioridade para produtos reciclados e recicláveis e para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.*

Ainda que não decorram de legislação especifica, os critérios e práticas de sustentabilidade podem e devem ser priorizados e justificados tecnicamente à luz do Decreto n.º 7.746/2012, que regulamentou o artigo 3º, "caput", da Lei 8.666/93. Constituem-se critérios de sustentabilidade previsto no regulamento a serem considerados pelos órgãos licitantes, dentre outros:

- menor impacto sobre recursos naturais (flora, fauna, solo, água, ar);
- preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
- maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
- maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
- uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

· origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Em paralelo aos critérios constantes do Decreto n.º 7.746/2012 e para o adequado tratamento ambiental da licitação, cumpre ainda à Administração examinar a incidência, ao caso concreto, das diretrizes, critérios e práticas de sustentabilidade previstas na Instrução Normativa SLTI/MPOG n.º 01/2010, nos atos normativos editados por órgãos de proteção ambiental e na legislação ambiental estadual e municipal.

O manual de Licitações Sustentáveis da AGU (2016) estabelece três passos gerais a serem observados no procedimento para as licitações sustentável, são eles:

1º PASSO: NECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE REUSO/REDIMENSIONAMENTO OU AQUISIÇÃO PELO PROCESSO DE DESFAZIMENTO

2º PASSO: PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO PARA ESCOLHA DE BEM OU SERVIÇO COM PARAMETROS DE SUSTENTABILIDADE

3º PASSO: ANÁLISE DO EQUILÍBRIO ENTRE OS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS

No fluxo decisório para uma licitação sustentável, o gestor público deve ser bastante cauteloso acerca da necessidade da contratação. Ainda assim, entendendo pela essencialidade, precisará verificar a possibilidade de reuso dos bens ou o redimensionamento dos serviços a serem licitados, considerando a ordem de prioridade do art. 9º da Lei n.º 12.305/2010. Ademais, existe ainda possibilidade de adquirir bens usados, provenientes de outros órgãos, em conformidade com o Decreto n.º 9.373/2018.

Na fase de planejamento, as áreas técnicas responsáveis pela elaboração dos instrumentos básicos da licitação (Projeto Básico, Termo de Referência e/ou o Projeto Executivo) e instrução processual devem, considerando sempre as necessidades da Administração na definição do seu objeto, verificar a existência de critérios, práticas e diretrizes de sustentabilidade definidos na legislação e cujo o bem ou serviço seja encontrável no mercado, resguardando-se o caráter competitivo do certame. Destarte, a inclusão desses critérios e práticas deve ser feita de forma clara e objetiva, justificando-se nos autos sua incidência, a fim de preservar o caráter competitivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

A licitação sustentável deve passar pelo filtro da análise do equilíbrio entre os princípios licitatórios (sustentabilidade, economicidade e competitividade), de forma que, em regra, um não deve se sobrepor ao outro. Contudo, a sustentabilidade pode, de modo justificado, se sobrepor aos outros princípios (economicidade e competitividade), desde que haja justificativa idônea e comprovável no que tange a redução do impacto ambiental.

Nos limites deste trabalho, seria impossível analisar e expor o fluxo decisório para contratação de produtos específicos ou mesmo abordar todas as particularidades a serem observadas no procedimento das licitações sustentáveis, cabendo recomendar, para tanto, a leitura integral do Guia Nacional de Licitações Sustentáveis, disponibilizado eletronicamente pela CGU na sua página de internet, dada sua importância como modelo de Governança Ambiental aplicado aos procedimentos administrativos de contratação pública.

5. Considerações finais

A Governança Ambiental é um importante mecanismo para fomentar a gestão socioambiental, seja no setor público ou privado, a partir de melhorias no fluxo do poder decisório em conjunto com a sociedade, sendo essencial para o sucesso das políticas públicas em matéria ambiental. Nesse contexto, entre diversas outras medidas a cargo do Poder Público para uma Governança Ambiental, destaca-se a adoção legal de uma política de contratações públicas sustentáveis, a partir da Lei n.º 12.349/2010, que, alterando a redação do art. 3º da Lei n.º 8.666/93, passou a incluir a promoção do desenvolvimento sustentável como um dos objetivos da licitação.

Destarte, o instituto da licitação, à luz do princípio do desenvolvimento sustentável, não mais se presta, tão somente, para contratação de bens e serviços a um menor custo, ao passo em que o referido princípio concede um espectro mais abrangente, servindo de fundamento para finalidades públicas outras, consagradas constitucionalmente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Não obstante os avanços normativos e a existência de um Guia Nacional de Licitações Sustentáveis, a adoção de um procedimento de licitação sustentável, em nossa experiência prática, ainda não se encontra efetivamente implementada no âmbito da Administração Pública.

As incertezas da política brasileira acabam por atrasar o seu processo de implementação, diante das constantes mudanças ao longo do fluxo do poder decisório. O cenário de crise aliado aos costumes políticos dificulta uma melhora na estrutura técnica-institucional dos órgãos responsáveis pelo procedimento de licitação, o que inviabiliza a consolidação de uma gestão ambiental. São fatores notórios: a falta de pessoal efetivo e estável para construir uma cultura institucional de Governança Ambiental e a ausência de capacitação para os poucos servidores existentes. Acresce-se a isso o fato de que os setores técnicos responsáveis pela instrução da licitação não criaram ainda um compromisso real com as escolhas socioambientais, especialmente no que tange a elaboração do documentos técnicos e pesquisa de mercado, enquanto instrumentos indispensáveis a definição do bem ou serviço objeto a ser licitado.

Sabe-se que toda mudança de paradigma, especialmente no âmbito da Administração Pública, exige algum tempo para se tornar real, e neste caso das licitações sustentáveis não seria diferente. O papel da advocacia pública consultiva no procedimento de contratações públicas é essencial para a consolidação de uma cultura socioambiental voltada a implementação e divulgação das boas práticas de governança ambiental, especialmente no que tange as licitações sustentáveis.

Referências

ALVES, Lauro Eduardo Soutello. *Governança e cidadania empresarial*. RAE-Revista de Administração de Empresas, vol. 41, n. 4, 2001. Disponível em <http://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-41-num-4-ano-2001-nid-45135/>. Acesso em 2018.

BRASIL. Advocacia Geral da União (AGU). *Guia Nacional de Licitações Sustentáveis* / Flávia Gualtieri de Carvalho, Maria Augusta Soares de Oliveira Ferreira e Teresa Villac. Brasília: AGU, 2016.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BIDERMAN, Rachel; BETIOL, Luciana Stocco. *Sustentabilidade em tempo real.* In: Revista Página 22**.** São Paulo, ed. 3, nov. 2006. Disponível em . Acesso em: 29/09/2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALCANTE, Clovis. *Economia e Ecologia*: Problemas da Governança Ambiental no Brasil. In: Revista Iberoamericana de Economía Ecológica, vol. 1, p. 1-10, 2004.

COUTINHO, Alessandro Dantas. KODOR, Ronald Kruger. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DE MOURA, Adriana Maria Magalhães de Moura*. Governança ambiental no Brasil*: instituições, atores e políticas públicas. Brasília: IPEA, 2016.

DE MOURA, Adriana Maria Magalhães de Moura. *Trajetória da Política Ambiental Federal no Brasil*. In: DE MOURA, Adriana Maria Magalhães de Moura (org.). *Governança ambiental no Brasil*: instituições, atores e políticas públicas. Brasília: IPEA, 2016.

DE MOURA, Adriana Maria Magalhães de Moura*. Aplicação dos instrumentos de Política Ambiental no Brasil*: *avanços e desafios*. In: DE MOURA, Adriana Maria Magalhães de Moura (org.). *Governança ambiental no Brasil*: instituições, atores e políticas públicas. Brasília: IPEA, 2016.

DE MOURA, Alexandrina Sobreira; Bezerra, Maria do Carmo. *Governança e Sustentabilidade das Políticas Públicas no Brasil*. In: DE MOURA, Adriana Maria Magalhães de Moura (org.). *Governança ambiental no Brasil*: instituições, atores e políticas públicas. Brasília: IPEA, 2016.

DE OLIVEIRA, Catarina Costa; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *A Economia Verde no Contexto do Desenvolvimento Sustentável*: a governança dos atores públicos e privados. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

FERNANDEZ, Brena Paula Magno. *Ecodesenvolvimento, Desenvolvimento Sustentável e Economia Ecológica:* em que sentido representam alternativas ao paradigma de desenvolvimento tradicional?. In: Rev. Desenvolvimento e Meio Ambiente. Paraná, Editora UFPR, 2011, n. 23, jan./ju, p. 109-120.

FERRARESI, Priscila. *Justiça constitucional e a governança ambiental*. In: Rev. Bras. de Políticas Públicas. Brasília, v. 1, n. 2, p. 51-73, jul./dez. 2011, p. 51-73.

GANEM, Roseli Senna (org.). *Conservação da biodiversidade*: legislação e políticas públicas. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. *O mito do desenvolvimento sustentável:* meio ambiente e custos sociais no moderno sistema de produtor de mercadorias. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2004.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. *Ecodesenvolvimento e Desenvolvimento Sustentável*. In: Textos de Economia. Florianópolis: Ed. da UFSC, v. 4, n.1, 1993, p. 131-142.

OLIVEIRA, Rafael Rezende Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2017.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Tradução de José Lins Albuquerque Filho. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SPETH, James Gustave. *A agenda ambiental global*: origens e perspectivas. In: ESTY, Daniel C.; IVANOVA, Maria H. (orgs.). Governança Ambiental Global: opções & oportunidades. Tradução de Assef Nagib Kfouri. São Paulo: ed. Senac, 2005.

WEISS, Thomas G. *Governance, good governance and global governance*: conceptual and actual challenges. Third World Quarterly, Vol 21, n. 5, 2000.

NOTAS:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[1] As "licitações verdes" ou "contratos públicos ecológicos" *(Green Public Procurement)* representam tendência consagrada no Direito Comunitário Europeu que exige a utilização da contratação pública para implementação de políticas públicas ambientais. Nesse sentido, o "Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE — Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa", publicado em 2011, propõe a utilização dos contratos públicos para proteção do meio ambiente. Sobre o tema, vide: ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos.* Coimbra: Almedina, 2012. p. 415-441. (OLIVEIRA, 2017).

[2] COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE. Our global neighborhood: the report of the commission on global governance. London: Oxford University Press, 1995, p. 53.

[3] Ecodesenvolvimento significa o desenvolvimento de um país ou região baseado nas suas próprias potencialidades, ou seja, um desenvolvimento sem dependências externas, mantendo assim uma harmonia entre os objetivos sociais e econômicos concomitantemente com a gestão ecologicamente prudente dos recursos e do meio, e assim uma solidariedade sincrônica com o povo atual em relação com suas necessidades fundamentais e uma solidariedade diacrônica com as gerações futuras em relação à economia dos recursos naturais e a garantia da qualidade de vida (MONTIBELLER FILHO, 2004).

[4] Disponível em: . Acessado em 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE DA MOTIVAÇÃO EM UMA EMPRESA PÚBLICA - COMO A VALORIZAÇÃO PROFISSIONAL INTERFERE NO FAZER DO SERVIDOR

EDSON DIAS DE SOUZA: Especializando em Gestão Pública EAD pela Universidade do Vale do São Francisco - UNIVASF.

HESLER PIEDADE CAFFÉ FILHO

(Orientador)[1]

Resumo: O presente estudo perspectiva analisar a motivação em uma empresa pública – como a valorização profissional interfere no fazer do servidor. Para dar conta da empreitada, alguns autores foram consultados através dos seus livros, dentre eles, Vieira et al (2011), Severo (2014), Leal et al (2012), Chiavenato (2004), Miranda (2009), Galhanas (2009), Vieira et al (2011), Carvalho (2013) e Lopes (2012). A metodologia utilizada foi a pesquisa descritiva, tendo como coleta de dados o levantamento bibliográfico. As conclusões mais relevantes são que no serviço público a motivação para o trabalho apresenta outros fatores se comparada com a mesma motivação em empresas privadas, e que para despertar motivos no servidor público é preciso a atuação direta do chefe imediato a fim de estabelecer algum diferencial, sobretudo, aproximação, reconhecimento e valorização do trabalho desenvolvido pelo o servidor, garantindo também um clima organizacional favorável ao desenvolvimento das atividades administrativas operacionais.

Palavras-chave: Motivação. Servidor Público. Serviço Público.

Sumário: 1. Introdução; 2. Motivação – conceito, origem e aplicabilidade; 2.1 Metodologia – Tipo de Pesquisa; 3. Considerações finais; 4. Referências

1. Introdução

A motivação para o trabalho sempre esteve na vanguarda do conhecimento por se tratar de um tema importante, principalmente se a intenção é possibilitar e contribuir para o desenvolvimento das instituições públicas em constante transformações. Buscar identificar os fatores que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

incentivam, influenciam e despertam motivos no trabalhador a desenvolver suas atividades de forma motivada, provocou estudos de vários estudiosos ao longo dos tempos. Segundo Carvalho (2013) a origem da palavra motivação vem do latim *movere,* ou seja, dá ideia de dinâmica, de ação. A motivação está orientada para alcançar um objetivo e se constitui de tudo aquilo que incita e dirige o comportamento de indivíduo para que alcance tal objetivo. Assim sendo, buscar-se através do presente trabalho, analisar a motivação em uma empresa pública e verificar como a valorização profissional interfere no fazer do servidor. Que fatores externos podem influenciar na motivação do servidor e se essa influência é positiva de modo a fazer com que o trabalhador se sinta bem e execute de maneira satisfatória suas funções, valorizando cada vez mais a instituição da qual faz parte por ser valorizado pelos serviços que executa

2 Motivação – conceito, origem e aplicabilidade

A palavra motivação apresenta diferentes conceitos, no entanto pode-se entender que existem determinantes ambientais, forças internas (necessidades e desejos) e incentivos que contribuem para que um indivíduo realize uma determinada tarefa. Assim, quando o indivíduo está motivado ele se compromete com o que o está fazendo e busca satisfação na realização de sua tarefa.

O estar motivado para realização de atividades é essencial dentro de empresas quaisquer que sejam elas. As chamadas empresas públicas diferenciam-se de empresas privadas principalmente pela forma como os trabalhadores ingressam nas mesmas. Geralmente, na empresa pública, os servidores públicos prestam concurso, e tem cargos e funções definidos em planos de cargos e carreiras específicos, cuja remuneração é fixa (garantindo a isonomia) e onde se define os benefícios e até mesmo como tal funcionário pode chegar a obtê-los (questões de incentivo a produtividade, formação profissional e outros). Na empresa privada o trabalhador passa por um processo de seleção e recrutamento, havendo particularidades no que diz respeito ao seu salário e vantagens relacionadas, que se traduz em uma grande competitividade entre empresas do mesmo ramo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Vieira et al (2011) define administração pública como o conjunto de órgãos e entidades destinados a satisfazer, de forma regular e contínua, as necessidades sociais. É um tipo de administração que difere da administração realizada em entidades privadas e onde para atender as necessidades faz-se necessários que as pessoas que realizam as ações sejam capazes, pois é nesse momento que as organizações atingem um alto desempenho. O gestor de pessoas na esfera pública deve buscar melhorar o seu ambiente de trabalho, estimulando as pessoas a trabalhar melhor, resguardando o aspecto intrínseco da motivação e os fatores condicionantes do ambiente de trabalho.

Motivação é um termo amplamente utilizado e pode ter diferentes contextos e significados. Segundo Severo (2014) a origem da palavra vem do verbo em latim *moveres* que originou o termo "motivo", no entanto a motivação às vezes está associada à impulso. A Psicologia foi uma das primeiras áreas que realizou estudos sobre a motivação, no entanto foram realizados estudos em diversas áreas, dando origem a inúmeros trabalhos, o que ampliou os enfoques e definições atribuídos à motivação humana. Algumas concepções sobre motivação, tais como: traços estáveis de um indivíduo, forças interiores (instinto), respostas e estímulos constituíram a base para se desenvolver diferentes teorias acerca do termo.

Leal et al (2012) citam a existência de um modelo de motivação para o trabalho que apresenta duas vertentes, motivação intrínseca e motivação extrínseca. A primeira envolve pessoas que fazem uma atividade, porque elas acham interessante realizar tal atividade e sentem satisfação espontânea no seu desempenho. A segunda se refere a instrumentalidade entre a atividade e alguma consequência, como recompensas tangíveis ou verbais. A satisfação, assim, não deriva da realização da atividade, mas das consequências que a mesma irá produzir.

O estudo da motivação do comportamento pressupõe o conhecimento das necessidades humanas. A Teoria das Relações Humanas constatou a existência de necessidades humanas básicas. A motivação se refere ao comportamento que é causado por necessidades dentro do indivíduo e que vai em direção aos objetivos que podem satisfazer essas necessidades. Chiavenato (2004) afirma que o ser humano possui necessidades que se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

alternam, ou se sucedem, de forma conjunta ou isolada. Quando uma necessidade é satisfeita, surge outra em seu lugar, de forma contínua e infinita.

Segundo Miranda (2009) a teoria das relações humanas foi o ponto de partida para humanizar e democratizar as organizações. Estudo realizado por Elton Mayo em uma fábrica, chamado de "Experiência de Hawthone" mostrou que o indivíduo não era motivado apenas por estímulos salariais, mas também por interações sociais, grupais, sendo motivado assim pelas necessidades sociais, psicológicas e expectativas grupais.

Outra teoria acerca da motivação é a Teoria de Maslow. Chiavenato (2004) cita que é a teoria mais conhecida sobre motivação e chama-se de Teoria da Hierarquia de Necessidades. De acordo com tal teoria existem cinco níveis para atender às necessidades humanas e seus meios de satisfação: necessidades fisiológicas que se referem ao conforto físico e alimentação, necessidades de segurança que se referem a segurança e proteção contra danos físicos e materiais, necessidades sociais que se referem à amizade e a participação em grupos, necessidade de estima referente ao respeito e autoestima, necessidade de autor-realização que se refere ao crescimento e autodesenvolvimento.

Douglas McGregor apresentou duas abordagens antagônicas chamadas de teorias X e Y. A teoria X baseia-se nas noções erradas do que são as causas e o que são os efeitos e postula: a) o ser humano tem aversão ao trabalho e o evita sempre que possível; b) a maioria das pessoas precisa ser coagida, controlada, dirigida e punida para que se esforce no sentido de alcançar os objetivos organizacionais; c) a maioria das pessoas tem pouco espírito de iniciativa, pouca capacidade criativa e prefere ser dirigida, evitando responsabilidades (GALHANAS, 2009).

Por sua vez, a teoria Y permite um ambiente de gestão favorável a concretizar o potencial dos funcionários e se baseia em: a) o ser humano não tem aversão ao trabalho nem o evita; b) não é preciso controle nem coação, pois o ser humano está disposto a se autodirigir e se autocontrolar; c) o compromisso dos indivíduos em relação aos objetivos da organização é fruto das recompensas que se espera obter por se atingir tais objetivos; d)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

as pessoas não evitam responsabilidade, nem tem falta de ambição; e) a motivação e capacidade para assumir responsabilidades são aspectos comuns a todos; f) os indivíduos, tradicionalmente, não realizam todo o seu potencial no local de trabalho, assim os gestores devem organizar o trabalho para que as pessoas possam atingir os seus objetivos e contribuir para alcançar os objetivos da organização (GALHANAS, 2009).

Vieira et al (2011) observam que as teorias citadas, dentre outras, precisaram de confirmação cientifica para se validar. Assim, surgiram teorias contemporâneas que possuem um grau razoável de documentação de suporte valido. São chamadas de teorias contemporâneas não por terem sido desenvolvidas recentemente, mas por representar o atual estágio de conhecimento a respeito da motivação das pessoas. Incluem-se aqui teoria da existência, relacionamento e crescimento (ERC), teoria das necessidades adquiridas, teoria da determinação de metas, teoria do reforço, teoria da equidade e teoria da expectativa.

Vários autores afirmam que a administração pública obedece a uma estrutura e determinadas especificidades condicionam os meios e as formas de motivar os funcionários. Houston (2002) apud Galhanas (2009) cita que funcionários públicos são efetivamente diferentes dos funcionários do setor privado e tais funcionários são motivados pelo desejo de servir o interesse público de forma que a motivação está assim mais associada a recompensas intrínsecas do que extrínsecas. Na mesma pesquisa se constatou que os funcionários públicos (em relação aos do setor privado) dão menos importância aos salários elevados e horários laborais reduzidos, mas valorizam questões relativas à segurança e as recompensas intrínsecas.

Lopes (2012) afirma ser possível obter benefícios em termos de motivação dos funcionários do setor público por meio de uma modificação da tabela salarial, o que pode ser feito pela redução dos salários relativos entre os trabalhadores em início de carreira e os mais experientes. Além disso, outro aspecto motivacional é a percepção de que os salários dependem do desempenho individual, no entanto, os salários nos setores públicos são decretados o que pode reduzir o empenho dos trabalhadores no trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Freitas (2010) cita alguns fatores, que dentro das organizações públicas podem levar o servidor à sua desmotivação e dessa forma a uma má prestação de serviço: trabalho insatisfeito por conta da remuneração; comparar a sua remuneração com a de outro servidor de mesmo nível hierárquico mas em outra função; falta de ferramentas dentro do trabalho para realizar um bom serviço; sistema de informática ineficiente, ou quando o servidor não possui conhecimentos para dar um bom andamento em serviço ou no atendimento ao contribuinte; ambiente com pouca iluminação e acreditar que o trabalho está sendo feito bem e mesmo assim não ser reconhecido como gostaria.

2.1 Metodologia – Tipo de Pesquisa

A metodologia deste trabalho é a pesquisa bibliográfica descritiva, utilizando abordagem qualitativa. Gil (2002) afirma que a pesquisa descritiva tem como objetivo descrever as características de determinada população ou fenômeno ou, então, estabelecer relações entre as variáveis. De forma similar, Vergara (2009) cita que tal pesquisa se aplica quando o objeto da investigação é parcialmente conhecido, sendo a descrição das características de determinada população ou fenômenos e/ou o estabelecimento de relações entre as variáveis.

3. Considerações finais

Observa-se que o estar motivado é uma característica essencial para o desenvolvimento das atividades do servidor público. O gestor de pessoas na esfera pública deve se utilizar de alguma teoria para melhoria do ambiente de trabalho e incentivar as pessoas para que despertem seus motivos e possam trabalhar cada vez mais satisfeitos. Segundo Vieira et al (2011) o trabalho público representa uma prestação de serviço ao interesse público e ao bem comum e essa relação com o social deve ser algo que seja gratificante àquele que está realizando o serviço. Deve-se buscar por meio do trabalho, incentivar o servidor a fim de que o mesmo despertando seus motivos, reconheça o próprio valor e, consequentemente o equilíbrio de expectativas e os sentimentos de autoestima. À medida em que o trabalho no setor público satisfaz necessidades de autodesenvolvimento das pessoas a motivação tende a crescer e se tornar mais forte e mais constante no dia a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

dia do servidor público. Será sempre necessário reconhecer no servidor, seu interesse em cada vez servir mais e melhor à população. Esse reconhecimento que deve partir da chefia imediata, deverá se concretizar por meio das observações particulares e coletivas, em reuniões ordinárias e extraordinárias de modo que possa se entender que a palavra pode convencer, mas que o exemplo, pode arrastar. A instituição ganhará reconhecimento pelo bom atendimento de seus servidores, e os usuários, também sairão ganhando por terem a oportunidade de um atendimento mais humanizado naquele órgão público.

Referências Bibliográficas

CHIAVENATO, I. **Introdução à teoria geral da administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FREITAS, M. L. **A importância da motivação dos servidores públicos.** 2010, Monografia (Graduação em Administração), Fundação Educacional do Município de Assis, Assis-SP, 2010.

GALHANAS, C. R. G. **A motivação dos recursos humanos nos novos modelos de gestão da administração pública.** 2009, Dissertação (Mestrado em Ciências Empresariais), Instituto Superior de Economia e Gestão, Universidade Técnica de Lisboa, Lisboa, 2009.

LEAL, E. A.; MIRANDA, G. J.; CARMO, C. R. S. Teoria da autodeterminação: uma análise da motivação dos estudantes do curso de Ciências Contábeis. **Revista Cont. Fin.** USP, São Paulo, v.24, n. 62, 2013.

LOPES, C. I. C. **Os fatores motivacionais dos trabalhadores da administração local.** 2012, Dissertação (Mestrado em Gestão Estratégica de Recursos Humanos), Instituto Politécnico de Setúbal, Setúbal, 2012.

MIRANDA, C. **O desafio de manter funcionários motivados**: os fatores motivacionais para o trabalho. 2009, Monografia (MBA em Gestão de Recursos Humanos), Escola Superior Aberto do Brasil, Vila Velha, Espírito Santos, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SEVERO, I. R. M. **Levantamento do perfil motivacional dos alunos, do ensino médio, em três escolas públicas da cidade de São Carlos/SP, na disciplina de Química.** 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências), Universidade de São Paulo, Instituto de Química de São Carlos, Programa de Pós-graduação em Química, São Carlos, 2014.

VIEIRA, C. B.; VILAS BOAS, A. A.; ANDRADE, R. O. B.; OLIVEIRA, E. R. Motivação na administração pública: considerações teóricas sobre a aplicabilidade dos pressupostos das teorias motivacionais na esfera pública. **Revista ADMpg Gestão Estratégica,** v. 4, n.1, pp 01-18, 2011.

NOTA:

[1] Graduado em Administração pela Estácio de Sá, Pós-graduado em Gestão estratégica de Negócios pela Esc. Eng. Eletromecânica da Bahia – EMBA, Pós-Graduado em Marketing Institucional pela faculdade São Francisco de Juazeiro –FASJ, Mestrando em gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do recôncavo da Bahia – UFRB. Atualmente Administrador e Docente da Pós-Graduação em gestão Pública da Universidade federal do Vale do São Francisco –UNIVASF e Docente Carreira Superior da FASFJ – Faculdade São Francisco de Juazeiro. E-mail: hesler.caffe@univasf.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A LEI N.º 13.655/2018 E AS ALTERAÇÕES NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO: O NOVO REGIME DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E OUTRAS QUESTÕES PROCESSUAIS NAS ESFERAS JUDICIAL E ADMINISTRATIVA - PERCEPÇÕES INICIAIS

CLÁUDIO RICARDO SILVA LIMA JÚNIOR: Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Ex-Assessor judicial da Justiça Federal da 5ª Região (TRF-5). Ex-Assessor jurídico do Ministério Público Federal (MPF) na 1ª Região. Atualmente, é Oficial de Justiça do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5)

Resumo: O texto estuda as inovações trazidas pela Lei n.º 13.655/2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que estabeleceram deveres adicionais de fundamentação e conteúdo para decisões jurídicas nos âmbitos administrativo e judicial que fixem a interpretação de valores abstratos ou conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, notadamente no campo do direito público. É efetuada uma análise geral dos dispositivos, com indicação das disposições que foram objeto de veto e da aplicação que se pode esperar para os dispositivos à luz dos valores e demais previsões do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Fundamentação das decisões judiciais e administrativas. Interpretação jurídica. Conceitos jurídicos abertos ou indeterminados. Ponderação de princípios.

***Abstract**: The text studies the innovations introduced by Law no. 13,655/2018 to the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, which established additional duties of rationale and content for legal decisions in the administrative and judicial spheres that fix the interpretation of abstract or open or indeterminate legal concepts, notably in the field of public law. A general analysis of the devices is carried out, indicating the provisions that have been vetoed and the application that can be expected for the devices in the light of values and other provisions of the legal order.*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Keywords: *Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law. Rationale of judicial and administrative decisions. Legal interpretation. Open or indeterminate legal concepts. Weighting of principles.*

Sumário: Introdução. 1. Motivação das decisões judiciais, administrativas e de controle financeiro e orçamentário na aplicação de normas jurídicas de conteúdo aberto ou indeterminado. 2. Necessidade de indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas da decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. 3. Dever de consideração dos obstáculos e dificuldades reais do administrador público na interpretação de normas administrativas e regras para a aplicação de sanções a agentes públicos. 4. Dever de criação de regime de transição em decisões que fixem nova interpretação sobre norma de conteúdo indeterminado . 5. Irretroatividade de nova interpretação de cláusula geral para efeito de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. 6. Previsão vetada: ação declaratória da validade de ato público, de rito especial, com sentença de eficácia erga omnes. 7. Possibilidade de celebração de compromisso administrativo com o fito de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. 8. Possibilidade de fixação de indenização por dano processual no bojo da própria decisão do processo administrativo ou judicial. 9. Responsabilidade pessoal do agente público por decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. 10. Possibilidade de realização de consulta pública para a edição de atos normativos pela Administração Pública no âmbito dos três Poderes. 11. Estímulo à edição de súmulas administrativas, regulamentos, respostas a consultas e demais atos tendentes a reforçar a segurança jurídica. Conclusão. Referências.

Introdução

A Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, incluiu 10 (dez) novos artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, tendo por escopo introduzir "disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público".

Dentre as inovações do novel diploma, pode-se destacar a instituição de normas expressas regulando a motivação das decisões jurídicas nas esferas administrativa, controladora e judicial quando da aplicação de normas de conteúdo aberto ou indeterminado, e, ainda, a interpretação de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

normas relativas à administração pública, as decisões interpretativas, as decisões que impliquem invalidação de atos, contratos, ajustes ou processos administrativos, a celebração de compromisso para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, a fixação de compensação por dano processual, o estabelecimento da responsabilidade pessoal do agente público em caso de dolo ou erro grosseiro, dentre outras medidas tendentes a reforçar a segurança jurídica na criação e aplicação do direito público.

A norma ostenta evidente importância no cenário jurídico, com impacto significativo na atuação dos agentes públicos em geral, notadamente quanto à aplicação do direito público, na medida em que instituiu novos critérios de validade para a manifestação das diferentes autoridades, impondo novo ônus argumentativo para a densificação de valores jurídicos abstratos ou normas jurídicas de conteúdo indeterminado, cujo significado e efeitos são definidos à luz das circunstâncias do caso concreto.

O presente texto tem por objetivo o exame inicial das novas regras, buscando-se identificar as alterações que introduziu na ordem jurídica e a mudança de postura que se exige dos órgãos e agentes públicos no desempenho de suas atribuições.

1. Motivação das decisões judiciais, administrativas e de controle financeiro e orçamentário na aplicação de normas jurídicas de conteúdo aberto ou indeterminado

O novo art. 20, da Lei de Introdução, passa a dispor que "Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão", asseverando, ainda, que "A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas." (BRASIL, 2018, p. 1)

Significa dizer que um novo requisito de validade para a motivação das decisões jurídicas que versem sobre normas de conteúdo aberto ou indeterminado é a "consideração das consequências práticas da decisão", sendo recomendável aos juízes, membros de tribunais e demais agentes públicos que, na aplicação de princípios jurídicos ou valores do sistema normativo, façam constar expressamente da fundamentação a referência ao novo dispositivo legal da Lei de Introdução, efetuando o devido cotejo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

entre a solução proposta e as "consequências práticas da decisão". Por consequências "práticas" devem ser compreendidas não apenas as consequências jurídicas, mas, também, as de ordem econômica, política e social, analisando-se os efeitos da decisão administrativa ou judicial em sentido amplo.

Evidentemente, as consequências que interessam ao legislador, ao ponto de interferirem na validade da decisão, inclusive judicial, não são, prioritariamente, os efeitos da decisão no plano fático individual, cuja parte interessada se encontra representada no processo, participa do embate dialógico do qual resulta a decisão e tem legitimidade para impugná-la na via recursal, mas, sobretudo, sua repercussão no âmbito coletivo, notadamente o impacto financeiro e orçamentário de decisões judiciais que interfiram na execução de políticas públicas, a exemplo da judicialização da saúde (v. g., condenação do Estado na obrigação de fazer consistente em realizar determinados procedimentos médicos ou no fornecimento de medicamentos de alto custo).

Ao que nos parece, a preocupação maior do legislador, ao exigir a consideração das consequências "práticas" da decisão funda-se, precisamente, em razões de ordem financeira e orçamentária, tendo em vista a aprovação recente, pela Emenda Constitucional n.º 95 (PEC do Teto dos Gastos Públicos), da política limitação de despesas nos órgãos e entidades da administração direta e indireta, nos três Poderes e nos três níveis da federação.

Nos termos do parágrafo único, quando se tratar de decisão que importe em invalidação de norma, ajuste, processo, ato ou contrato administrativo, deve o julgador, ainda, fazer referência explícita à "necessidade e adequação" da medida, cabendo efetuar um cotejo em face das "possíveis alternativas" à anulação ou ao reconhecimento da nulidade. Novamente, doravante, é de bom alvitre que o juiz ou administrador público faça menção expressa na fundamentação às referidas expressões e ao dispositivo legal em apreço, comparando os cenários nos quais é mantido ou excluído do ordenamento o ato viciado.

Os dispositivos consagram no plano do direito positivo a técnica interpretativa da ponderação de interesses, defendida de há muito por Dworkin e Alexy e já trabalhada, para as decisões judiciais, no texto do Novo Código de Processo Civil. (MARMELSTEIN, 2018, p. 373-390) Nos termos do art. 489, § 1º, do NCPC, "Não se considera fundamentada"

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: a) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; b) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; c) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; f) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015, p. 1)

No caso da previsão inserida no texto da LINDB, a norma se destina às decisões nas esferas "administrativa, controladora e judicial". Por esfera "controladora", entendemos que o legislador quis se referir ao controle administrativo, financeiro e orçamentário efetuado pelo Congresso Nacional, pelos Tribunais de Contas e pelos órgãos de controle interno de cada Poder, nos termos do art. 70, da CF/88, os quais, a nosso ver, integram o gênero mais amplo da atividade "administrativa", pelo que sua menção se revelaria atécnica, porquanto, a rigor, desnecessária. (BRASIL, 1988, p. 1) Com efeito, não faria sentido que, com a expressão "controle", tenha o legislador pretendido referir ao sistema de freios e contrapesos estabelecido na Constituição para a atuação harmônica entre os Poderes, vez que esse integra decisões de natureza administrativa, legislativa e jurisdicional, contemplando, por conseguinte, medidas de ordem política, cuja motivação sequer é exigida do agente público.

A razão de ser da norma é, como explicita a ementa da lei, fomentar a segurança jurídica, tendo em vista a existência de decisões que invocavam princípios ou normas jurídicas abertas ou indeterminadas de forma nitidamente deficiente, sem demonstrar as razões que autorizavam a aplicação do instituto no caso concreto, com o devido cotejo de interesses, detalhando-se o juízo de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. No plano judicial, a inclusão de norma que regula a fundamentação na Lei de Introdução vem em reforço às regras de motivação constantes do NCPC, revelando que o alcance da norma não se limita às questões de direito público, mas a toda decisão que envolva a aplicação de conceitos jurídicos abertos ou indeterminados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2. Necessidade de indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas da decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa

Dispõe o atual art. 21, *caput*, da Lei de Introdução que "A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas." O parágrafo único estabelece que referida decisão "deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais", sendo certo que é vedado "impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos." (BRASIL, 2018 p. 1)

Ao decretar a nulidade ou anulação de ato ou contrato administrativo, pois, deve a autoridade julgadora explicitar as consequências jurídicas da decisão, notadamente no plano administrativo. Trata-se de novo ônus para o agente público que, a bem da segurança jurídica, não mais poderá decidir relegando a momento posterior a elucidação dos efeitos. Tal norma encontra-se em consonância com a anterior, que prevê o dever de consideração das consequências práticas antes da prolação da decisão.

Vale dizer: nos termos dos arts. 20 e 21, da LINDB, as consequências ou efeitos práticos da decisão administrativa ou judicial que versem sobre a anulação de atos públicos devem ser referidos tanto na fundamentação quanto no dispositivo do julgado.

Evidentemente, ambas as normas contemplam certo idealismo. Em casos complexos, e, mormente, naqueles com repercussão geral, aptos a alcançar uma multiplicidade de sujeitos de direito e, por vezes, toda a coletividade, é pueril esperar que a autoridade seja capaz de vislumbrar, de antemão, todos os possíveis efeitos da decisão. Assim como o legislador não consegue antever todos os fatos e circunstâncias passíveis de regulação jurídica, tanto que, precisamente por isso, apela ao uso de conceitos jurídicos abertos e indeterminados, não se pode esperar do aplicador e intérprete que seja capaz dessa façanha. Na prática, os novos artigos 20 e 21 do LINDB tentam transferir para o aplicador – e, sobretudo, para o Judiciário, que detém a última palavra sobre as interpretações – a responsabilidade pela insegurança jurídica, a qual, em verdade, é um problema que decorre da incompletude do ordenamento – questão espinhosa de cunho filosófico-jurídico, que atinge todos os sistemas jurídicos do mundo, não se revelando exclusividade do caso brasileiro. É ilusório pensar que, com uma simples "penada do legislador", transferindo-se ao intérprete o ônus de antever as consequências da decisão, se possa

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

solucionar o problema da segurança jurídica. Sem dúvida, a medida é louvável, porquanto representa um esforço no sentido de racionalizar as decisões e promover a cultura da segurança jurídica. Seria fantasioso, contudo, imaginar que, doravante, as decisões não mais produzirão impactos imprevistos. A pretensão de revelação antecipada dos efeitos da decisão, nesse sentido, equivale à expectativa de identificação totalizante dos fatos jurídicos pelo direito, revelada impossível após a ampla codificação do século XIX. A tentativa de regulamentação exaustiva da fundamentação pós-positivista conduz, pois, ao retorno da problemática vivenciada sob a égide da hermenêutica clássica, que, ao fim e ao cabo, resume-se ao problema da incompletude do ordenamento.

Nesse contexto, a única interpretação possível para os dispositivos é a de que a autoridade julgadora tem o dever jurídico de levar em consideração na fundamentação e explicitar no dispositivo os efeitos ou consequências práticas **mais evidentes**, entendidos como tais como os que decorrem diretamente da decisão, vinculando as partes e terceiros por consectário lógico do julgado, bem como os efeitos gerais à sociedade e ao Estado perceptíveis em seus aspectos essenciais pelo homem médio, além daqueles que, a despeito de não se revelarem aparentes, tenham sido suscitados pelas partes nos debates ocorridos no processo. Não há como esperar do julgador, magistrado ou administrador, uma visão abrangente da totalidade dos fatos sociais, inclusive porque, nas relações jurídicas de trato continuado e nos casos de formação de precedente administrativo ou judicial, os efeitos da decisão alcançam fatos futuros, cujas especificidades poderão contemplar circunstâncias impensáveis por ocasião da edição do julgado. Ainda no que se refere aos fatos presentes, porém, é impossível ao julgador-intérprete identificar, a priori, todos os possíveis efeitos de sua decisão.

3. Dever de consideração dos obstáculos e dificuldades reais do administrador público na interpretação de normas administrativas e regras para a aplicação de sanções a agentes públicos

A lei impõe, ademais, às autoridades encarregadas do julgamento de causas que demandem a interpretação de normas sobre gestão pública, o dever de considerar "os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados." (BRASIL, 2018, p. 1) É o teor do *caput* do novo art. 22, da LINDB, o qual prevê, ainda, em seu § 1º que, "Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente". (BRASIL, 2018, p. 1)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Tal norma, evidentemente, não pode servir de escudo para o administrador ímprobo, relapso ou negligente. Verifica-se, do texto legislativo, preocupação excessiva com a defesa de certas posições administrativas, como se as esferas administrativa e judicial, na apreciação da regularidade das condutas, já não atentassem para as circunstâncias que impõem, limitam ou condicionam o comportamento dos agentes públicos. O direito público possui vasto número de princípios próprios, muitos dos quais favoráveis ao administrador, tais como a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos e a supremacia do interesse público sobre o privado. Ademais, a boa aplicação do direito sempre exigiu que as especificidades de qualquer caso concreto, aí incluídos os relativos à gestão pública, fossem levadas em consideração quando da interpretação das normas incidentes, pelo que a nova disposição, a nosso ver, não parece acrescentar muito, soando mais como um apelo do Executivo pela prolação de decisões mais atentas à realidade do gestor público.

Em parte, o mesmo se pode dizer do § 2º, do referido dispositivo, segundo o qual, "Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente." (BRASIL, 2018, p. 1) Embora a previsão tenha o condão de estabelecer um novo requisito formal de validade para as decisões que aplicam penalidades a agentes públicos, no que tange à substância dos julgamentos, novamente, a norma pouco ou nada acrescenta, pois, do ponto de vista do conteúdo, tais circunstâncias já deveriam integrar o objeto da análise do julgador, como manifestação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nos termos do art. 2º, da Lei n.º 9.784/99, a Administração Pública deve respeito aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, cabendo, nos processos administrativos, a observância dos princípios da atuação conforme a lei e o Direito e da "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público". (BRASIL, 1999, p. 1) Ainda assim, é possível vislumbrar na norma certo grau de inovação, na medida em que, expressamente, traz para a esfera do direito administrativo sancionador conceitos nitidamente associados à aplicação da lei penal, como "agravantes", "atenuantes" e "antecedentes", impondo, ainda, o dever de o julgamento apreciar tais circunstâncias e pautar-se na "natureza" e na "gravidade" da infração cometida.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O § 3º estatui que "As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato." O dispositivo cria, como se vê, o dever de proceder-se a uma "dosimetria" na aplicação de sanções aos administradores públicos, atraindo, pela opção terminológica, a plêiade principiológica de aplicação da lei penal, que, consoante a jurisprudência construída nas últimas décadas, pauta-se por regras rígidas para a fixação de pena em quantidade superior ao mínimo legal. Estabelece, ademais, o dever de que sanções da mesma natureza e relativas ao mesmo fato sejam levadas em conta quando da fixação do *quantum* de determinada sanção.

Uma leitura apressada poderia sugerir que o dispositivo estaria a disciplinar o impacto dos "antecedentes" do administrador na quantificação de sanções por infrações da mesma natureza. Não é esse, contudo, o objeto do § 3º, pois a consideração dos antecedentes já foi determinada no § 2º e, neste momento, ao revés, fala-se em sanções já aplicadas "relativas ao mesmo fato", o que afasta a compreensão de que se referiria a antecedentes, dado que os fatos em apreço são os "mesmos". Aqui, a norma é protetiva do administrador e determina que, quando da fixação de uma sanção, deve ser abatido do *quantum* o valor das sanções já aplicadas em razão do "mesmo fato", o que faz sentido quando se recorde que, no Brasil, vige a independência de instâncias. Assim, se um agente, por hipótese, comete ato ilícito com repercussão nas esferas administrativa, criminal e de improbidade administrativa, por consectário lógico, a indenização fixada nas esferas criminal e administrativa deve ser abatida de indenização da mesma natureza fixada, em função do mesmo fato, por exemplo, na esfera de improbidade administrativa (que abrange, entre as sanções previstas, a reparação civil).

A nosso ver, tal norma é extremamente problemática, pois a lei fala que o abatimento do *quantum* fixado nas demais esferas deve ocorrer durante a "dosimetria" da sanção, isto é, no momento de sua aplicação. Ocorre que, para que esse abatimento se pudesse dar de forma adequada, necessário seria que os quantitativos fixados em decisões anteriores fossem definitivos, o que significa, no âmbito judicial (criminal e de improbidade administrativa), que a decisão precisaria ter transitado em julgado, e, no âmbito administrativo, que estivesse prescrita a pretensão de revisão da decisão administrativa pela via judicial. No caso brasileiro, contudo, sabe-se que tais situações podem levar anos para sua verificação, tempo esse que, no mais das vezes, é suficiente para a prescrição da pretensão punitiva ou de reparação civil em algumas das demais esferas de atuação, ferindo de morte o princípio da independência de instâncias, cuja razão de ser é,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

justamente, permitir a punição do agente, assegurando a aplicação da lei e evitando a impunidade.

Em nossa perspectiva, o disposto no § 3º, do art. 22, da LINDB, não pode ser aplicado literalmente, devendo ser interpretado como um dever de **consolidação** das sanções aplicadas, a ser efetuado em sede de **execução**, após se terem tornado definitivas as condenações em todas as esferas de responsabilidade do agente (administrativa, criminal e de improbidade administrativa).

4. Dever de criação de regime de transição em decisões que fixem nova interpretação sobre norma de conteúdo indeterminado

Consoante o art. 23, da Lei de Introdução, incluído pela nova Lei n.º 13.655/2018, a decisão administrativa, controladora ou judicial "que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais." (BRASIL, 2018, p. 1)

A norma autoriza e determina, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial, em qualquer grau de jurisdição, a adoção da técnica da modulação dos efeitos da decisão que fixa no caso concreto o significado de conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, prerrogativa prevista em lei, anteriormente, de forma expressa, apenas para o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade. (BRASIL, 1999b, p. 1). Trata-se de uma das mais importantes inovações da reforma de 2018 na LINDB, na medida em que um poder anteriormente conferido apenas ao Supremo Tribunal Federal, a ser efetuado por decisão de 2/3 de seus membros, tendo em vista razões de "segurança jurídica e excepcional interesse social" (no art. 27, da Lei n.º 9.868/99), agora, é outorgado a qualquer juiz ou administrador público pelo simples fato de se estar diante da definição do conteúdo de uma norma dotada de vagueza conceitual. A previsão parte da premissa de que a concretização de princípios fundamentais, valores jurídicos ou normas jurídicas abertas e indeterminadas, por força da maleabilidade dos conceitos, exige tratamento semelhante ao do juízo de constitucionalidade, precisamente porque, em ambos os casos, é sempre necessário interpretar o ordenamento jurídico em sua integralidade, havendo que se ponderar valores contrapostos assimilados pela lei e pela constituição. É uma mudança de paradigma, o reconhecimento expresso pelo direito positivo da necessidade de utilização, em caráter geral, inclusive na esfera administrativa, de métodos de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

interpretação pós-positivistas, que pressupõem o dever de integração e criação do direito.

O texto legal não obriga o intérprete, contudo, a sempre fixar regime de transição por ocasião da definição de interpretação que imponha novo dever ou novas condições para o exercício de um direito, pois estabelece que isso deva ocorrer apenas "quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais." (BRASIL, 2018, p. 1) O legislador incorre, como se vê, em postura recursiva, na medida em que utiliza conceitos jurídicos abertos e indeterminados para determinar um comportamento a ser efetuado pelo intérprete quando do tratamento de conceitos jurídicos abertos e indeterminados. O dever de fixar regime de transição ocorre somente quando for "indispensável" para que o cumprimento da nova interpretação se realize de modo "proporcional", "equânime", "eficiente" e sem prejuízo aos "interesses gerais". Como o significado de tais expressões somente pode ser definido no caso concreto, na prática, a obrigação só existe quando o próprio intérprete a reconheça como existente, o que, por óbvio, não pode ser considerado propriamente uma obrigação, mas uma recomendação. A norma representa, portanto, mais do que uma imposição, uma autorização para que se defina regime de transição em casos de mudança interpretativa que estabeleça novos deveres ou condicionamentos de direitos.

Não se deve, contudo, desprezar a disposição, relegando-a apenas ao papel autorizativo. Sempre que o novo dever fixado em interpretação de conceito jurídico aberto ou indeterminado se revele de difícil concretização, por envolver altos custos para sua implementação, ou, ainda, quando a nova interpretação implicar consequências desproporcionais aos administrados, deve o intérprete reconhecer a validade de situações pretéritas, trabalhadas de conformidade com a interpretação anterior, e definir momento futuro para a aplicabilidade plena do novo entendimento, podendo fazer valer, desde já, novos requisitos que não se revelem extremamente onerosos aos seus destinatários. Como o legislador não tinha como prever todas as hipóteses em que exigível o regime de transição, e, ao mesmo tempo, acertadamente, entendeu não ser conveniente impor o dever de modulação dos efeitos em todos os casos que envolvam interpretação de conceitos jurídicos indeterminados – vez que, em alguns casos, razões de interesse público podem autorizar ser a nova interpretação aplicada de imediato – é de se esperar que se forme uma jurisprudência sobre a forma de aplicação da lei que determina o modo de fazer a jurisprudência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O caráter cogente da norma que obriga o intérprete a fixar o regime de transição, ainda que trabalhado mediante conceitos que, em si mesmos, demandam interpretação no caso concreto, verifica-se do debate envolvendo o veto efetuado sobre parte do dispositivo. A Lei n.º 13.655/2018 incluía um parágrafo único ao art. 23 da LINDB, mas teve o seu texto vetado sob o argumento de que a previsão "reduz a força cogente da própria norma e deve ser vetado, de modo a garantir a segurança jurídica de tais decisões." (BRASIL, 2018b, p. 1) Rezava o pretendido parágrafo único que, se o regime de transição, quando aplicável nos termos do *caput* do art. 23, não estivesse previamente estabelecido, o sujeito obrigado teria direito de "negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso." O veto presidencial, fundado em manifestação dos Ministérios do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, da Fazenda, da Transparência e em pareceres da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União, asseverou que, como o *caput* do artigo impõe a obrigatoriedade de estabelecimento de regime de transição em decisão administrativa, controladora ou judicial que preveja mudança de entendimento em norma de conteúdo indeterminado quando indispensável para o seu cumprimento, não faria sentido o parágrafo único prever um direito subjetivo de negociação da situação particular ao administrado quando tal norma não fosse cumprida, pois daria a entender que o vício da interpretação que não fixasse o regime de transição poderia ser suprido, enfraquecendo, por conseguinte, o caráter cogente da norma que impõe o dever de elaboração de regime de transição.

O veto, a nosso ver, se revelará, na prática, inócuo, pois, sendo demonstrado pelo administrado que a modulação de efeitos, no caso concreto, era "indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito" pudesse ser "cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais", e tendo e decisão interpretativa sido omissa na fixação do regime de transição, por óbvio, haverá direito subjetivo à fixação da norma transitória, ainda que particularmente, o qual poderá ser definido mediante ação declaratória, na via judicial. A proposta do texto vetado era permitir que tal direito pudesse ser exercido na via administrativa, mediante "compromisso para o ajustamento", comportando, ainda, o diferencial da previsão expressa do direito subjetivo ao ajuste. A despeito da ausência de previsão que resultou do veto, não nos parece nem que tenha deixado de existir o mencionado direito subjetivo, nem que seja vedado à Administração celebrar acordo para a definição de regra de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

transição no caso concreto, caso solicitado pelo jurisdicionado mediante requerimento administrativo, respeitadas, naturalmente, as regras de hierarquia e competência das autoridades administrativas e as "limitações legais". (BRASIL, 2018, p. 1)

5. Irretroatividade de nova interpretação de cláusula geral para efeito de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa

A lei estabelece, também, o dever de que as novas interpretações sobre normas de conteúdo aberto ou indeterminado não retroajam para o efeito de invalidar atos administrativos praticados em consonância com a orientação da época em que foram editados (consagração do princípio *tempus regit actum* para a averiguação da validade dos atos públicos). Dispõe o art. 24 que, "A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas." Esclarece o parágrafo único, ainda, que se consideram orientações gerais "as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público." (BRASIL, 2018, p. 1)

A norma não é de aplicação tão fácil quanto pode parecer, na medida em que a "jurisprudência judicial ou administrativa majoritária", por vezes, não é um dado tão evidente, o que permite antever-se a existência de discussões e debates, inclusive no plano judicial, de questões voltadas à definição do que seja a orientação dominante, ao ponto de assegurar a irretroatividade da nova interpretação. Na esfera judicial, o sistema de precedentes vinculantes instituído pelo Novo Código de Processo Civil auxiliará na identificação do que seja a jurisprudência majoritária, podendo-se destacar como tais as orientações mais recentes fixadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC ou ADPF), as decisões de controle difuso de constitucionalidade do STF no regime da repercussão geral, as decisões do STJ em sede de recursos especiais repetitivos, as decisões dos tribunais locais em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou Incidente de Assunção de Competência (IAC), as súmulas vinculantes, as súmulas de jurisprudência do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria de direito federal e as orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais locais, nos casos em que a discussão se limite ao âmbito territorial da competência de um Estado federação. (BRASIL, 2015, p. 1) Já no campo administrativo, ter-se-á

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

que levar em conta, como orientação dominante, as provenientes das autoridades administrativas de maior nível hierárquico, somente se cogitando do reconhecimento do valor jurídico da praxe reiterada de órgãos de hierarquia inferior quando ausente normativa específica sobre a matéria.

6. Previsão vetada: ação declaratória da validade de ato público, de rito especial, com sentença de eficácia *erga omnes*

A Lei n.º 13.655/2018 previa, através do que seria o texto do art. 25 do LINDB, a possibilidade de a administração, "por razões de segurança jurídica de interesse geral", propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença faria "coisa julgada com eficácia *erga omnes*". O dispositivo previa que a ação tramitaria segundo o rito da ação civil pública, com participação do Ministério Público, que poderia se abster de contestar ou, até mesmo, aderir ao pedido declaratório da validade do ato público. A declaração judicial poderia abranger, além da validade em si, "a adequação e economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste." (BRASIL, 2018, p. 1)

O artigo foi vetado ao argumento de que a ação declaratória preconizada pelo dispositivo, cuja sentença teria eficácia para todos, podendo inclusive dispor a respeito de preço e valores, poderia acarretar na propositura de excessivo número de demandas judiciais injustificadas, tendo em vista a abrangência de cabimento da ação por "razões de segurança jurídica de interesse geral" o que, na prática, poderia contribuir para maior insegurança jurídica. Ademais, sustentou-se que, ainda que com o juízo de procedência da ação declaratória, a problemática persistiria em relação às decisões administrativas ou de controle anteriores à impetração da ação declaratória de validade, uma vez que a atuação judicial poderia se tornar instrumento para a mera protelação ou modificação dessas deliberações, representando, também, violação ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes. (BRASIL, 2018b, p. 1)

Entendemos conveniente o veto, na medida em que os atos públicos gozam de presunção de veracidade e legitimidade, cabendo ao interessado o ônus de provar, no caso concreto, a desconformidade do ato estatal em relação à ordem jurídica. No que tange aos atos normativos federais, já existe previsão de ação judicial de fiscalização abstrata de sua validade e eficácia, que é a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, (art. 102, I, a, CF/88), admitindo-se, quanto aos estaduais e municipais, a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (MENDES, 2011, p. 131), sendo certo que o potencial de atingimento do

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

interesse coletivo encontra-se, no mais das vezes, precisamente, nos atos normativos. Ainda que determinados atos ou processos de viés concreto tenham grande relevância e alcance social, seja pela importância do objeto, seja pela expressividade dos recursos envolvidos, não se justifica a criação de nova modalidade de ação dotada de eficácia *erga omnes* com o fito exclusivo de afastar a discussão sobre sua legitimidade do ato administrativo, tendo em vista a possibilidade de propositura de ações de índole individual com esse objetivo.

7. Possibilidade de celebração de compromisso administrativo com o fito de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público

O art. 26 da LINDB estatui que, para "eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público", inclusive no caso de expedição de licença, "a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial". O compromisso, por expressa previsão legal, "buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais", "não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral" e "deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento." (BRASIL, 2018, p. 1) O inciso II do § 1º previa, ainda, que o acordo poderia "envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição" (BRASIL, 2018, p. 1), mas teve seu texto vetado, por alegação de violação ao princípio da reserva legal e de ter o potencial de representar estímulo indevido ao descumprimento das previsões legislativas, visando a posterior transação. (BRASIL, 2018b, p. 1)

A lei inova pela previsão expressa da possibilidade de celebração de acordo administrativo com o fito exclusivo de sanar irregularidade na edição do ato, algo que já existia no que tange a atos que representassem potencial dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, quando da participação de alguns dos entes legitimados para a ação civil pública, em relação aos quais já era autorizada a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/85. (BRASIL, 1985, p. 1) Agora, a Administração resta autorizada a celebrar compromissos voltados a sanar qualquer "situação contenciosa na aplicação do direito público", podendo fazê-lo inclusive com particulares, desde que não importe em

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

"desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral." Note-se que não pode o administrador, por meio do referido compromisso, promover isenções, afastar obrigações acessórias ou relativizar condicionamentos a direitos de forma "permanente", podendo, contudo, fazê-lo em caráter temporário, em função da adequação da interpretação às circunstâncias do caso concreto, com a finalidade de evitar a necessidade de solução judicial. Se vedado estivesse à Administração promover qualquer desoneração ou afastar qualquer condicionamento, ainda que em caráter temporário, conteúdo algum poderia ser objeto do compromisso celebrado pelo administrador, tornando a norma insuscetível de aplicação prática.

O dispositivo vem em reforço à interpretação que conferimos ao art. 23, em relação ao qual, a despeito do veto efetuado quanto ao parágrafo único, entendemos possível à administração celebrar compromisso individual voltado à definição de regime de transição que não tenha sido fixado em interpretação de aplicabilidade geral, quando presente situação na qual o regime de transição era obrigatório. Agora, novamente, o inciso II do § 1º do art. 26, que dispunha expressamente que o acordo poderia prever "o estabelecimento de regime de transição", foi vetado, mas isso não impede que a Administração inclua em seu compromisso o referido regime, haja vista a imposição efetuada pelo *caput* do art. 23. Vale dizer: se o estabelecimento do regime de transição era obrigatório – conforme afirmado pelo próprio Poder Executivo, na mensagem na qual explicita as razões do veto, trata-se de norma "cogente", destinada não apenas à esfera judicial, mas também à administrativa –, então, tendo o Estado sido omisso na fixação do mencionado regime quando da interpretação em caráter geral, por óbvio, haverá direito subjetivo do particular ao estabelecimento da regra de transição, podendo a administração rever o seu posicionamento quando da apreciação de requerimento administrativo nesse sentido, no bojo do qual deve ser deferido o regime provisório. Ante o princípio da autotutela dos atos administrativos, a administração tem o dever de anular os seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e de revogá-los por razões de conveniência e oportunidade (art. 53, da Lei n.º 9.784/99). Sendo a fixação de regime de transição, nos casos especificados no art. 23, da LINDB, um dever legal, sua omissão, quando devida a previsão, importa em ilegalidade, que deve ser suprida pela esfera administrativa, podendo ser efetuada tanto em caráter geral, quanto individual, por se tratar de direito subjetivo do administrado. (BRASIL, 2018, p. 1; BRASIL, 1999, p. 1)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

O efeito prático do compromisso individual que reconheça o dever de estabelecimento de regime de transição será a revisão da interpretação geral, com aplicabilidade *erga omnes* da regra transitória, tendo em vista que a multiplicação de processos individuais, que decorreria de um determinado precedente administrativo, implicaria, à evidência, a alteração *ex officio* da interpretação geral pela Administração, que não tem interesse na repetição desnecessária de atos administrativos. Nesse sentido, em que pese seja evidente a possibilidade de celebração de acordo individual (note-se que a lei o admite inclusive para os casos de "expedição de licença", que é ato concreto, voltado a um administrado em particular), parece-nos que a intenção do legislador foi que, nos casos que tenham repercussão geral, no sentido de envolverem uma multiplicidade de interessados, o compromisso fosse celebrado já em caráter coletivo, pois, nos termos do art. 26, além da oitiva do órgão jurídico, exige-se, "quando for o caso", a realização de "consulta pública", para, presentes "razões de interesse geral", ser celebrado compromisso com os "interessados", havendo eficácia jurídica na opção proposital do legislador pela colocação do termo não no singular, mas no plural.

Consoante se extrai do inciso I, do § 1º, do art. 26, novamente, o legislador se utiliza de conceitos jurídicos abertos ou indeterminados para regular o ato que pretende evitar a ambiguidade decorrente da interpretação de conceitos jurídicos abstratos, evidenciando a dificuldade – e mesmo a impossibilidade – de fixação, a priori, de parâmetros rígidos e presumivelmente claros para a solução de questões jurídicas que envolvam a aplicação de normas de ordem pública. Isso porque as alegações de "irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público" decorrem, no mais das vezes, da incidência de princípios ou de valores normativos de conteúdo incerto, cuja densificação admite múltiplas acepções, conduzindo a conflito interpretativo. Quando o legislador afirma que o compromisso deve contemplar solução jurídica "proporcional", "equânime", "eficiente" e compatível com os "interesses gerais", retorna à incerteza jurídica que deu origem ao problema, na medida em que não há como saber, de antemão, o que tais expressões deverão significar no caso concreto, não se podendo afirmar, por conseguinte, que as partes entrarão em acordo quanto a esse significado, perspectiva que seria, no mínimo, ingênua. Em decorrência, a norma tem mais o condão de explicitar que o compromisso celebrado afasta a possibilidade de alegação futura de violação aos mencionados preceitos do que o de fixar uma diretriz para a solução em si, a qual será alcançada não pela densificação dos conceitos em apreço, mas pela fixação dos efeitos práticos a que as partes venham a aderir de comum acordo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

8. Possibilidade de fixação de indenização por dano processual no bojo da própria decisão do processo administrativo ou judicial

O art. 27, *caput* e parágrafos, estatui que a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, "poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos", devendo ser motivada e proferida exclusivamente após manifestação das partes sobre o seu cabimento e valor, cabendo a celebração de "compromisso processual" entre os envolvidos voltado a prevenir ou regular a compensação. (BRASIL, 2018, p. 1)

O dispositivo impacta com maior relevância na esfera administrativa, pois, no âmbito judicial, já havia institutos voltados à composição do dano processual, como a indenização por litigância de má-fé (arts. 79 a 81, art. 142 e art. 536, § 3º, NCPC) e a multa por ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 77, §§ 1º e 2º,art. 161, parágrafo único, art. 334, § 8º, art. 772, II, art. 777 e art. 903, § 6º, NCPC), os quais, por expressa disposição legal, deveriam ser liquidados nos mesmos autos da ação principal (art. 777, NCPC). No plano administrativo, contudo, previsão semelhante não existia, de modo que, agora, pode o administrador fixar o montante da indenização, de modo a evitar prejuízos "anormais" ou "injustos" resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. (BRASIL, 2015, p. 1; BRASIL, 2018, p. 1)

O "compromisso processual" a que se refere o § 2º, à evidência, é prévio à ocorrência do dano, visto que a lei o admite para "prevenir" ou "regular" a reparação pelo dano moral ou material decorrente do processo. (BRASIL, 2018, p. 1) Não se trata, portanto, da simples transação para a composição do dano processual, mas de um **negócio processual** envolvendo a regulação da conduta das partes no curso do processo, à semelhança do que já ocorre no âmbito judicial pelas regras definidoras dos atos de litigância de má-fé e de atos atentatórios à dignidade da Justiça (note-se que a lei fala em compromisso "processual", e não em compromisso para a composição do "dano processual"). Trata-se de instituto que visa a desestimular a prática de atos incompatíveis com a boa-fé e o dever de cooperação das partes no curso do processo administrativo, visando à solução da crise de direito material na esfera administrativa de modo efetivo e consentâneo com a verdade dos fatos, em atendimento ao princípio constitucional da eficiência e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII c/c art. 37. *caput*, CF/88).

9. Responsabilidade pessoal do agente público por decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Em que pese a jurisprudência já admitisse a responsabilização nesses casos, o art. 28 da Lei de Introdução passa a dispor que "O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro." (BRASIL, 2018, p. 1) A interpretação sistemática, levando em conta o novo regime de motivação das decisões judiciais e administrativas e o dever de fixação de norma de transição nos casos em que obrigatório, instituído pelos novos dispositivos da LINDB, leva à conclusão de que, por "erro grosseiro", deve ser compreendida: a) a omissão do agente quanto à consideração das consequências práticas da decisão em caso de julgamento com base em valores abstratos (art. 20, *caput*), inclusive com demonstração da necessidade e adequação da medida imposta, em face das possíveis alternativas (art. 20, parágrafo único); b) a indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas em caso de invalidação do ato público (art. 21, *caput*); c) a consideração das dificuldades e obstáculos reais do gestor público, no caso de decisões que envolvam normas relativas à administração pública (art. 22); d) a desconsideração da interpretação vigente à época da edição do ato administrativo invalidado, com violação ao princípio *tempus regit actum* (art. 24); e, por fim, e) a celebração de compromisso administrativo voltado a eliminar irregularidade, incerteza ou situação contenciosa na aplicação de direito público com a concessão de desoneração permanente de dever ou condicionamento reconhecidos por orientação geral (art. 26). Em todo caso, porém, devem ser levadas em consideração as dificuldades e impossibilidades teóricas e práticas ao atendimento dos referidos requisitos pelas autoridades julgadoras nas esferas administrativa e judicial, consoante já referido nos comentários acima efetuados em relação aos novos requisitos impostos pela LINDB com a reforma introduzida pela Lei n.º 13.655/2018.

Por medida de segurança jurídica, e para resguardar a autonomia dos agentes públicos incumbidos de decidir as questões jurídicas no âmbito administrativo e judicial, a responsabilização por "erro grosseiro", nas hipóteses acima elencadas, somente se pode verificar quando, a despeito de expressamente provocada a se manifestar relativamente à alegada omissão, a autoridade se negar a incluir expressamente o elemento indicado na motivação do julgado, o que, no caso do processo judicial, somente ocorre quando silente a autoridade judicial após a propositura de embargos de declaração e, no âmbito administrativo, quando não suprida pelo administrador a omissão apontada em pedido de reconsideração ou requerimento administrativo inicial ou suplementar, indicando expressamente a omissão que se entenda haver ocorrido, o que pode ser efetuado, inclusive, perante os advogados públicos ou outros agentes

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

incumbidos da edição de pareceres técnicos. Isso porque, ante a complexidade inerente ao ato de julgar e o grande número de processos existentes nos diferentes níveis de julgamento nas esferas administrativa e judicial, é humanamente impossível decidir, sob a contínua pressão por celeridade, sem que, jamais, algum pormenor venha a passar despercebido, sendo que a falibilidade humana, nesse ponto, é o fundamento reconhecido universalmente para a instituição do duplo grau de jurisdição nas diferentes esferas de atuação do Poder Público em todas as nações civilizadas e nos principais organismos internacionais.

Se a parte interessada, a despeito de formalmente cientificada da decisão, não aponta a omissão do julgador quanto a qualquer das novas exigências impostas pela Lei de Introdução, mas, ao revés, prefere provocar a superior instância pela via recursal, eventual reforma ou invalidação do julgado não permite a condenação da autoridade por "erro grosseiro", sob pena de instituir-se uma responsabilização por aspectos próprios do processo decisório, tanto que instituído regime permanente de revisão da decisão, o que fragilizaria a autonomia funcional do julgador, constituindo meio de intimidação para o livre exercício da jurisdição. Se o sujeito interessado, por sua vez, deixa de recorrer da decisão, produzindo a sua preclusão e inalterabilidade no âmbito administrativo ou judicial, novamente, não há que se falar em "erro grosseiro" da autoridade, que, a despeito da ocorrência de eventual equívoco, agora, não mais tem a faculdade jurídica de alterar o que foi decidido (diferentemente do que ocorre com os atos administrativos em geral, que podem ser modificados a qualquer tempo, em função do princípio da autotutela).

Vale dizer: no âmbito do processo, seja ele administrativo ou judicial, o instituto da preclusão impõe restrições à correção de vícios decisórios, razão pela qual a responsabilidade pela decisão equivocada tem de ser compartilhada entre julgador, sujeitos interessados e todos os demais agentes que participem do processo. Não por outro motivo o sistema encontra-se estruturado em diferentes níveis hierárquicos de julgamento, com previsão geral da possibilidade de revisão do que foi decidido, tanto pela própria instância prolatora da decisão quanto pelas instâncias recursais. A eventual omissão do julgador quanto a requisitos de fundamentação, por vezes complexos e de difícil verificação, tal como instituídos nos novos dispositivos da LINDB, não pode ser validamente utilizada para caracterizar "erro grosseiro" quando as próprias partes interessadas – as quais, melhor do que qualquer outro sujeito, podem visualizar os aspectos relevantes da discussão – se mantiveram silentes quanto a eventuais pontos de interesse. Até mesmo nos casos em que a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

decisão envolva questão urgente, em que seja inviável a revisão por recurso, é preciso interpretar restritivamente e *cum grano salis* o conceito de "erro grosseiro" em relação à autoridade julgadora ou encarregada da edição do parecer técnico, que se encontra pressionada pela situação de fato, e, em tudo, fica adstrita à narrativa e aos elementos de prova trazidos pelo autor da demanda, não se podendo cogitar de sua responsabilização quando não expressamente apontada na petição inicial ou no requerimento administrativo a consideração dos aspectos aplicáveis dentre os integrantes das novas disposições da Lei de Introdução.

O referido temperamento à literalidade do texto legal é indispensável ao salutar funcionamento do sistema jurídico, pois, do contrário, os agentes públicos encarregados das decisões nas esferas administrativa ou judicial sofreriam evidente intimidação em caráter geral quanto à edição de julgamentos contrários à Administração Pública. Sempre que a situação exigisse a invalidação de atos públicos submetidos à sua apreciação, restrita estaria a liberdade do agente público encarregado da decisão, ante o temor de ser arbitrariamente responsabilizado por suposto "erro grosseiro" consistente na omissão ou equívoco quanto à aplicação dos extensivos requisitos legais para a fundamentação da medida imposta, instilando-se no julgador a propensão a decidir sempre em favor da validade do ato público, o que não se pode admitir no Estado Democrático de Direito. Se, por um lado, é necessário estimular a segurança jurídica e a adequada motivação das decisões judiciais, por outro, não se pode privar os juízes, administradores e advogados públicos da necessária autonomia no exercício de sua atividade profissional, indispensável para o adequado funcionamento do sistema jurídico e para a defesa dos valores constitucionais, inclusive democráticos, em face do possível arbítrio dos detentores do poder político estatal ou da ocorrência de fraudes de qualquer sorte na condução das questões de Estado.

A responsabilidade pela segurança jurídica não pode ser relegada integralmente ao aplicador e intérprete da norma, pois, como já referido, decorre de um problema filosófico-jurídico associado à incompletude do ordenamento. É, portanto, algo muito mais amplo e que extrapola, em muito, a mera deficiência na fundamentação da decisão. A segurança jurídica, tal como a justiça, é um valor jurídico e um ideal a ser perseguido por todos os que operam o Direito e o processo, desde o encarregado da postulação inicial até a autoridade incumbida da decisão em última instância. Não se pode exigir dos julgadores mais do que têm condição de ofertar, devendo-se desconfiar de previsões legislativas que, a pretexto de propiciar segurança jurídica, restringem a autonomia e a liberdade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

agentes públicos encarregados de decisões com potencial de invalidar atos ilegais ou inconstitucionais do Poder Público.

Nessa ordem de ideias, adequado o veto efetuado ao § 2º, do art. 26, que instituída a possibilidade de se requerer autorização judicial, em procedimento de jurisdição voluntária, para a celebração de compromisso com o fim de "excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime." (BRASIL, 2018, p. 1) A uma, porque não se deve interpretar amplamente a responsabilidade do agente público na celebração do compromisso, devendo-se proceder ao temperamento acima delineado, à luz das dificuldades inerentes ao processo interpretativo e, a duas, porque, tal como assinalado nas razões do veto, haveria, no caso, uma esdrúxula interferência do Poder Judiciário na edição de um ato administrativo, comprometendo a forma de controle dos atos do Executivo pelo Judiciário instituída pela Constituição segundo a conformação atribuída pelo texto constitucional ao princípio da separação de Poderes. (BRASIL, 2018b, p. 1)

O texto aprovado pelo Legislativo continha 3 (três) parágrafos adicionais ao *caput* do art. 28, os quais, contudo, foram vetados. O § 1º dispunha que não se consideraria erro grosseiro "a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais." (BRASIL, 2018, p. 1) O veto assinalou que "A busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica." Entendemos que o veto, no caso, não produzirá o efeito almejado, pois o conceito de "erro grosseiro", tal como defendido acima, não pode ser trabalhado na perspectiva da jurisprudência dominante, que, por vezes, não é objeto de fácil constatação. Ademais, é preciso resguardar a autonomia interpretativa do agente, a quem incumbe, inclusive, interpretar o significado da própria jurisprudência. Atribuir responsabilidade pessoal pela interpretação é temerário e restringe a liberdade do agente público incumbido do dever de decidir, revelando-se postura arbitrária em favor da manutenção dos atos do Poder Executivo. Ao menos no que tange às decisões do Judiciário, tal interpretação seria flagrantemente inconstitucional, pelo que deve ser rechaçada.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Dispunha o § 2º que "O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa," estabelecendo o § 3º que, "Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio de que trata o § 2º deste artigo." (BRASIL, 2018, p. 1) A Presidência da República vetou os dispositivos ao argumento de que criavam direito subjetivo ao apoio da entidade na defesa do agente público sem estabelecer "exclusividade do órgão de advocacia pública na prestação", podendo impor a cada entidade "dispêndio financeiro indevido, sem delimitar hipóteses de ocorrência de tais apoios nem especificar o órgão responsável por esse amparo, o que poderia gerar significativos ônus sobretudo para os entes subnacionais." (BRASIL, 2018b, p. 1)

Nota-se, pois, que o veto não se fundou na inadequação ou impossibilidade de atuação do órgão de advocacia pública na defesa do agente, mas, tão somente, na problemática financeira que poderia decorrer da escolha, pelo agente, de um ente privado para a sua defesa. O veto reforça a ideia de que a responsabilidade do agente deve ser interpretada restritivamente, não se podendo cogitar da inauguração de uma era de "caça às bruxas" com a finalidade exclusiva de sancionar agentes cujo intento exclusivo é atuar com regularidade na aplicação do direito. O crime, a fraude, o dolo ou o erro **efetivamente** grosseiro devem, de fato, ser objeto de responsabilização, mas o lapso, o equívoco ou o deslize justificado pelas circunstâncias, notadamente nos casos em que a parte não aponte ao julgador a sua ocorrência, não podem ser validamente imputados ao agente incumbido da decisão, com a pesada sanção pelo ressarcimento de quantias, por vezes vultosas, decorrentes dos julgamentos envolvendo a complexa aplicação do direito público, sob pena de instaurar-se grave cenário de instabilidade e temor que impeça o livre exercício da jurisdição.

10. Possibilidade de realização de consulta pública para a edição de atos normativos pela Administração Pública no âmbito dos três Poderes

De acordo com o art. 29, **"**Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão." (BRASIL, 2018, p. 1) Nos termos do § 1º, deve ser publicado ato de convocação que materialize a consulta pública, contendo minuta do ato normativo e fixando prazo para contribuições. O §

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2º estabelecia o dever de publicação, preferencialmente por meio eletrônico, das contribuições e de sua análise, mas teve seu texto vetado por inconveniência, na medida em que "poderia tornar extremamente morosa e ineficiente a sistemática por parte dos órgãos ou Poderes, ou mesmo retardar sua implementação, indo de encontro ao interesse público e recomendando, assim, o veto do parágrafo." (BRASIL, 2018b, p. 1)

11. Estímulo à edição de súmulas administrativas, regulamentos, respostas a consultas e demais atos tendentes a reforçar a segurança jurídica

Por último, o art. 30, introduzido à LINDB pela Lei n.º 13.655/2018, estatui que "As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas", asseverando que referidos instrumentos deverão ter "caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão." (BRASIL, 2018, p. 1) Trata-se, como se vê, de recomendação à edição de atos que sedimentem entendimentos sobre matérias de direito público, com o fito de favorecer a aplicação uniforme da lei, prestigiando a segurança jurídica.

No âmbito administrativo, a determinação de imposição do "caráter vinculante" pouco acrescenta, na medida em que o escalonamento hierárquico dos órgãos e agentes administrativos já implica o dever de obediência aos atos normativos provenientes dos níveis superiores da burocracia estatal. Já na esfera judicial, a determinação importa evidente inovação, dado que a vinculação a orientações interpretativas não ocorre, ainda, em caráter geral, relativamente a todo e qualquer precedente, mas apenas àqueles elencados no art. 927, do Novo Código de Processo Civil. O dispositivo, portanto, reforça, no plano judicial, a noção de um sistema de precedentes, na medida em que incentiva a adoção da técnica da vinculação em caráter geral. A tendência, nesse contexto, é a formação, de futuro, de um sistema em que se adote a vinculação precedencial plena, tal como já ocorre na maioria dos países de *common law*, em que vige a regra do *stare decisis*, postura que, na prática, já vem sendo adotada pelos operadores jurídicos, para os quais as decisões do STF e do STJ, ainda que em sede de ações originárias ou não dotadas de eficácia formalmente vinculante, representam orientação jurisprudencial importante e precedente judicial a ser seguido pelas instâncias ordinárias da magistratura.

Conclusão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

As diversas alterações introduzidas pela Lei n.º 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, alegadamente voltadas à satisfação do princípio da segurança jurídica, atribuem pesada responsabilidade ao administrador e juiz na solução de questões de direito público, fixando normas rígidas de fundamentação da decisão jurídica e impondo deveres de abordagem de certos conteúdos no dispositivo, tais como "consequências práticas" do ato decisório ou "regime de transição" para minimizar os impactos negativos das novas interpretações. Optou-se, ainda, por prever a responsabilização pessoal de agentes públicos em caso de "erro grosseiro" na edição de decisões ou opiniões técnicas, sem que se tenha, contudo, procedido a um detalhamento razoável e proporcional do que possa integrar o campo de aplicação da referida expressão, a qual, contudo, pela concomitância junto às novas exigências de fundamentação, somente pode ser entendida, na intenção do legislador, como a omissão na abordagem dos novos requisitos exigidos pela LINDB para a fundamentação e o dispositivo das decisões.

A estratégia adotada, contudo, não se revela adequada. As normas buscam transferir integralmente ao aplicador e intérprete o ônus pela insegurança jurídica, que, em verdade, decorre de um problema filosófico-jurídico associado à incompletude do ordenamento. A segurança jurídica, tal como a justiça, é um valor e um ideal a ser alcançado pelos sistemas jurídicos, e sua busca esbarra em problemas muito mais amplos, que extrapolam, em muito, a simples questão da fundamentação das decisões judiciais ou administrativas. O próprio legislador, ao instituir certos deveres de fundamentação e de conteúdo, ao tentar regulamentar a interpretação de conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, viu-se na necessidade de utilizar conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, relegando, novamente, ao intérprete, o poder de definir, no caso concreto, o significado da regra que se destinava a reger o processo de interpretação. Isso se dá porque a previsão rígida e engessada de situações já se revelou, desde o século XIX, medida fadada ao fracasso, ante a impossibilidade de o legislador antever toda e qualquer situação passível de regulação pelo direito, o que conduziu, sobretudo após a 2ª Guerra, à passagem dos métodos hermenêuticos clássicos para a interpretação pós-positivista, que reconhece haver poder criativo centrado nas mãos do intérprete. Se, por um lado, é preciso instituir elementos aptos a conter a discricionariedade e a permitir o máximo de previsibilidade na aplicação do direito, não se pode esquecer o fato de que interpretar, por um imperativo lógico e filosófico, é um poder, tanto que, em última instância, chega a constituir um braço autônomo da atuação do Estado.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A responsabilização pessoal de agentes públicos encarregados da prolação de decisões ou pareceres técnicos nos âmbitos administrativo e judicial por supostos erros na aplicação da lei somente pode validamente ocorrer quando, efetivamente, possam ser considerados "grosseiros", assim entendidos quando, a despeito de expressamente provocada, a autoridade se mantiver omissa quanto à indicação dos pontos de interesse. Do contrário, estar-se-ia a responsabilizar administradores e juízes por aspectos inerentes ao processo decisório, o que é inadmissível, e a restringir a liberdade no exercício da jurisdição, instilando nas autoridades a tendência por decidir sempre em favor da Administração Pública, ante o temor inerente à responsabilização por questões decorrentes de suas decisões, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

Responsabilizar pessoalmente juízes e administradores pela opinião ou pela interpretação no exercício da jurisdição é medida que beira a censura, devendo-se desconfiar de propostas que, a pretexto de garantir a segurança jurídica, restringem a liberdade de agentes públicos encarregados da invalidação de atos do Poder Executivo, que, de um modo geral, podem revelar-se contrários à lei, à Constituição ou a valores caros ao sistema jurídico, inclusive protetivos de interesses minorias circunstanciais, ou, ainda, ser fruto de fraudes ou outras violações graves à ordem jurídica. O sistema recursal existe, precisamente, para que a jurisdição possa ser exercida com o máximo de liberdade possível, não se podendo restringi-la pela imposição ao julgador do temor pela pesada responsabilidade civil nos casos em que sua perspectiva, na defesa das liberdades e dos valores constitucionais, inclusive democráticos, sejam eventualmente consideradas "erro grosseiro" pelas instâncias superiores, mormente quando existe, para as partes, o direito de rever a decisão mediante o recurso pertinente, ou ainda, de provocar a autoridade para que supra eventual omissão que repute existente.

A segurança jurídica é um valor a ser perseguido por todos os que integram o processo, não podendo ser transferido o ônus pela incompletude do ordenamento, exclusivamente, às autoridades encarregadas da prolação da decisão. Não há como exigir dos juízes, administradores, advogados públicos e demais autoridades incumbidas da edição de opiniões técnico-jurídicas que solucionem, no Brasil, um problema que é universal, compartilhado que é por todas as nações civilizadas estruturadas como Estado de Direito. É irrazoável e arbitrário, por exemplo, exigir que tais autoridades prevejam todas as consequências práticas eventualmente decorrentes de suas decisões, ou que antevejam

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

todas as possíveis alternativas à invalidação de um ato administrativo, como propugnado, de forma pueril e idealizada, por alguns dos novos dispositivos da Lei de Introdução. O texto precisará ser interpretado à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, havendo que se esperar o que a jurisprudência há de dizer a respeito do assunto, sendo certo, contudo, que a interpretação literal da maioria dos dispositivos há de ser reputada inconstitucional, sobretudo, por violar a necessária liberdade do processo interpretativo, indispensável à concretização da justiça.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: . Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: . Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: . Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em: 28 out. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

BRASIL. **Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: . Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. **Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018**. Disponível em: . Acesso em: 28 out. 2018.

MARLMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: comentários à Lei n.º 9.882, de 3/12/1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

www.conteudojuridico.com.br

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM PALMAS/TO: UM OLHAR SOBRE A EFETIVA DIMINUIÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA PROVISÓRIA EM 2018

ANDERSON RIBEIRO DA CRUZ: Funcionário Público. Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

LILIANE DE MOURA BORGES [1]

RESUMO:O presente artigo aborda a realização das audiências de custódia e se a apresentação física do custodiado à autoridade judiciária tem contribuído para o desencarceramento, em relação a população carcerária provisória na Comarca de Palmas/TO no corrente ano. Para tanto, será apresentado o aspecto histórico, previsão legal, modalidades de prisão, medidas cautelares diversas da prisão, situações em que a audiência de custódia ocorre em Palmas/TO. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica, por meio de abordagem quantitativa e o método dedutivo, valendo-se de doutrinas, artigos e dados extraídos do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. O artigo encerra-se destacando que, embora a análise dos casos seja individual e a concessão da liberdade provisória seja condicionada a fatores objetivos e subjetivos, a audiência de custódia na Comarca de Palmas/TO não tem contribuído da forma esperada para a diminuição da população carcerária provisória.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de custódia; Custodiado; Prisão; Liberdade Provisória.

ABSTRACT: This article addresses the holding of custody hearings and whether the physical presentation of the custodian to the judicial authority has contributed to the disengagement, in relation to the provisional prison population in the Region of Palmas/TO this year. In order to do so, it will be presented the historical aspect, legal prediction, prison terms, precautionary measures different from the prison, situations in which the custody hearing occurs in Palmas/TO. The methodology adopted was that of bibliographic research, using a quantitative approach and the deductive method, using doctrines, articles and data extracted from the Court of the State of

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Tocantins. The article concludes by pointing out that, although the analysis of the cases is individual and the granting of provisional freedom is conditioned to objective and subjective factors, the custody hearing in the Region of Palmas/ O has not contributed as expected to the population decrease temporary custody.

KEY WORDS: Custody hearing; Guarded; Prison; Provisional Freedom.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1. INTRODUÇÃO

A Audiência de Custódia adotada pelo Brasil tem origem na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Esse tratado, também chamado de Pacto de São José da Costa Rica, foi assinado em 22 de novembro de 1969, em San José, na Costa Rica, sendo ratificado pelo Brasil no ano de 1992, por meio do Decreto nº 678/92, que o introduziu no ordenamento jurídico pátrio. O Pacto se alicerça na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, dentre outros objetivos, visa assegurar condições mínimas para a existência humana e consolidar o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Embora previsto desde os anos 90 (noventa), somente após duas décadas da inserção dos preceitos constantes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos na legislação brasileira, é que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, mediante a elaboração da Resolução nº 213/15, regulamentou e implementou a Audiência de Custódia. Essa resolução determina que toda pessoa presa em flagrante delito, seja obrigatoriamente apresentada no prazo de até de 24 (vinte e quatro) horas da comunicação da prisão, à autoridade judicial, para que seja ouvida sobre as circunstâncias em que ocorreu a prisão ou apreensão.

Desta forma, a apresentação do flagranteado tem por escopo submeter o caso concreto à apreciação judicial, em curto prazo, para que seja verificada a legalidade do auto de prisão em flagrante, se a integridade física do conduzido foi preservada, bem como avaliar se é preciso manter o flagranteado encarcerado. Prima, ainda, por garantir o contato pessoal entre Julgador, Ministério Público, Defesa e Conduzido.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em parceria firmada com o Ministério da Justiça e o Conselho Nacional de Justiça foi quem primeiro aderiu a iniciativa, lançando o projeto denominado Audiência de Custódia. A Corte de Justiça Paulista, vanguardeiro em vários temas, não se olvidou de abraçar a ideia encampada pelo CNJ e contribuiu para o aprimoramento da Justiça Criminal de modo a efetivar a aplicação minimalista da norma penal.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, por meio da Resolução nº 17/2015, revogada pela Resolução nº 36/2017, acatou o teor do artigo 15, da Resolução nº 213/2015, do CNJ, que determinava a implantação da audiência de custódia no âmbito dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais no prazo de até 90 (noventa) dias, e implantou as audiências de custódia no âmbito da jurisdição do Poder Judiciário Tocantinense.

A audiência de custódia inaugural de competência da Justiça Tocantinense, realizou-se em Palmas, em 10 de agosto de 2015, sendo o conduzido posto em liberdade. Como já exposto, o objetivo da audiência de custódia é a apresentação, em tempo reduzido, do preso/apreendido à autoridade judicial competente, visando uma rápida decisão quanto a necessidade de manutenção do ergastulamento ou a possibilidade de responder eventual processo criminal em liberdade. No caso específico, o julgador entendeu pela desnecessidade de manter o conduzido encarcerado e estabeleceu medidas cautelares diversas da prisão, evitando que o flagranteado retornasse à prisão.

Posto isso, objetiva-se de modo geral, analisar se esse mecanismo adotado pelo Poder Judiciário tem trazido resultados positivos no que tange a política do desencarceramento, na alçada que compete ao Judiciário do Tocantins. Especificamente, busca-se verificar se a apresentação do preso para a audiência de custódia na Comarca de Palmas/TO, reflete na diminuição da população carcerária provisória no ano de 2018. Se o legislador pôs à disposição da autoridade judicial variadas formas de "prender" o preso/conduzido/flagranteado ao inquérito policial, deve o julgador observá-las e aplicá-las sem subjetivismo exacerbado, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

modo que os princípios da intervenção mínima e subsidiariedade sejam preservados.

Adotar-se-á o método indutivo de pesquisa. Para tanto, analisar-se-á os resultados das audiências ocorridas entre 01/01/2018 e 20/09/2018, realizadas na Comarca de Palmas/TO, de competência da Justiça Estadual, para ao final constatar se o implemento do referido instrumento alcançou a finalidade projetada.

O presente estudo busca verificar o reflexo da audiência de custódia ocorrida perante o TJTO, no aumento ou diminuição da população carcerária provisória de Palmas em 2018, levando em consideração as peculiaridades de cada caso.

2. ORIGEM DAS PENAS

A humanidade registra diferentes formas de punir o indivíduo transgressor das regras sociais existentes em sua comunidade. Os estudiosos apontam a existência de três fases referentes à evolução do fenômeno punitivo, sendo elas: fase da vingança divina; fase da vingança privada; e fase da vingança pública.

A fase da vingança divina é vista como o marco inicial do sistema punitivo. A ocorrência de fenômenos naturais era atribuída a ira dos deuses. Isso porque a sociedade da época cultuava seres sobrenaturais. Sobre o tema vejamos os apontamentos de Éthore Conceição Corsi:

> Outro ponto relevante no início do modo de punir são as punições pelas transgressões totêmicas. O caráter totêmico era inerente a todo indivíduo do clã, era uma forma de crença. A partir disso, esses indivíduos começaram a acreditar que os fenômenos naturais eram provenientes das transgressões que certos indivíduos realizavam. As comunidades, então, puniam o indivíduo acreditando que estariam purificando a comunidade, libertando o clã da impureza que o crime causou. (CORSI, 2016, Penas: origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena**).** http//:WWW.ambitojuridico.com.br/site/índex.revista artigo leitura.

Prevaleciam nessa época as normas de cunho místico, sendo que a punição do transgressor objetivava acalmar a raiva dos deuses.

A fase intermediária é denominada como período da vingança privada. Nela, o homem exercia a punição pelas próprias mãos. Marcada por ser violenta e desproporcional. André Estefam e Victor Eduardo explicam que "(...)a ideia de estabelecer algum equilíbrio ou proporcionalidade entre o crime e a pena, se deu por meio de Talião". Definem como sendo, "um processo de Justiça em que ao mal praticado por alguém, devia corresponder, tão exatamente quanto possível, um mal igual e oposto" (ESTEFAM; GONÇALVES, 2015 p. 243).

Por fim, tem-se a fase da vingança pública. Tem como característica a transferência do indivíduo para o Estado do poder punitivo. Rogério Sanches Cunha ensina-nos que:

> Vingança Pública: a fase da vingança pública revela maior organização societária e fortalecimento do Estado, na medida em que deixa de lado o caráter individual da punição (perturbador maior da paz social) para que dela se encarreguem as autoridades competentes, ficando legitimada a intervenção estatal nos conflitos sociais com aplicação da pena pública. (CUNHA, 2016, p 88).).

Depreende-se dos ensinamentos acima, que o Direito Penal foi adaptando-se a evolução dos tempos e aprimorando a forma de punir o transgressor das regras existentes. No início da humanidade, a punição era usada como meio de castigar o indivíduo que causasse a raiva dos seres sobrenaturais endeusados pelo círculo social. No segundo momento, aplicou-se o direito de vingar e punir, que pertencia a quem detinha poder, também como meio de fazer sofrer àquele que transgredisse o regramento existente. Por fim, a punição encontrava justificativa no argumento de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

preservar a organização social e a estabilidade estatal e de seus governantes.

3. FORMAS DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA VIGENTE

Na mesma linha de pensamento de que se faz necessário apresentar o conceito dos termos antes de estudá-los, vejamos o significado da palavra prisão. Conforme conceituação extraída do dicionário online de português, prisão é "detenção, ação de prender, de aprisionar alguém que cometeu um crime". No direito penal pátrio, prisão é uma das formas de penalidades que podem limitar a liberdade de alguém. O termo é frequentemente usado como sinônimo de custódia e encarceramento.

O Brasil, por meio da legislação vigente, admite o encarceramento do indivíduo de duas formas: prisão sem pena e prisão-pena. As prisões sem pena são usadas como medidas de cautela, ocorrem antes da decisão/sentença/acórdão penal condenatório, ou seja, quando ainda não há o trânsito em julgado do processo, ao contrário das prisões pena, consistentes na restrição da liberdade de locomoção oriunda de uma decisão/sentença/acórdão prolatada em processo judicial.

3.1 Prisões Cautelares

A prisão preventiva é uma das espécies de encarceramento cautelar, empregada no curso do processo penal ou na fase de inquérito policial. A autoridade judiciária é responsável por sua decretação, nos moldes da Constituição Federal de 1988, e seu deferimento prescinde dos motivos autorizadores existentes do Código de Processo Penal. No que tange aos requisitos, vejamos o que ensina Fernando Capez:

> A prisão preventiva poderá ser decretada: (a) para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (periculum in mora) + (b) quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria (fumus boni iuris). Não existe prisão preventiva obrigatória, pois, nesse caso, haveria

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> uma execução antecipada da pena privativa de liberdade, violando o princípio do estado de inocência. Se o sujeito for preso sem necessidade de se acautelar o processo, tal prisão não será processual, mas verdadeira antecipação da execução da pena, sem formação de culpa e sem julgamento definitivo. (CAPEZ, 2012, p. 327)

Reforçando os ensinamentos do notável jurista Fernando Capez, confira-se a lição do professor Leonardo Riba Tavares:

> A doutrina mais corrente, identificando os fundamentos da prisão preventiva essencialmente no atual artigo 312 do Código de Processo Penal, divide-os em pressupostos requisitos. Os pressupostos seriam a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Os requisitos, são a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e o asseguramento de aplicação da lei penal. Os pressupostos traduziram o fumus comissi delicti e os requisitos (ao menos um deles) representariam o periculum libertatis no binômio comum das cautelares em geral. Nesse sentido, para que uma prisão preventiva seja validamente decretada, imprescindível a presença concomitante dos pressupostos e a configuração, sempre no caso concreto, de pelo menos um dos seus requisitos (alternativos). (TAVARES, pag. 26, 2011*).*

Destarte, para que seja decretada a prisão preventiva é imperioso que existam concomitantemente os pressupostos autorizadores acima elencados.

A segunda modalidade de prisão sem pena aqui apresentada é a prisão temporária. Prevista na Lei nº 7.960/89, limita-se a fase de investigação policial. Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro logo após a promulgação da Carta da República de 1988, substituiu a ultrapassada prisão por averiguação, incompatível com os direitos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

individuais trazidos pela nova constituição. Pode ocorrer apenas quando cometidos os crime previstos no artigo 1º da lei, a seguir transcritos:

> Art. 1º - Caberá prisão temporária:
>
> I – quando imprescritível para as investigações do inquérito policial;
>
> II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
>
> III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
>
> a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu §2º);
>
> b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
>
> c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
>
> d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
>
> e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1°, 2° e 3°);
>
> f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
>
> g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
>
> h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1°);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1°, 2° e 3° da Lei n° 2.889, de 1° de outubro de 1956), em qualquer formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016).

Salutar transcrever o conceito formulado pelo renomado professor Guilherme de Souza Nucci:

> É uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficiente investigação criminal policial, cuidando-se de infração penal de particular gravidade, devidamente apontada em lei. A sua inequívoca vantagem consiste em promover a substituição da antiga prisão para averiguação, realizada pela polícia, sem o crivo judicial, nem o acompanhamento do Ministério Público, que poderia redundar, muitas vezes, em autêntico abuso de autoridade impunível, pois desconhecido ou de difícil comprovação. A Constituição de 1988 (art. 5º, LXI), preceitua que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei". (NUCCI ,2009 p. 1045)

Portanto, quando da ocorrência dos crimes acima transcritos poderá ser decretada a prisão temporária.

A última modalidade de prisão sem pena é a prisão em flagrante. Consiste na restrição de liberdade do indivíduo, sem a necessidade de ordem judicial, desde que na ocorrência ou logo após uma das hipóteses previstas na legislação vigente. Os doutrinadores Rosmar Rodrigues Alencar e Nestor Távora conceituam a prisão em flagrante como:

> É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorreu de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. (TÁVORA; ALENCAR, 2011 p. 530).

Com elevada maestria o professor Renato Brasileiro de Lima também conceitua a prisão em flagrante:

> A expressão "flagrante" deriva do latam "flagrare" (queimar) e "flagrans" (ardente, brilhante, resplandecente), que no léxico, significa acalorado, evidente notório, visível, manifesto. Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da sociedade. (LIMA, 2011, p. 117).

É uma medida de caráter administrativo, posto que não necessita de autorização judicial. Tem como objetivo evitar que o autor da conduta

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ilícita fuja, bem como permitir a colheita de provas necessárias à elucidação do ocorrido.

As hipóteses autorizadoras da prisão em flagrante estão elencadas, de forma taxativa, no artigo 302 do Código de Processo Penal a seguir transcrito:

> Art. 302 – Considera-se em flagrante delito quem:
>
> I – está cometendo a infração penal;
>
> II - acaba de cometê-la;
>
> III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
>
> IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração;

Com base nos ensinamentos acima transcritos, bem como no texto legal, podemos concluir que a prisão em flagrante é um dos meios previstos na legislação para privar o direito de ir e vir do indivíduo, mesmo que momentaneamente.

3.2 Prisão Definitiva

Também conhecida como prisão-pena, a prisão definitiva é aquela decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Esgotadas as possibilidades de reverter a situação, serve de base para privar de forma definitiva o indivíduo e possibilita a execução da decisão que determinou o cumprimento da sanção de ergastulamento. Salutar registrar as palavras de Mougenot:

> É a que decorre de sentença condenatória transitada em julgado, que aplica a pena de privação de liberdade. Em nosso sistema, a prisão-pena somente existe no âmbito do direito penal, sendo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> portanto, de afirmar que a prisão-pena no Brasil decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado. (MOUGENOT, 2009 p. 46).
>
>).

Em suma, é quando o processo finaliza e o direito de punir estatal concretiza-se.

4. CONCEITO E ASPECTOS HISTÓRICOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A palavra custódia, conforme significado obtido no dicionário nacional, consiste na, "condição de quem se encontra sob a proteção de outra pessoa ou instituição". A significação jurídica do termo guarda semelhança. Para o direito, significa o, "ato ou efeito de custodiar um preso, exercendo sobre ele a guarda e vigilância, quando em sala livre, ou em um estabelecimento, que não e propriamente uma prisão, até a averiguação de algum delito, bem como a detenção de uma pessoa, guardando-a, protegendo-a e vigiando-a constantemente, durante o cumprimento de determinada pena".

Feita essa rápida conceituação do termo custódia, vejamos o contexto em que surgiu e a forma que ocorre atualmente a audiência de custódia no Brasil.

Findada a Segunda Guerra Mundial, a humanidade sentiu a necessidade de criar institutos direcionados à preservação da dignidade humana. Como forma de reorganizar e reestruturar as nações fortemente abaladas pelas mazelas trazidas pela guerra, surgiram mecanismos imbuídos deste propósito.

Um dos principais instrumentos de proteção aos direitos do ser humano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Este documento elenca uma série de direitos fundamentais afetos a pessoa humana, destacando-se o direito à vida, à dignidade, à integridade física e moral, à liberdade, dentre outros. Por estar em consonância com o previsto na Constituição Federal de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1988, o Brasil ratificou o referido tratado em setembro de 1992. Um dos tópicos previsto no pacto garantista é justamente o direito de que a pessoa presa seja conduzida a presença da autoridade judicial competente.

Nesse sentido, é o que dispõe o artigo 7.5 do Pacto de San José da Costa Rica:

> Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Outro importante documento que prevê a condução do preso à presença da autoridade judicial é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Vejamos:

> Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.
>
> Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.
>
> Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (grifo meu).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Indubitavelmente existem outros documentos internacionais que versam sobre essa mesma temática. Todavia, permite-se afirmar que a audiência de custódia da forma como implementada hoje no Brasil, tem estrita ligação com o preceituado no Pacto de San José da Costa Rica e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Embora ratificado em 1992, o Brasil protelou por mais de 20 (vinte) anos a efetivação do primeiro encontro entre conduzido e a autoridade judicial.

No sentido de adequar o ordenamento jurídico pátrio, em 2011 ocorreu um importante avanço legislativo nesse aspecto. O artigo 306 do Código de Processo Penal foi alterado, objetivando evitar a manutenção de prisões desnecessárias ou em desconformidade com os preceitos legais. A Lei nº 12.403/11 deu nova redação ao *caput* e ao parágrafo primeiro do artigo em comento. Nesse contexto, o texto legal assim ficou definido:

> Art. 306 – A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.
>
> § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

A alteração do Código de Processo Penal, na forma acima apresentada, não contemplou por completo o que dispunha o Pacto de San José da Costa Rica, mas significou inegável avanço no sentido de buscar a aplicação integral do que dispõem o Pacto garantista.

Em continuação às alterações para a adequação da realidade judicial brasileira, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, regulamentou a realização da audiência de custódia por meio da resolução nº 213. aprovada em 15 de dezembro de 2015 - e determinava que no prazo de 90 (noventa) dias, contados de sua vigência, os tribunais brasileiros se adequassem a nova realidade.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Fundada no artigo 9º, do Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticas das Nações Unidas, no artigo 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Resolução em apreço, em linhas superficiais, determina a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

O artigo 1º da Resolução nº 213 determina que:

> Art. 1º - Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

A Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça é composta por 17 artigos e estabelece, dentre outros pontos, o prazo para apresentação do conduzido à justiça, quem é a autoridade competente para presidir o ato, os objetivos de sua realização. Importante registrar o conceito desse novo instituto. Carlos Paiva conceitua a audiência de custódia como:

> Ato de guardar e proteger. A audiência de custódia consiste, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado. (2015, Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

No âmbito do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, as audiências de custódia foram regulamentadas inicialmente pela Resolução nº 17/2015. Em outubro de 2017 houve a edição da Resolução nº 36, que revogou a de nº 17/2015. O Tribunal de Justiça Tocantinense, por seu Tribunal Pleno, no uso de suas atribuições legais e regimentais aperfeiçoou os trabalhos decorrentes da custódia dos presos em flagrante. Nesse contexto, o artigo 1º conta com a seguinte redação:

> Art. 1º Fica implantada a audiência de custódia, com a finalidade de apresentar a pessoa presa em flagrante delito ou em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, em até 24 (vinte e quatro) horas após a comunicação de sua prisão, salvo impedimento devidamente justificado.

Embora timidamente realizada no Estado do Tocantins, em razão do teor do artigo 12, da Resolução nº 36, que restringe a realização da audiência apenas às Comarcas de Palmas, Araguaína e Gurupi, a incorporação desse importante instituto na rotina forense representa grandioso avanço para a sociedade tocantinense.

Frente aos argumentos acima elencados, vemos que a audiência de custódia é um direito conferido ao ser humano, assegurando ao conduzido que ele seja ouvido pela autoridade judicial competente, de modo que se diminuam as prisões desnecessárias ou em desconformidade com a legislação penal vigente, bem como atua como importante mecanismo na manutenção da integridade física e psicológica do preso.

5. POSSIBILIDADES DE LIVRAMENTO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Com o advento da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, alterou-se a prática forense. Pela nova dinâmica processual a Autoridade policial comunica o Poder Judiciário sobre a ocorrência da prisão em flagrante e o acusado é levado, em até 24 horas após a comunicação, à presença da Autoridade judicial. Antes, a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

análise do auto de prisão em flagrante se dava sem que conduzido e juiz ficassem frente a frente.

A Autoridade judicial ao receber o auto de prisão em flagrante decidirá sobre o destino do conduzido.

Nesse contexto, confira-se o teor do artigo 310 do Código de Processo Penal:

> Art. 310 – Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
>
> I – relaxar a prisão ilegal; ou
>
> II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
>
> III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança;

O flagranteado levado à presença do magistrado poderá ser liberado mediante o relaxamento da prisão ou concessão de liberdade provisória.

5.1 Relaxamento da prisão em flagrante

O auto de prisão em flagrante é composto por uma série de procedimentos. Diante disso, para que a prisão de um indivíduo seja legal, é imperioso o preenchimento cumulativo de alguns requisitos. A inobservância desses atos pode tornar a prisão ilegal, passível de relaxamento pela Autoridade Judiciária. É o que determina o artigo 5º, inciso LXV, da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema ensina-nos Rubens:

> Em primeiro lugar, o juiz deve exercer um juízo sobre a legalidade da prisão, isso porque as prisões estão submetidas ao princípio da legalidade estrita, e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> as prisões ilegais devem ser imediatamente relaxadas. (CASARA, 2014, p. 57)

Havendo desconformidade entre o auto flagrancial e a legislação vigente, estar-se-á frente à uma situação de ilegalidade que deve ser solucionada pelo Poder Judiciário.

5.2 Liberdade Provisória

Não sendo caso de relaxamento, em razão de ilegalidade na prisão, abre-se a possibilidade da liberdade provisória. A aplicação desse instituto, em substituição as formas cautelares de encarceramento, permite que o conduzido responda eventual processo criminal em liberdade. Pode ser concedida com ou sem o arbitramento de fiança e ocorre quando não existir a necessidade de decretação de prisão preventiva.

Conforme ensina Julio Mirabete, a liberdade provisória destina-se a:

substitui a custódia provisória, atual e iminente, com ou sem fiança, nas hipóteses de flagrante (arts. 301 e 310), em decorrência de pronúncia (art. 408, § 1º) e da sentença condenatória recorrível (art. 594) (...) é, pois, um estado de liberdade. (MIRABETE, 2004, p. 178).

Com elevada maestria Fernando Tourinho Filho assevera que:

> Liberdade provisória é uma medida intermediária entre a prisão provisória e a liberdade completa, vale dizer, antes de ser definitivamente julgado, aquele que comete infração penal não fica preso nem tampouco desfruta de inteira liberdade. (...) Todos sabemos que a prisão provisória é, sem dúvida, a medida precautória da mais eloquente positividade ou eficiência, uma vez que manifesto o comparecimento do réu aos atos da instrução e a sua sujeição a eventual sanção penal se asseguram muitíssimo melhor estando ele preso do que utilizados outros sucedâneos ou providências de segurança. Não deixa de ser medida que acarreta prejuízos materiais e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> morais a um homem não definitivamente condenado.(TOURINHO FILHO. 2011, p. 286).

A concessão de liberdade provisória depende também do preenchimento de alguns requisitos, ligados a características pessoais do conduzido. Como exemplo, analisa-se a ficha criminal do flagrante (antecedentes), grau de reprovabilidade da conduta imputada, possibilidade de fácil localização (endereço fixo), existência de vínculo trabalhista, etc.

Entendendo o juiz pela impossibilidade de soltura do conduzido, este decidirá pela conversão em prisão preventiva.

6. ANÁLISE DOS DADOS ESTATÍSTICOS DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA OCORRIDAS NA COMARCA DE PALMAS/TO, ENTRE 01/01/2018 E 20/09/2018

De acordo com dados obtidos junto ao setor de estatística do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, especificamente perante o Conselho da Justiça Militar estadual, materializado no período acima apresentados, em 310 (trezentos e dez) casos submetidos à apreciação judicial, decidiu-se pela homologação do auto de prisão em flagrante, com a respectiva conversão em prisão preventiva, ou seja, na maioria das audiências de custódia realizadas na Comarca de Palmas/TO, restou definido pelo retorno/encaminhamento do conduzido ao estabelecimento prisional até nova apreciação judicial do caso, o que corresponde a 67% (sessenta e sete por cento). Em 146 (cento e quarenta e seis) casos, decidiu-se pela concessão de liberdade provisória, oportunidade em que o conduzido é liberado para responder eventual processo criminal em liberdade, o que corresponde a 31% (trinta e um por cento). Vê-se também, que num contexto de 459 (quatrocentos e cinquenta e nove) audiências de custódia, em apenas 03 (três) ocorreu o relaxamento da prisão, dado em razão da existência de ilegalidades no procedimento policial.

Depreende-se também da análise , que dos 459 (quatrocentos e cinquenta e nove) flagranteado, apenas 3 (três) foram encaminhados ao Serviço Social, para triagem e acolhimento. Esse baixíssimo número de encaminhamentos reflete negativamente na figura da reincidência. . Isso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

porque os profissionais assistentes sociais são capazes de analisar e entender as questões sociais que desencadeiam a criminalidade e reincidência.

Levando-se em conta que se não fosse a existência da audiência de custódia na Comarca de Palmas/TO, todas essas 459 (quatrocentos e cinquenta e nove) prisões demorariam mais que 24 (vinte e quatro) horas para serem apreciadas pela autoridade judicial, ainda assim podemos concluir que a implementação desse mecanismo judicial voltado à contribuição da diminuição da massa carcerária não contribuiu para o esvaziamento dos estabelecimentos prisionais na capital do Estado do Tocantins.

A apresentação do conduzido à autoridade judicial representa um avanço inegável no tocante ao objetivo pretendido. Porém, deve-se levar em conta que isoladamente não tem surtido o efeito esperado. Todavia, fatores subjetivos devem ser analisados também. O magistrado que preside o ato observa uma série de elementos, quais sejam: registros criminais, apresentação de endereço fixo e sabido, anotações trabalhistas, etc. Num contexto delitivo recheado de reincidência, violência ou grave ameaça, hediondez, somado em alguns casos com falta de conhecimento técnico afeto ao tema analisado (julgadores cíveis) a audiência de custódia não tem surtido efeito esperado.

(FONTE: Vara especializada da Justiça Militar da Comarca de Palmas, do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins)

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no decorrer do presente artigo, a realização da audiência de custódia da forma como ocorre hoje é fruto do esforço e da articulação perpetrada por vários órgãos e instituições, objetivando a preservação dos direitos e garantias fundamentais do flagranteado/conduzido.

Em consonância com o determinado pelas convenções humanistas, bem como pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o Tribunal de Justiça

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

do Estado do Tocantins – TJTO, editou a já citada Resolução nº 36, de 19 de outubro de 2017, a qual implantou a realização das audiências de custódia, no âmbito da jurisdição do Poder Judiciário Tocantinense. No tocante a essa resolução, revela-se importante apontar e esclarecer alguns pontos conflitantes.

Embora seja previsto no corpo da Resolução nº 36, que toda pessoa presa em flagrante delito ou em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar (preventiva ou temporária) ou definitiva será apresentada à autoridade judicial, isso não vem ocorrente. Na prática, apenas são conduzidos para a audiência de custódia as pessoas presas em flagrante, não aplicando-se para as ergastuladas em cumprimento a mandados de prisão.

Outro ponto que merece destaque diz respeito a quem conduz o ato. Em Palmas/TO, a audiência de custódia será realizada exclusivamente pelo juiz do Conselho da justiça Militar, nos dias de expediente forense, e pelo juiz plantonista nos dias que não forem expediente forense. A título de conhecimento, nas demais Comarcas do Estado, nos dias de expediente forense, a audiência será realizada pelo juiz titular ou respectivo substituto a quem foi comunicada a prisão em flagrante ou o cumprimento do mandado de prisão. Se por qualquer motivo a audiência não puder ser realizada pelo juiz titular a pessoa presa será encaminhada imediatamente ao substituto legal ou outro designado, salvo determinação em contrário. Na atual conjuntura, as audiências de custódias estão sendo realizadas apenas nas Comarcas de Palmas. Araguaína e Gurupi.

No Brasil, verdade seja dita, essa adequação legislativa ao implementar a Audiência de Custódia tem como propósito final diminuir a população carcerária e minimizar a crise existente no sistema penitenciário brasileiro, causada em seu cerne pela superlotação dos presídios e penitenciárias..

Destarte, permite-se concluir que a realização das Audiências de Custódia na Comarca de Palmas/TO, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, cadastradas no período de 24 de janeiro a 20 de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

setembro de 2018, não contribuiu de forma positiva para a diminuição da população carcerária provisória no corrente ano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/constituiçãofederal>. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/códigodeprocessopenal>. Acesso em: 30 ago. 2018.

Convenção Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <https://www.pge.sp.gov.br/bibliotecavirtual>. Acesso em: 28 ago. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas**. Disponível em:< https://www.cnj.jus.br/atosadministrativos>. Acesso em: 15 ago. 2018.

Declaração Universal dos Direitos humanos. Disponível em: <https://www.mp.go.gov.br/declaraçãoonline>.Acesso em: 28 ago. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS (TJTO). Resolução nº 36, de 19 de outubro de 2017. **Implanta as Audiências de Custódia no Estado do Tocantins, no âmbito da jurisdição do Poder Judiciário do Estado do Tocantins**. Disponível em <https://www.tjto.jus.br/elegis>. Acesso em: 26 jul. 2018.

BOMFIN, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

CASARA, Rubens. Prisão e Liberdade. São Paulo: Ed. Estúdio Editores.com. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Parte Geral – Esquematizado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niteroi: Ed. Ímpetus, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Processo Penal. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Ed. Empório do Direito, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR**,** Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** Salvador: Ed. Juspodivm, 2011.

TOURINHO FILHO**,** Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

CORSI, Éthore Conceição. Penas:

origem, evolução, finalidade, aplicação no Brasil, sistemas prisionais e políticas públicas que melhorariam ou minimizariam a aplicação da pena.

*Disponível em: <**http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.revistas_artigos_leitura** >. Acesso em: 02 out. 2018.*

Dicionário Virtual. Dicionário de português online. Disponível em: https://www.dicionárioonline.com.br. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

FURTADO, Anderson. **Liberdade Acima de Tudo: suspeito, acusado ou reeducando ao exercerem o direito de fuga frustram o jus puniendi por parte do estado?** Disponível em: <https://www.faculdadedamasio.com.br/bibliotecavirtual>. Acesso em: 06 out. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

LOPES JR, Aury. PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal.** Disponível em: <https://www.revistalibertadores.com.br>. Acesso em: 08 out. 2018.

TAVARES**,** Leonardo Ribas. **Prisão Preventiva Ontem e Hoje: paradigma e diretrizes pela lei nº 12.403/2011.** Disponível em . Acesso em: 30 set. 2018.

TOSCANO JR**.,** Rosivaldo. **Muito mais que Uma Audiência de Custódia**.Disponível em: <http://www.emporiododireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia>. Acesso em: 03 out. 2018.

WEIS, Carlos. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz**. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 05 out. 2018.

NOTA:

[1]Liliane de Moura Borges, Mestre em Ciências Ambientais pela PUC_GO, Graduada em Direito pela PUC_GO. , Docente na Faculdade Serra do Carmo, E-mail: prof.lilianeborges@fasec.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA: EM BUSCA DO DIREITO À GARANTIA DE UMA EDUCAÇÃO INCLUSIVA DE QUALIDADE.

MARCILENE DOS SANTOS ARAUJO: Bacharelanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo- FASEC.

ANDRÉIA AYRES GABARDO DA ROSA[1]

RESUMO: A Educação é um Direito de todos, sem distinção, prevista na Constituição Federal e normas infraconstitucionais. Assim, o presente artigo tem o objetivo de analisar as normas que garantem a educação e inclusão das crianças portadoras do Transtorno do Espectro Autista (TEA) na sala de aula. No entanto, sabe-se que garantir uma educação inclusiva e de qualidade aos portadores de TEA é ainda tarefa difícil no Brasil, considerando que as barreiras para sua efetividade são grandes e somente com protagonismo dos familiares em busca desse Direito é que se torna possível sua garantia. A garantia da lei à igualdade e à inclusão escolar não é suficiente, é essencial compreender o transtorno do espectro autista e as necessidades especiais que a criança acometida por esse transtorno reclama, para que haja a obtenção deste direito, é isto que se pretende mostrar no desenvolver dos capítulos. O procedimento metodológico utilizado foi de pesquisas bibliográficas, tais como jurisprudências, livros, artigos científicos, teses, dissertações, sites e decisões dos tribunais, a fim de esclarecer conceitos e confirma-los pela incidência de casos práticos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Educação Especial; Inclusão; Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional; Transtorno do Espectro Autista.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a conscientização acerca dos direitos da pessoa autista tem ganhado o espaço na sociedade. As Políticas Públicas Educacionais Inclusivas para a criança com Transtorno do Espectro do Autismo são ações políticas educacionais articuladas entre o Estado e a sociedade civil que visam promover a cidadania dessas crianças, diminuindo o processo de exclusão escolar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O presente artigo tem como assunto principal a análise das garantias constitucionais e a serventia do direito de inserção de alunos com transtorno do espectro autista na educação regular, advertindo as obrigações educativas especiais que as escolas inclusivas devem atentar-se. Infelizmente, ainda vivenciamos violações das garantias da proteção às pessoas com deficiência. O estudo sobre os aspectos normativos que contemplam o direito de inclusão escolar das pessoas com deficiência e ou transtornos globais do desenvolvimento, em especial, pessoas com transtorno do espectro autista, pauta-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, os quais norteiam o respeito à diversidade humana e os direitos das minorias de serem tratadas de forma igualitária em todos os ramos da sociedade. Os conceitos fundamentais sobre o transtorno do espectro autista é de alta complexidade e não se tem a intenção de esgotar o tema em apenas um artigo, no entanto será abordado o suficiente para se ter uma visão mais extensa da realidade dos autistas e da necessidade efetiva da inclusão social destes na educação. A garantia da lei à igualdade e à inclusão escolar não é suficiente, é essencial compreender o transtorno do espectro autista e as necessidades especiais que a criança acometida por esse transtorno reclama, para que haja a obtenção deste direito. Outrossim, o artigo visa à apreciação das prerrogativas constitucionais acerca da educação especializada. As normas de escolarização dos alunos com transtorno do espectro autista devem ser avaliadas, considerando a importância e a necessidade de um processo de ensino - aprendizagem, diferenciado e peculiar aos portadores do (TEA). A inclusão do espectro autista na educação se revela fundamentalmente importante para o desenvolvimento como um todo.

A responsabilidade em inserir a pessoa com autismo na sociedade, não é só da família, mas estende-se ao educador, bem como à instituição de ensino. Para tanto, necessário se faz o preparo do educador a fim de que possa receber da forma adequada essa demanda e sua necessidade. De fato, não há que se falar em inclusão social, sem pensar em um ambiente inclusivo. Contudo, avalia Cunha (2012), que esse ambiente inclusivo não se faz somente em razão de seus recursos pedagógicos, mas também pelas qualidades humanas de seus operadores. Em outras palavras, o educador deve preparar-se para os recursos disponíveis, sua sala de recurso e o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

conhecimento adquirido em capacitação, para realizar a educação do indivíduo de forma que ele atinja o desiderato estabelecido.

O objetivo do presente trabalho é identificar as Políticas Públicas Educacionais Inclusivas para a criança com Transtorno do Espectro Autista estabelecendo pontos e contrapontos com a legislação nacional a fim de averiguar se o direito contido na Lei está sendo efetivado com todos os direitos e garantias contidos em seu texto. Analisará ainda como estas leis estão sendo efetivadas na realidade educacional do país.

A escolha deste tema se deu devido a importância do cumprimento do direito à educação aos portadores do Transtorno do Espectro Autista. Ainda que o ordenamento jurídico pátrio possua inúmeras normas jurídicas sobre a inclusão do portador de TEA nas escolas de ensino regular, o que ocorre, na grande maioria dos casos, são alunos frequentando escolas especiais. Destarte, torna-se importantíssima a discussão nos meios acadêmicos, jurídicos e psicopedagógicos a fim de que o direito à educação inclusiva seja efetivo.

Neste artigo científico foi utilizado o método analítico descritivo dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais por meio da pesquisa de materiais já elaborados e publicados sobre o tema em epígrafe.

O procedimento utilizado foi de pesquisas bibliográficas, tais como jurisprudências, livros, artigos científicos, teses, dissertações, sites e decisões dos tribunais, a fim de esclarecer conceitos e confirmá-los pela incidência de casos práticos.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA (TEA)

As pesquisas científicas têm mostrado que os transtornos do autismo estão associados a alterações no desenvolvimento do cérebro, causado por uma combinação de fatores genéticos, ambientais e biológicos. Essas alterações geralmente são percebidas antes da fase adulta e suas principais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

manifestações ocorrem principalmente antes dos primeiros três anos de idade.

> A partir do momento em que a criança passa a ser vista como criança e não mais como um adulto em miniatura, seu mundo infantil torna-se de interesse coletivo e a criança começa a ser compreendida como pessoa distinta do adulto, com interesses próprios, peculiaridades e necessidades inerentes à sua fase de desenvolvimento. Nesse contexto surgem as anomalias infantis, o que desencadeia a curiosidade e necessidade da ciência em pesquisar sobre o assunto (GISELE, 2016, p. 47).

Kanner, psiquiatra austríaco, em sua obra "Distúrbios Autísticos do Contato Afetivo" descreve características comuns a onze crianças por ele estudadas, "um isolamento extremo desde o início da vida e um desejo obsessivo pela preservação da mesmice, denominando-as autistas", ao observar o grupo de crianças que atendia, constatou nelas uma incapacidade de interação social, característica essa que as diferenciava de outras patologias, como por exemplo, a esquizofrenia. As crianças desde cedo possuíam inabilidade de manter relações com as outras pessoas de maneira normal, para ele era, "[...] o distúrbio fundamental mais surpreendente [...]". (KANNER, 1943 apud BOSA, 2012, p. 23, apud GISELE, 2016, p.48).

Dois importantes manuais de diagnósticos surgem em 1965 para a classificação das doenças mentais. São eles o ICD *(International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems)*, que traduzido para o português é chamado de CID (Classificação Internacional dos Transtornos Mentais e de Comportamento) publicado pela Organização Mundial da Saúde (OMS); o segundo, o DSM *(Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders)* que traduzido para o português significa Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais publicado pela Associação Psiquiátrica Americana (APA). O autismo não aparece nas primeiras edições do CID (CID-1 a CID-7). Somente a partir da 8ª edição (CID-8), que o mesmo passa a ser mencionado e incluído no grupo denominado

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

esquizofrenia. Na 9ª edição (CID-9), em 1 de maio de 1976, o autismo passa a pertencer ao grupo das psicoses infantis (ARAÚJO, 2014).

A partir da década de 80, houve mudança nos manuais de classificação e o autismo sai da categoria de psicose e começa a fazer parte do grupo de transtornos globais desenvolvidos, isso acontece tanto no DMS-III, continuando no DSM-III-R (revisado), e na CID-10 (BOSA 2010). O grupo dos Transtornos Globais do Desenvolvimento (TGD) é descrito como:

> Grupo de transtornos caracterizados por alterações qualitativas das interações sociais recíprocas e modalidades de comunicação e por um repertório de interesses e atividades restrito, estereotipado e repetitivo. Estas anomalias qualitativas constituem uma característica global do funcionamento do sujeito, em todas as ocasiões. Usar código adicional, se necessário, para identificar uma afecção médica associada e o retardo mental (ASSUMPÇÃO JR.; KUCZYNSKI, 2011, p.44 citado por GISELE, 2016, p. 57).

Percebe-se uma evolução teórica a respeito da concepção do autismo, por suposição, concebido como doença mental, enquadrado no grupo das esquizofrenias e psicoses infantis. No entanto, a CID-10 e o DSM-IV enquadram o autismo no grupo dos Transtornos Globais do Desenvolvimento, concebido como uma síndrome, que remete à um conjunto de sintomas. Desta forma, quando se fala em transtornos e síndromes autísticas, quer-se designar a "tríade de comprometimentos independentemente de sua associação com aspectos ergonômicos" (BOSA, 2002, p.31).

O termo TEA só foi incorporado oficialmente a partir do DSM-5, última versão do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais da Associação Psiquiátrica Americana, publicado em 18 de maio de 2013. Nesta versão, o transtorno autista que pertencia ao grupo dos Transtornos Geralmente Diagnosticados pela primeira vez na Infância ou na Adolescência passa a fazer parte do Grupo dos Transtornos do Neurodesenvolvimento.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

No DSM-5, o Transtorno do Espectro Autista é visto como um novo grupo de transtornos e sob o conceito do TEA - estão os subgrupos, (o transtorno autista, o transtorno de Asperger, o transtorno desintegrativo na infância, o transtorno de Rett, e o transtorno global de desenvolvimento sem outra especificação) sendo diferenciado apenas pelos níveis de comprometimento como leve, moderado ou grave (GEORGEM, 2013).

O DSM-5, (APA, 2014) salienta que as pessoas portadoras do TEA podem apresentar outros transtornos do neurodesenvolvimento, como a deficiência intelectual; no entanto, a deficiência intelectual não é vista como parte integrante do TEA e sim como outro transtorno que pode afetar também os indivíduos como TEA, o que não ocorreria no DSM-IV, o qual associava o déficit cognitivo e a deficiência intelectual ao autismo.

Em dezembro de 2007, a ONU estipulou o dia 02 de abril como o Dia Mundial de Conscientização do Autismo. Pessoas com TEA, pais, familiares, amigos, profissionais e instituições ligados à causa fazem campanhas de conscientização sobre o TEA, levando conhecimento à sociedade e estimulando as pessoas a refletirem sobre o tema.

2. BREVE PREVISÃO LEGAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Como sabido, o Direito à Educação é um direito social de todos consagrado pelo texto constitucional em seu artigo 6º. A Constituição, no que tange a Educação, contém em seção específica os direitos, deveres e princípios norteadores para a aplicação efetiva da Educação contidas no Capítulo III, Seção I, artigos 205 ao 2014.

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A previsão deste importantíssimo direito não se restringe apenas à Constituição Federal de 1988, mas em outros documentos, tratados,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

convenções e leis, em âmbito nacional e internacional, tais como: Convenção das Pessoas com Deficiência de 2006, Convenção de Guatemala de 1999, Convenção de Nova York de 2007, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, da Convenção sobre os Direitos da Criança, dentre outras não menos importantes.

Em âmbito internacional a Educação é reconhecida como Direito Humano, antes mesmo de estar presente na Constituição já estava inserida na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo 26.

2. 1 DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA E ESPECIAL

O desafio da Educação no Brasil é cada vez maior. As peculiaridades de cada aluno podem dificultar ainda mais a efetivação deste direito/instituto. Cumpre diferenciar a educação inclusiva e a educação especial, pois, enquanto a primeira refere-se à inserção do aluno, a segunda diz respeito à forma e o procedimento desse ensino para com os alunos portadores de algum tipo de deficiência, seja física ou cognitiva (VIEIRA, 2015).

Para Sônia de Jesus "a educação especial é um tipo de ensino que visa desenvolver todas as potencialidades de pessoas portadoras de necessidades especiais, condutas típicas ou altas habilidades..." oferecidas por meio de recursos e estratégias educacionais (2005, p. 1).

Podemos definir a educação inclusiva nas palavras de Tavares como um direito de acesso à educação concedido a todos, sem distinção, para os níveis básicos de ensino, que deve oferecer o conhecimento necessário (2013).

O objetivo da educação é o desenvolvimento do cidadão para exercício da cidadania, promovendo o conhecimento amplo e eficaz norteado pela Constituição e base curricular definida em lei, objetivando ainda, futuramente, o desenvolvimento social, cultural e econômico da nação através de profissionais qualificados (BENTO, NAKAMURA, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A maior dificuldade encontrada atualmente é a da inserção efetiva na educação do aluno portador do Transtorno do Espectro Autista (TEA) na sala de aula, uma vez que as instituições de ensino, os professores, colaboradores, pais e alunos não estão preparados para essa inclusão, muitas das vezes não sabendo como lidar com a situação. A consequência desse despreparado é exclusão ou ainda, a violação deste direito fundamental indisponível de todos.

O problema se inicia com a instituição, que deveria ser inclusiva, acolhedora e adaptável aos alunos, possuir infraestrutura e equipamentos para auxiliar o desenvolvimento das habilidades do cidadão. No entanto, sabe-se que nem sempre o que está no papel é realidade, pois, o interesse dos governantes se contrapõe ao das necessidades da população.

Neste sentido Romeu Kazumi Sassaki afirma que "no caso de alunos com deficiência (intelectual, auditiva, visual, física ou múltipla), a escola comum condicionava a matrícula a uma certa prontidão que somente as escolas especiais (e, em alguns casos, as classes especiais) conseguiriam produzir" (2008, s.p.).

A inclusão dos autistas e de outros portadores de deficiência não se restringe apenas à matrícula no ensino regular, mas à sua permanência e qualidade de ensino dentro da sala de aula. Além do ensino regular, faz-se necessário a matrícula no Atendimento Educacional Especial, previsto no art. 208, III, da Constituição Federal de 1988.

> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...)
>
> III - Atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

A Professora Sônia Aranha define o Atendimento Educacional Especializado (AEE) como:

> o conjunto de atividades e recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> institucional e continuamente para atender exclusivamente alunos com algum tipo de necessidade especial, no contra turno escolar. Pode ser realizado em salas de recursos especiais na escola regular ou em instituições especializadas. (2015, s.p)

O Atendimento Educacional Especial deve ser ofertado em contraturno ao autista, de preferência na própria rede regular de ensino, em ambiente propício a este atendimento especial, como em sala multifuncional com equipamentos, professores e materiais didáticos que proporcionaram o desenvolvimento específico necessário que o aluno precisa (Silva, 2011).

Quando a instituição de ensino não quer abraçar o aluno e incluí-lo, o meio judicial cabível é o Mandado de Segurança, ferramenta jurídica usada para a proteção de direitos que são garantidos na Constituição Federal, também chamado no meio jurídico de remédio constitucional. E está previsto no art. 5º, inciso LXIX para proteger e legitimar o direito à educação.

> Art. 5º 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:
>
> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Aos poucos, os Tribunais estão cada vez mais reconhecendo o abuso diante das instituições de ensino em não efetivar o direito à educação especial e inclusiva, conforme julgados abaixo:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO MÉDIO. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO DE ALUNA POR INTÉRPRETE DE LINGUAGEM DE SINAIS. A impetrante é adolescente portadora de deficiência auditiva e está impossibilitada de cursar o ensino médio, em razão da falta de professores habilitados. Nesse contexto, cabe ao Estado disponibilizá-los imediatamente de modo a cumprir os ditames legais, assegurando o direito à educação sem qualquer discriminação. CONCEDERAM A SEGURANÇA, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Mandado de Segurança Nº 70033604216, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/03/2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MENOR PORTADOR DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA - INCLUSÃO NA REDE REGULAR DE ENSINO - DEVER CONSTITUCIONAL - ACOMPANHAMENTO POR PROFISSIONAL ESPECIALIZADO - MEDIDA QUE VISA GARANTIR A MELHORA NO RENDIMENTO ESCOLAR E PROMOVER A INCLUSÃO SOCIAL - PREVISÃO NA LEI FEDERAL Nº 12.764/2012 - ACOMPANHAMENTO POR PROFISSIONAL DE MANEIRA EXCLUSIVA - FORMA DE ORGANIZAÇÃO E FORNECIMENTO DO SERVIÇO PROFISSIONAL - FACULDADE CONFERIDA AO MUNICÍPIO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. No que tange ao acesso à educação especificamente dos portadores de deficiência física, o inciso III do art. 208 da CR/88 estabeleceu que é dever do Estado fornecer atendimento especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. 2. Em relação especificamente àqueles que apresentam Transtorno do Espectro Autista a Lei Federal nº 12.764/2012 que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com

Transtorno do Espectro Autista, assegurou em seu art. 3º que nas hipóteses em que, comprovada a necessidade do portador de Transtorno do Espectro Autista, lhe será assegurado o acompanhamento especializado visando facilitar o seu acesso à educação. 3. Respeitada a organização do serviço próprio do Município, não se vê justificativa para que o serviço solicitado seja exclusivo ao agravante. 4. Recurso parcialmente provido. (TJ-MG - AI: 10607150054536001 MG, Relator: Sandra Fonseca, Data de Julgamento: 20/09/2016, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/09/2016)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MENOR COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA - PROFESSOR DE APOIO - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - EDUCAÇÃO - DIREITO CONSTITUCIONAL - POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO ESPECIAL - SISTEMA EDUCACIONAL INCLUSIVO - LIMINAR - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS ATINENTES À MEDIDA - MULTA COMINATÓRIA - CABIMENTO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - INOBSERVÂNCIA - ADEQUAÇÃO - PROVIMENTO PARCIAL. - A educação especial passou a ser oferecida como um serviço complementar à escolarização regular e não mais em caráter substitutivo - Deve o Estado adotar as medidas cabíveis a viabilizar o acompanhamento da menor, por profissional de apoio à inclusão pelo tempo integral que permanecer no ambiente escolar, verificando-se que sua negativa poderá ocasionar graves danos à educação escolar da menor, além de perigo à sua integridade física, moral e mental, ocorrendo, pois, o denominado perigo de dano inverso. (TJ-MG - AI: 10460170030726001 MG, Relator: Carlos Levenhagen

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> Data de Julgamento: 12/04/2018, Data de Publicação: 18/04/2018).

Em uma pesquisa realizada pela União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime) informou que as pessoas portadoras de algum tipo de deficiência são as que mais podem sofrer algum tipo de exclusão escolar (IBGE, 2010).

Segundo dados do INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira) e Censo Escolar durante uma década, entre 2005 e 2015 a quantidade de alunos portadores de algum tipo de deficiência em escolas de nível regular saltou 6,5 vezes. O aumento da inserção dos alunos portadores de deficiência na escola regular se dá graças às mudanças legislativas, fazendo com que o número chegue a ser satisfatório, subindo de 111.834 para 750.983 estudantes especiais convivendo com os demais alunos (Censo Escolar, 2015).

3. DA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO E AS MUDANÇAS LEGISLATIVAS

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal - STF negou o recurso em que a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensinos interpôs a fim de retirar a proibição da cobrança de taxa para alunos com deficiência. O Relator Edson Fachin, votou dizendo sobre a obrigatoriedade das escolas se adequarem e sobre o dever da escola, "à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas seu dever é ensinar, incluir e conviver. Ademais, o enclausuramento em face do deficiente furta o colorido da vivência cotidiana" (CALDEIRA, 2016).

Além das políticas públicas implementadas e a legislação, outro fato que corroborou para o avanço da inclusão escolar dos portadores de deficiência é a mudança da mentalidade da população, isso inclui os familiares, amigos, a comunidade em geral. O psicólogo educacional Figueira é muito otimista quanto à educação inclusiva:

> Sou bastante otimista com relação a ela. Fico muito bravo quando alguém diz que nada mudou com relação às pessoas com deficiência. Mudou sim, e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> para melhor. [...] muita coisa precisa ser melhorada, aperfeiçoada. Temos relatos de casos que deram errados. Mas também temos muitos relatos de sucesso. Tudo é uma questão de processo. E processos precisam respeitar etapas. Assim como as questões que envolvem pessoas com deficiência são culturais, precisam de tempo para mudanças de mentalidades!" (FIGUEIRA, 2014, s.p).

4. DA QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL

Além da aceitação, dentro da escola o portador de TEA pode encontrar dificuldade quanto ao ensino, pois, o corpo pedagógico não possui qualificação adequada nem experiência para lidar com os alunos, haja vista que necessitam de mais atenção, paciência e técnicas de ensino aperfeiçoadas.

Mittler entende que é necessário analisar a demanda e definir estratégias, e isso inclui:

> O currículo corrente, a avaliação, os registros e os relatórios de aquisições acadêmicas dos alunos, as decisões que estão sendo tomadas sobre o agrupamento dos alunos nas escolas ou nas salas de aula, a pedagogia e as práticas de sala de aula, bem como as oportunidades de esporte, lazer e recreação. O objetivo de tal reforma é garantir o acesso e a participação de todas as crianças em todas as possibilidades de oportunidades oferecidas pela escola e impedir a segregação e o isolamento." Reestruturar o plano político pedagógico curricular da escola implica na valorização, capacitação e apoio aos profissionais. Aceitar o desafio de reformular e adaptar padrões educacionais é um dos grandes desafios na jornada da educação inclusiva (2003, p. 25).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

A professora Maria Teresa Mantoan, explica que além do avanço das políticas públicas e de uma nova percepção da sociedade, relata a importância da aproximação e convívio entre as crianças com alguma deficiência junto das crianças que não possuem:

> O que vemos é a grande força dos pais, no sentido de terem entendido a importância de os filhos serem educados junto com os outros, na mesma escola", explica a professora. "As famílias de crianças sem deficiência também acharam boa essa convivência com a diferença. (Mantoan citada por Tenente, 2018, n.p).

Sem sombra de dúvidas terão alunos portadores do TEA que irão requerer atenção redobrada e cuidados mais específicos, porém, isso não quer dizer que as crianças necessitem estar presas dentro de uma sala de aula auxiliada por uma "babá", isso não condiz com a normas e iria contra a filosofia da educação inclusiva (Fávero, 2004, p. 33).

O autismo não é uma questão de escolha, mas sim uma condição, e sem a ajuda de profissionais qualificados e preparados, as chances de sucesso e vida adulta independente são baixas. Com apoio, orientação e paciência as possibilidades de um melhor desenvolvimento são maiores. Deve-se enxergar o autismo mais como uma habilidade diferente do que uma deficiência. Por isso torna-se tão importante o cumprimento da legislação, que exige que a escola e o corpo docente estejam preparados para receber os alunos portadores do TEA, e ajudar no desenvolvimento, sabendo lidar com as particularidades e níveis de dificuldades de cada um.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito à Educação é um direito de todos, sem distinção ou restrição, além da Constituição Federal de 1988, outras normas como a Lei 12.764 de 2012 trata sobre os portadores do Transtorno do Espectro Autista, em que estes passaram a ter os mesmos direitos que os demais portadores de outras deficiências têm. A Lei não só promove a igualdade, como também vem resgatar a dignidade da pessoa humana, tão difícil de ser efetivada no país, onde a desigualdade toma conta. No ramo da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Educação, a Lei 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, dedica um capítulo inteiro à educação especial, determinando que na escola regular, quando necessário, deve ser oferecido atendimento diferenciado para o aluno da educação especial.

A maior dificuldade encontrada atualmente é a inserção efetiva na educação do aluno portador do Transtorno do Espectro Autista (TEA) na sala de aula, uma vez que as instituições de ensino, os professores, colaboradores, pais e alunos não estão preparadas para essa inclusão, muitas das vezes não sabendo como lidar com a situação. A consequência desse despreparado é exclusão ou ainda, a violação deste direito fundamental e indisponível de todos.

A mudança de paradigma, pensamentos e processos leva anos para acontecer, mas aos poucos parece estar caminhando para um país mais inclusivo e receptivo. No Brasil, o processo da educação inclusiva ocorre a passos curtos, mas muito satisfatórios graças ao trabalho constante realizado pelo Estado com as políticas públicas, legislação, normas e também pela sociedade na figura da família, do professor, dos colegas e da comunidade.

O cenário é otimista, mas ainda se sabe que há muitas barreiras a serem quebradas para efetivação plena da educação inclusiva e a garantia da dignidade da pessoa humana, dentre tais fatos está a efetivação das normas e políticas públicas. A inclusão não deve ser papel apenas da escola, em receber o aluno; a comunidade escolar também deve estar aberta a receber estes alunos, os professores precisam ser qualificados, há a necessidade de estrutura, equipamentos, dentre outros fatos.

O Judiciário é inerte, ou seja, deve ser provocado. Quando esgotados os meios administrativos possíveis, os pais, responsáveis pelos portadores do transtorno espectro autista, devem procurar a Justiça para buscarem e efetivarem o direito à educação de qualidade e de forma inclusiva a fim de que as crianças nos primeiros anos possam desenvolver suas habilidades sociais e intelectuais. Quanto mais cedo estimulada, mais fácil torna-se a inclusão e aprendizado da criança com TEA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

6. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Álvaro Cabral; NETO, Francisco Lotufo**. A nova classificação americana para os transtornos mentais – o DSM-5**. Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva. 2014, Vol. XVI, nº 1, 67-82.

ARANHA, Sônia. **O Que É Atendimento Educacional Especializado (Aee)?**. Maio, 2015. Disponível em: . Acesso em: 04 de setembro de 2018.

ASSUMPÇÃO JR., Francisco B.; KUCZYNSKI, Evelyn. **Diagnóstico diferencial psiquiátrico no Autismo Infantil.** In: SCHWARTZMAN, Salomão; ARAÚJO, Ceres Alves de. (Orgs.). Transtornos do espectro de autismo – TEA. São Paulo: Memnon, 2011.

BOSA, Cleonice. **Autismo: atuais interpretações para antigas observações**. In: BAPTISTA, Cláudio Roberto; BOSA, Cleonice. **Autismo e Educação: Reflexões e propostas de intervenção**. – Porto Alegre: Artmed, 2002.

BENTO, Flávio; NAKAMURA, Sueli Rosa. **O Direito À Educação Da Pessoa Com Transtorno Do Espectro Do Autismo [Tea]**. In: mbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 146, mar 2016. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16936&revista_caderno=9 >. Acesso em 10 set 2018.

CALDEIRA, João Paulo. **Lei Que Obriga Escolas Privadas A Incluir Alunos Com Deficiência É Mantida Pelo Stf. 2016**. Disponível em: . Acesso em: 11 de set. 2018.

Censo Escolar 2015. Notas Estatísticas. Brasília, março de 2016 Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv64529_ref_glossario_equipetec.pdf>. Acesso em: 14 de set. 2018

Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações

determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 75/2013 168 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013ª

CUNHA**,** Eugênio**. Autismo na escola: um jeito diferente de aprender, um jeito diferente de ensinar –** ideias e práticas pedagógicas. Rio de Janeiro: Wak Editora, 2013.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direito à Educação Das Pessoas Com Deficiência. In. Revista Cej/Conselho Da Justiça Federal, Centro De Estudos Judiciários**. Brasília: CEJ, v. 8 n. 26, p. 27-35, jul./set. 2004, pg. 33. Disponível em: . Acesso em: 11 set. 2018.

FIGUEIRA, Emílio. **A Educação Inclusiva Avança No Brasil: Cursos, Livros E Palestras Oferecem Apoios Na Formação De Professores.** 2014. Disponível em: . Acesso em: 09 de set. 2018

LIMA, Gisele Vieira, **Políticas Públicas Educacionais Inclusivas Para A Criança Com Transtorno Do Espectro Do Autismo Na Educação Infantil Na Cidade De Manaus**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Educação da Universidade Federal do Amazonas (UFAM), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Educação, Manaus 2016.

GOERGEN, M. Sonia. **Sobre o Diagnóstico em Transtorno do Espectro do Autismo (TEA): Considerações Introdutórias à Temática**. In: SCHMIDT, Carlo. Autismo, educação e transdisciplinaridade. Campinas, SP: Papirus, 2013.

JESUS, Sônia Cupertino de. **Educação Especial e a inclusão escolar**. UFJF. Setembro: 2005. p.1 Disponível em: Acesso em: 09 de set de 2018.

MITTLER, Peter. **Educação inclusiva: contextos sociais**. trad. Windyz Brazão Ferreira. Porto alegre: Artmed, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948.Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf >. Acesso em: 11 jul. 2018.

SASSAKI. Romeu Kazumi. **Artigo 24 – Educação**. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Fabiana Maria Lobo da. **O direito à educação especial inclusiva**. Janeiro, 2011. . Acesso em: 09 de setembro de 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

TENENTE, Luiza. **Total de alunos com deficiência em escolas comuns cresce 6 vezes em 10 anos**. 2016 Disponível em: . Acesso em: 11 de set. 2018.

VIEIRA, Fernanda Vivacqua. **Direito fundamental à educação inclusiva**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 142, nov 2015. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15779&revista_caderno=9 >. Acesso em set 2018.

NOTA:

[1] Andréia Ayres Gabardo da Rosa. Psicóloga. Mestre em Psicologia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANITÁRIO: OS OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DO PODER DE POLÍCIA DA SUA AGÊNCIA REGULADORA

PATRICIA ALVES DA SILVA: Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo - TO.

FÁBIO BARBOSA CHAVES[1]

RESUMO:O poder regulador e de polícia exercido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária representa a manutenção da supervisão estatal incidente sobre atividades dotadas de determinado potencial ofensivo à saúde pública. O Processo Administrativo Sanitário efetiva a atuação fiscalizatória. A atribuição funcional da ANVISA em Palmas-TO exerce competência para processamento e julgamento em instância originária de feitos administrativos oriundos de 07 (sete) Estados brasileiros. Há um elevado quantitativo de processos administrativos oriundos da atividade fiscalizatória extintos sem apreciação do mérito, com o consequente arquivamento do ato administrativo infracional, por constatar vícios insanáveis na sua respectiva lavratura. Considerando os processos administrativos sanitários sob a tramitação originária perante a sua representação em Palmas/TO, com decisões publicadas no intervalo compreendido entre dezembro de 2016 à junho de 2018, no Diário Oficial da União, e que tiveram como destino final o arquivamento em face de vícios na concretização do auto de infração representam 45,78% do total. A impossibilidade de se alcançar o deslinde final do processo administrativo sanitário, culminando na análise meritória incidente no auto de infração, fragiliza a sua incumbência fiscalizatória, comprometendo a eficácia do poder de polícia inerente às agências reguladoras..

PALAVRAS-CHAVE: Poder de Polícia. Processo Administrativo Sanitário. Auto de Infração. Nulidade.

RESUMEN: El poder regulador y de policía ejercido por la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria representa el mantenimiento de la supervisión estatal incidente sobre actividades dotadas de determinado potencial ofensivo a la salud pública. El Proceso Administrativo Sanitario efectúa la actuación fiscalizatoria. La asignación funcional de la ANVISA en Palmas-TO ejerce

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

competencia para procesamiento y juicio en instancia originaria de hechos administrativos oriundos de 07 (siete) Estados brasileños. Hay un elevado cuantitativo de procesos administrativos provenientes de la actividad fiscalizatoria extinguidos sin apreciación del mérito, con el consiguiente archivamiento del acto administrativo infraccional, por constatar vicios insanables en su respectiva labranza. Considerando los procesos administrativos sanitarios bajo la tramitación originaria ante su representación en Palmas / TO, con decisiones publicadas en el intervalo comprendido entre diciembre de 2016 a junio de 2018, en el Diario Oficial de la Unión, y que tuvieron como destino final el archivo frente a vicios en la concreción del auto de infracción representan el 45,78% del total. La imposibilidad de alcanzar el deslinde final del proceso administrativo sanitario, culminando en el análisis meritoria incidente en el auto de infracción, debilita su incumbencia fiscalizadora, comprometiendo la eficacia del poder de policía inherente a las agencias reguladoras.

PALABRAS CLAVE: Poder de Policía. Procedimiento Administrativo Sanitario. Auto de Infracción. Nulidad.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo discutir as consequências processuais decorrentes de falhas verificadas na lavratura dos autos de infração sanitária na instrução processual do julgamento dos Processos Administrativos Sanitários – PAS, resultantes da ação fiscalizatória da Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA nas áreas de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados nas 7 (sete) unidades federativas que compõem a Região Norte do Brasil, sob a competência da autoridade julgadora constituída para tal finalidade na Coordenação de Vigilância Sanitária de Portos, Aeroportos, Fronteiras e Recintos no Estado do Tocantins - CVPAF/TO.

O Poder de Polícia da Administração Pública no âmbito da vigilância sanitária, bem como os aspectos inerentes aos processo administrativo sanitário, regulados pela Lei n. 6.437, de 20 de agosto de 1977 e, subsidiariamente, pela Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, tendo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

como foco os aspectos que podem levar às decisões por nulidade ou insubsistência do auto de infração sanitária. Igualmente, integra o presente trabalho.

O poder regulatório da ANVISA, bem como a sua competência fiscalizatória nas áreas de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados, no que tange à proteção da saúde pública, são abordados como premissas para análise dos prejuízos suportados a partir da não conclusão da análise meritória em face de vícios formais insanáveis na sua origem.

O Processo Administrativo Sanitário surge como um desdobramento do Poder de Polícia atribuído à ANVISA pela Lei que a instituiu, tendo como objetivo investigar, analisar e, sendo o caso, aplicar sanção ao administrado como punição a condutas infracionais que trazem riscos ou, até mesmo, podem lesionar a saúde pública. Portanto, este é uma ferramenta importante para garantir a observância da legislação sanitária, bem como para coibir novas infrações. Todavia, as falhas na lavratura dos autos de infração poderão acarretar a anulação do mesmo, o que não significa que não houve infração. Desse modo, fica comprometida a atuação fiscalizatória da Agência e, por sua vez, não se garante a sua finalidade que é a proteção da saúde pública.

Para tanto, torna-se necessário analisar analisados os editais de publicação de decisões de 1ª instância administrativa em face dos processos administrativo sanitários oriundos dos estados da região norte do Brasil, quantificando as decisões anulatórias que decidiram pelo arquivamento do processo e, por conseguinte, o arquivamento dos autos de infração, devido ao não cumprimento dos requisitos legais de validade que podem torna-lo nulo.

1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Princípios são fundamentos de normas jurídicas, e funcionam como norte para aplicação do direito e não estão definidos especificamente em diploma legal. Segundo Fernanda Marinela (2017), os princípios não são apenas recomendações ou orientações, pois, no atual ordenamento jurídico, são normas que obrigam aqueles que a elas estão sujeitas. Assim,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

entende-se que os princípios funcionam como proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas e institutos de uma determinada disciplina jurídica.

Assim, os princípios se apresentam como normas que aperfeiçoam a melhor aplicação possível do direito ao caso concreto. Fernanda Marinela (2017) ressalta que não existe uma hierarquia entre os princípios e as regras, podendo qualquer um deles prevalecer.

Miguel Reale pondera que:

> Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.(REALE, 2003, p 37)

Na construção de uma nova regulamentação, o princípio será sempre a base. Ele é muito mais que uma simples regra, além de estabelecer certas limitações, fornece diretrizes que embasam uma ciência e visam à sua correta compreensão e interpretação. Princípios informam, orientam e inspiram regras gerais. Devem ser observados quando a criação da norma, na sua interpretação e na sua aplicação.

Os princípios gerais de Direito são preceitos que mais se inserem na experiência jurídica, convertendo-se, desse modo, em elementos componentes do Direito. Segundo Miguel Reale (2002), os princípios se inserem em nosso ordenamento jurídico através do processo legislativo, mas também com frequência através da atividade jurisdicional e na formação dos precedentes judiciais, bem como através dos usos e costumes e da prática dos atos negociais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

No âmbito do regime jurídico da Administração Pública, os princípios encontram importante destaque em toda a sua atuação, desde os atos mais simples até os mais complexos. Estes princípios tanto norteiam a aplicação das normas existentes como também podem suprir a ausência de dispositivos regulamentares. Meirelles (2016, p. 92) considera que os princípios básicos da administração pública são padrões sob os quais todos os atos e atividades administrativas de todo e qualquer agente que exerce o poder público deverão se pautar, constituindo, assim, os fundamentos da ação administrativa.

Os princípios gerais da Administração Pública são os que se encontram expressos no caput do Artigo 37 da Constituição Federal Brasileira de 1988: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

A Legalidade é uma das principais garantias de direitos individuais, que remete ao fato de que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei permite, ou seja, sua atuação só pode ser exercida em conformidade com o que é apontado na lei. É a base do Estado Democrático de Direito e garante que todos os conflitos sejam resolvidos por lei. A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. Portanto, na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal.

O princípio da impessoalidade implica na observância da finalidade pública como único mote a partir da efetivação de um ato administrativo. A atuação do agente público deve basear-se na ausência de subjetividade.

A busca pela moralidade persiste para que se estabeleça como cultura administrativa a efetivação dos seus atos a partir de princípios de honestidade e consonância com regras de bom comportamento moral, ao passo que a sua inobservância importa em um ato viciado (errado), que se torna inválido, pois o ato praticado é considerado ilegal, justamente por não ser moralmente.

Assim, aqueles que lidam com o interesse e patrimônio público devem, também, seguir padrões éticos esperados em determinada comunidade. Aqui não se trata de uma moral comum, mas de uma moral

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

jurídica, na qual o agente administrativo deve necessariamente distinguir o Bem do Mal e deve observar os elementos éticos da sua conduta.

A publicidade do ato administrativo implica na sua externalização, levando ao conhecimento direto de toda sociedade, por meio da sua divulgação e publicação, como condição de validade. A partir do atendimento deste requisito de validade, torna-se possível realizar o controle pelos interessados.

A eficiência do ato administrativo representa zelo pela boa administração, na busca dos anseios sociais, conseguindo atingir resultados positivos e satisfatórios, da maneira mais econômica possível. A atividade administrativa deve ser exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Destarte, verifica-se que a Administração Pública deve estar organizada de forma a atender ao interesse público, sempre pautada nos princípios a ela inerentes. Sem a observância destes, a sociedade sairá extremamente prejudicada quanto aos seus direitos e garantias.

2 A AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA E O SEU PODER REGULATÓRIO E DE POLÍCIA.

A ANVISA é uma autarquia sob regime especial, que dispõe de independência administrativa, autonomia financeira, estabilidade de seus dirigentes e que integra o rol de agências reguladoras instituídas pela União para a regulamentação e fiscalização dos serviços públicos e atividades que são de interesse coletivo.

Criada por meio da Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e institui a Agência como a entidade responsável pela execução deste sistema, sendo vinculada ao Ministério da Saúde. A finalidade da ANVISA é a proteção à saúde pública, através da realização do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Neste sentido, o poder normativo legalmente atribuído à Agência é de extrema importância para o atendimento ao princípio da indisponibilidade do interesse público, uma vez que a finalidade da fixação e atendimento às normas de cunho sanitário no país encontra guarida justamente na necessidade de preservação e garantia das condições de saúde dos brasileiros, de modo que para este fim, deve ser observado, especialmente, o princípio da legalidade, o qual consiste em verdadeira medida assecuratória a eventuais arbitrariedades dos administradores públicos.

Hely Lopes Meirelles (2016, p. 152) conceitua o Poder de Polícia como a faculdade que a Administração Pública dispõe para condicionar e restringir o gozo e o uso de bens, atividades, e direitos individuais, visando o benefício da coletividade ou, até mesmo, do próprio Estado. Nesse sentido, o poder de polícia pode ser entendido como um mecanismo da qual a Administração dispõe para controlar e conter os abusos das ações do particular em face da coletividade. Em particular, o poder de polícia possui atributos que são imprescindíveis ao seu exercício: discricionariedade; auto-executoriedade; e a coercibilidade.

Segundo Hélio Pereira Dias (2008, p. 25) a forma e o instrumento adequado para restringir os abusos da propriedade, o gozo, a disposição, e também o exercício da liberdade, é o poder de polícia. Portanto, por ter este caráter restritivo, o poder de polícia não pode afrontar o direito, porque ele normalmente é um ato infralegal. Assim, o exercício do poder de polícia se dá em razão do interesse público. Deve incidir sobre a propriedade e sobre a liberdade, não sobre o direito de propriedade ou sobre a liberdade, e deve ser imposto coercitivamente.

O Poder de Polícia tem os seus limites ou barreiras na legislação de regência da atividade policiada e, em especial, no texto constitucional, não se descartando o exame da realidade e se a ordem de polícia é razoável.

Compete à própria Administração Pública fiscalizar, preventiva ou sucessivamente, o ato de polícia, controlando, assim, eventual abuso de poder por parte do órgão que ele está subordinado. Esse controle cuidará,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

portanto, dos aspectos de legalidade e conveniência do ato de polícia quanto aos seus efeitos.

Os atos efetivados a partir de tal poder só podem ser praticados por quem, efetivamente detenha a competência. O Ato de Polícia é ato administrativo, e, em regra, discricionário, sujeito, pois, aos princípios da legalidade, realidade e razoabilidade. Mesmo que o ato de polícia não possa ter a sua ilegalidade aferida diretamente pela sua comparação com o comando constitucional ou infraconstitucional, é possível submetê-lo aos dois outros princípios, objetivamente, quanto ao da razoabilidade, com o que haverá uma tutela indireta ou oblíqua da ilegalidade.

O monopólio jurisdicional do Poder Judiciário implica na garantia de análise para aquele que obtenha o resultado buscado ainda na esfera administrativa, considerando, em tese, ofensa a direito subjetivo a partir do exercício abusivo do Poder de Polícia.

Segundo Dias (2008), no âmbito da Vigilância Sanitária, a saúde é um bem inalienável, de interesse público, que não pode encontrar barreiras quando se trata de sua promoção, proteção e recuperação, no direito de propriedade.

Para que tal objetivo seja alcançado, existem normas legais e regulamentares em matéria de saúde de ordem pública que devem prevalecer quando em confronto com outras normas de igual validade formal, de direito privado. Neste escopo, surgem as Resoluções da Diretoria Colegiada da ANVISA, que são regulamentos técnicos que contém conceitos, diretrizes, procedimentos a serem adotados, medidas de segurança, que, ao serem obedecidos, visam promover segurança à saúde pública e ao meio ambiente.

Assim, por meio da Lei n. 9.782 de 29 de janeiro de 1999 fora criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e lhe foi conferida poderes regulatórios de fiscalização e controle de produtos e serviços que oferecem risco para a saúde, com perfil de excepcional interesse e relevância público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

A ANVISA detém poder de polícia sanitária, que consiste em um conjunto de intervenções no sentido de disciplinar a atuação das atividades afetas a sua área, objetivando prevenir ou reprimir perturbações à saúde pública. Assim, para que ocorra a efetiva garantia da segurança da saúde pública, a ANVISA, como órgão regulador, lança mão do Poder de Polícia que lhe é atribuída, exercido em razão do interesse público.

O poder de polícia destina-se a assegurar o bem estar geral, impedindo, através de ordens, proibições e apreensões, o exercício antissocial dos direitos individuais, o uso abusivo da propriedade, ou a prática de atividades prejudiciais à coletividade.

Di Pietro (2017) ressalta que a função do Estado é restringir o direito dos particulares, devendo organizar a convivência social a partir da restrição de direitos e liberdades absolutas em favor do interesse geral. Todas essas funções são exercidas pelos seus órgãos que têm a tarefa de estabelecer as restrições e limites ao particular a partir da realização de atividades concretas que observem o interesse geral.

Dessa forma, havendo risco à saúde pública, deverá ocorrer a devida atividade fiscalizatória pela vigilância sanitária, ambiental e epidemiológica, com vistas à atenuação ou, até, se possível, eliminação. Para essa atividade fiscalizatória, se fazem necessárias medidas sanitárias tais como a vistoria de locais de interesse da saúde pública, interdição, inutilização de produtos nocivos à saúde, e, quando verificado descumprimento da legislação sanitária, surge a autuação como uma medida sancionadora e com vistas em coibir novo descumprimento.

Para a autuação, é lavrado o Auto de Infração Sanitária, que é um documento que reduz a termo as irregularidades verificadas pela autoridade sanitária, bem como contém a descrição da conduta tida como infracional e os dispositivos legais e normativos descumpridos. Tal termo, permite a instauração de processo administrativo que irá investigar os fatos e permitir que sejam aplicadas sanções ao administrado.

3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANITÁRIO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Além da competência regulatória, a ANVISA, nas ações de controle sanitário, contempla as funções executiva (poder de fiscalizatório) e judicante (solução de controvérsias), o que materializa o poder de polícia estatal no campo da saúde pública. A função executiva permite à Anvisa que fiscalize e, se for o caso, aplique sanções aos agentes regulados.

Em virtude do seu poder regulatório, sob o qual possui competência para normatizar no âmbito da vigilância sanitária, a ANVISA é o órgão do Sistema de Saúde de maior interseção no Direito. Nos termos do artigo 7º, incisos III e IV da Lei n. 9.782/1999, dentre as competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária está a de estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária, bem como estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde.

As atividades da vigilância sanitária são pautadas nos fundamentos do Direito Administrativo, cujos princípios e ritos devem ser seguidos de modo que os direitos de todos sejam assegurados. Dentre estas atividades temos o processo administrativo que tem o objetivo de sistematizar conceitos, princípios e procedimentos constitutivos deste processo que organiza os atos da Vigilância Sanitária, como parte da Administração Pública, no controle dos comportamentos dos administrados e de seus servidores.

Como meio de assegurar que as normas acerca da proteção à saúde pública sejam cumpridas, o Processo Administrativo Sanitário surge como um instrumento usado pela Administração Pública com a finalidade de apurar as irregularidades sanitárias detectadas e as responsabilidades do infrator, assegurando a este a oportunidade de promover a ampla defesa e o contraditório em face do que lhe é atribuído.

No âmbito do ordenamento jurídico da vigilância sanitária, o processo administrativo se constitui de uma importante ferramenta na busca pela segurança da saúde pública, vez que a saúde está presente no ordenamento jurídico brasileiro como um direito constitucional de caráter fundamental, considerando ainda, segundo HUMENHUK (2004), como uma

condição essencial à dignidade da pessoa humana. Desse modo, o direito sanitário prevê sanções àquele que coloca em risco a saúde pública, sanções estas que são aplicadas mediante exame dos fatos ocorridos e a verificação da conduta infracional do então autuado.

O processo administrativo sanitário é, portanto, um conjunto de procedimentos e atos consequentes do poder de polícia, conferido à ANVISA por meio da Lei n. 9.782/1999, artigos 7º e 8º. Assim, definido o limite de competência, a entidade poderá condicionar e restringir abusos do setor regulado em relação ao Estado e, consequentemente, à coletividade.

Tal processo é instaurado a partir da lavratura do auto de infração sanitária com o objetivo a apuração da ocorrência de infração às normas de proteção à saúde público, observando-se os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, consoante artigo 15, LIV e LV, da Carta Magna. Moreira (2007) descreve o processo administrativo como sendo um instrumento de garantia que visa à satisfação dos direitos individuais positivados na Constituição Federal, bem como em leis infraconstitucionais.

O processo administrativo sanitário tem o seu rito pré-estabelecido pela Lei 6437/77, sendo considerado uma espécie do gênero "processo administrativo" (CRETELLA JÚNIOR, 2008). no qual o processo administrativo sanitário é gênero, sendo regulamentado pela Lei nº 6437/1977, que trata das infrações sanitárias; da mesma forma, pela Lei nº 9784/1999.

Dentro do processo administrativo há uma sequência de atos que devem ser obedecidos, os quais trazem para o processo sanitário o princípio constitucional do devido processo legal. Em síntese, o processo nasce com a lavratura do Auto de infração sanitária, que deverá receber a ciência do autuado por meio da assinatura de seu representante.

A contar da data de notificação do auto de infração, o administrado possui prazo legal de 15 (quinze) para apresentar sua peça de defesa, na qual poderá trazer sua versão dos fatos, alegações e provas que julgar necessárias para se defender de uma possível sanção.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Apresentada ou não a peça de defesa, a autoridade sanitária irá elaborar uma manifestação, reduzindo a termo, eventuais esclarecimentos sobre os fatos ocorridos e sobre a conduta do autuado e, se houver, poderá impugnar as alegações apresentadas pela autuada em sua peça de defesa. Após estes atos, o processo será encaminhado para o julgamento do processo, nos termos estabelecidos pela Lei n. 6.437/1977.

Nesse diapasão, cumpre elucidar que as sanções estabelecidas pela Lei n. 6.437/1977, no seu art. 2º, incisos I a XI-A são: advertência; multa; apreensão de produto; inutilização de produto; interdição de produto; suspensão de vendas e/ou fabricação de produto; cancelamento de registro de produto; interdição parcial ou total do estabelecimento; proibição de propaganda; cancelamento de autorização para funcionamento de empresa; cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento; intervenção no estabelecimento que receba recursos públicos de qualquer esfera. A dosimetria da penalidade multa deve levar em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes estabelecidas pela Lei, devendo a multa ser valorada dentro dos limites legais, que vão de R$ 2.000,00 (dois mil reais) até R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

Destarte, do conjunto de procedimentos e atos que devem ser observados dentro do estabelecido pela Lei n. 6.437/1977, destacamos nesta pesquisa o Auto de Infração Sanitária, que se configura como peça exordial do processo administrativo sanitário, conforme o artigo 12 da mesma Lei que dispõe que *"as infrações sanitárias serão apuradas em processo administrativo próprio, iniciado com a lavratura de auto de infração, observados o rito e prazos estabelecidos nesta Lei"* (Brasil, 1977). Tal documento deve obedecer rigorosamente aos critérios de validade determinados pela Lei, pois, uma vez eivado de vícios, este estará obrigatoriamente suscetível à anulação.

Aos Postos de Vigilância Sanitária de PAF (portos, aeroportos, fronteira e recintos alfandegados) compete a instauração dos processos de contencioso administrativo sanitário (artigo 181, III, do Regimento Interno da ANVISA), em virtude de sua atuação fiscalizatória, os quais são regulados pela Lei 6.437/77, que define as infrações à legislação sanitária federal e estabelece as sanções respectivas. Subsidiariamente, é aplicada a Lei

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Dessa forma, constatada pelo fiscal a existência de conduta contrária às normas de direito sanitário, poderá tal conduta ser tipificada em um dos incisos do artigo 10 da Lei 6.437/77, instaurando o processo administrativo sanitário para a apuração da infração, bem como qualificada a conduta dentro das Resoluções da Diretoria Colegiada da ANVISA.

É na instrução processual que são verificados os Autos de Infração Sanitária e o preenchimento dos requisitos de validade estabelecidos no artigo 13, da Lei n. 6.437/1977 (BRASIL, 1977), quais sejam:

> Art. 13 - O auto de infração será lavrado na sede da repartição competente ou no local em que for verificada a infração, pela autoridade sanitária que a houver constatado, devendo conter:
>
> I - nome do infrator, seu domicílio e residência, bem como os demais elementos necessários à sua qualificação e identificação civil;
>
> II - local, data e hora da lavratura onde a infração foi verificada;
>
> III - descrição da infração e menção do dispositivo legal ou regulamentar transgredido;
>
> IV - penalidade a que está sujeito o infrator e o respectivo preceito legal que autoriza a sua imposição;
>
> V - ciência, pelo autuado, de que responderá pelo fato em processo administrativo;
>
> VI - assinatura do autuado ou, na sua ausência ou recusa, de duas testemunhas, e do autuante;
>
> VII - prazo para interposição de recurso, quando cabível.
>
> Parágrafo único - Havendo recusa do infrator em assinar o auto, será feita, neste, a menção do fato. (BRASIL, 1977)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Dentre os requisitos de validade do Auto de Infração Sanitária elencados acima, destaca-se aquele que, segundo DIAS (2008)**,** seja o mais importante, pois é descrição da conduta infracional (inciso III) que permite a averiguação da infração na fase de instrução processual. Igualmente, é com base da conduta infracional imputada que o autuado irá exercer o seu direito a ampla defesa e ao contraditório, apresentando as alegações e provas que testifiquem a sua inculpabilidade.

O entendimento jurisprudencial brasileiro pondera que o acusado se defende da conduta que a ele é atribuída e não meramente da tipificação legal. Assim, para se defender e se eximir da conduta infracional, o autuado tem direito a uma descrição da conduta que seja condizente com a situação fática proporcionando tanto ao julgador quanto ao julgado, informações que permitam não só a investigação no âmbito processual, como também a defesa do autuado. Insta também, que a conduta se configure notoriamente como uma infração à legislação sanitária, caso contrário o auto de infração fere diretamente o princípio da legalidade. Existe também a possibilidade que a conduta seja apresentada no auto de infração de maneira genérica, ou seja, aquela que apresenta um erro formal da descrição que não permite especificar ou esclarecer a realidade da situação fática e, desse modo, compromete o contraditório e a ampla defesa.

Destarte, existe a exigência da ciência pelo autuado, pois o auto de infração sanitária, enquanto peça inaugural, também possui a função de cientificar o autuado acerca da instauração do processo administrativo para apuração da infração sanitária, devendo este seguir estritamente os preceitos legais a fim de possibilitar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. A falta desta impossibilita o prosseguimento do processo administrativo.

Destaca-se também a necessidade da qualificação e identificação civil do autuado (inciso I) que permite, na fase de instrução, verificar se o mesmo incorre em reincidência, bem como pesquisar o seu porte econômico, que são fatores inerentes à dosimetria da pena seja para minorá-la (se consideradas como circunstâncias atenuantes), seja para majorá-la (se consideradas como agravantes).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Tendo em vista os requisitos legais de validade estabelecidos para o auto de infração sanitária, é importante elucidar que os processos administrativos sanitários poderão ser arquivados quando a autoridade julgadora entender que ocorre nulidade ou insubsistência. A primeira diz respeito aos vícios que podem estar presentes tanto no auto de infração quanto em qualquer documento processual de caráter relevante para o processo que possa comprometer as informações contidas na exordial. Assim o auto de infração será nulo por vícios formais como, por exemplo, descrição genérica, falta de identificação e qualificação do autuado, a inexistência de enquadramento legal da conduta, etc.

Quanto à insubsistência, esta se dá quando o auto de infração não possui elementos fáticos que sustentem a sua lavratura como, por exemplo, a falta de previsão legal que qualifica a conduta descrita no auto como uma infração sanitária, a não ocorrência dos fatos, nesse caso caracterizando-se má-fé do servidor autuante.

Desse modo, ao verificar que o auto de infração sanitária possui vícios de formalidade ou que o mesmo é insubsistente, a autoridade julgadora deverá decidir pelo arquivamento do processo, com fulcro no artigo 53 da Lei 9.784/99, o qual concede à Administração Pública o poder de autotutela de seus atos, impondo a ela o dever de anulá-los quando eivados de vício de legalidade, sendo que estará facultada nos casos de revogação por conveniência ou oportunidade, devendo manter respeitados os direitos adquiridos.

Gasparini (2012) conceitua a anulação do ato administrativo como sendo a retirada retroativa, parcial ou total, de um ato administrativo, que fora praticado em discordância com o ordenamento jurídico. Assim, quando um ato administrativo, seja aquele decorrente do Poder de Polícia, seja um mero ato administrativo interno, for executado em dissonância com os princípios que regem a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, proporcionalidade, eficiência, etc.) e em desacordo com as disposições legais sobre o tema, a própria Administração possui o dever de rever seus atos, se for o caso, deverá anular para que não prejudique o particular, bem como o próprio poder público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Portanto, observa-se que, no âmbito do Processo Administrativo Sanitário, as falhas na lavratura dos autos de infração poderão levar à sua nulidade, o que não significa que se tenha garantido a segurança da saúde pública. Ora, a anulação de um processo administrativo devido aos erros surgidos no início ou ao longo do processo, não afasta o fato de que tenha ocorrido um ato lesivo à saúde pública.

4 QUANTITATIVO DE DECISÕES ANULATÓRIAS E SUAS IMPLICAÇÕES AO PODER DE POLÍCIA SANITÁRIA

Este estudo trata-se de uma pesquisa documental com abordagem quantitativa, desenvolvido a partir da utilização de dados obtidos por meio de análise dos editais de publicação no Diário Oficial da União, de decisões administrativas de 1ª instância em face dos processos administrativos sanitários oriundos da atuação fiscalizatória dos Postos de Vigilância Sanitária de Portos, Aeroportos, Fronteiras e Centros Alfandegados presentes nos 7 estados da região norte do Brasil. A competência para o processamento de julgamento destes processos está sob a autoridade instituída por meio da Portaria de Delegação n. 454, de 22 de fevereiro de 2016, posteriormente estendida pela Portaria de Delegação n. 583, de 28 de abril de 2018.

O período estabelecido para a análise abrange as publicações de 30.12.2016 a 06.06.2018, totalizando 8 (oito) publicações que, ao todo, compreende 166 decisões de 1ª instância administrativa no âmbito da vigilância sanitária.

Estabelecido o recorde regional para análise dos processos administrativos instaurados em sede da ANVISA, é necessário perpassar pela análise de dados estatísticos através dos quais se constata o quantitativo de autuações efetivadas e posteriormente anuladas em face da constatação de vícios insanáveis, conforme a tabela a seguir:

Tabela 1 – Quantitativo de decisões anulatórias em face de Processos Administrativos Sanitários, prolatadas pela autoridade julgadora de 1ª instância competente na região norte do Brasil.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Número e data do DOU de publicação	Quantidade de decisões publicadas	Quantidade decisões anulatórias	Porcentagem de decisões anulatórias
DOU nº. 251, de 30.12.2016, pág. 300.	28	11	39,28%
DOU nº. 2, de 03.01.2017, pág. 101.	33	12	36,36%
DOU nº. 139, de 21.07.2017, pág. 166.	26	11	42,31%
DOU nº. 165, de 28.08.2017, pág. 53.	24	18	75,00%
DOU nº. 245, de 22.12.2017, pág. 242.	20	0	0,00%
DOU nº. 249, de 29.12.2017, pág. 121.	19	12	63,16%
DOU nº. 76, de 20.04.2018, pág. 37.	12	8	66,67%
DOU nº. 107, de 06.06.2018, pág. 60.	4	4	100,00%
Total	***166***	***76***	***45,78%***

Fonte: Diário Oficial da União, disponível em .

Nota: Dados trabalhados pela autora.

Diante dos dados levantados e tabulados, extrai-se que no período entre dezembro de 2016 a junho de 2018 foram publicadas 166 decisões de 1ª instância administrativa em face de Processos Administrativos Sanitários oriundos dos sete estados da Região Norte do Brasil. Das 166 decisões publicadas, 76 foram decisões anulatórias que determinaram o arquivamento dos processos por nulidade ou insubsistência dos autos de infração sanitária, o que equivale a 45,78% do total de processos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Levando em consideração que o poder de polícia da administração pública se efetiva não só no momento da fiscalização, mas também na aplicação de sanções que visem punir um ato lesivo à saúde pública e coibir novas infrações, ressalta-se que o processo administrativo possui papel fundamental na garantia da saúde.

Tais sanções só poderão ser aplicadas após a instauração de processo administrativo que, conforme explanado anteriormente, irá investigar a situação fática em consonância com a conduta da autuada que, em tese, tenha contribuído para o ato lesivo à saúde pública e o descumprimento da legislação sanitária.

Assim, quando temos um elevado quantitativo de decisões que se direcionam ao entendimento de que o processo deve ser arquivado ou extinguido em decorrência de vícios de nulidade constante dos autos de infração, ou que estes não possuem elementos que sustentem a sua subsistência, verifica-se que a efetividade da atuação fiscalizatória com vistas em garantir a inocuidade da saúde pública fica comprometida, pois os agentes que colocaram em risco a saúde estarão livres de sanção administrativa por falha na lavratura do auto de infração sanitária. Lembrando que a anulação do PAS diante dos vícios, não afasta o risco à saúde pública.

Desse modo, o Poder de Polícia Sanitária, que visa garantir a segurança da saúde pública por meio de um conjunto de ações capazes de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, nos termos do artigo 6º, parágrafo 1º da Lei 8.080/90, fragiliza-se dianteda quantidade de arquivamentos de autos de infrações sanitárias, pois é possível observar que parte dos agentes que provocam riscos à saúde não são efetivamente responsabilizados por tais condutas devido às falhas formais na lavratura dos autos.

Ademais, ao tabular o número de decisões administrativas, classificando-as por estado da região norte, verifica-se que não há um padrão na quantidade de anulações, conforme a tabela abaixo:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Tabela 2 – Quantitativo de decisões anulatórias por estado, em face de Processos Administrativos Sanitários prolatadas pela autoridade julgadora de 1ª instância competente na região norte do Brasil.

Estado da Região Norte (código do estado na ANVISA)	Quantidade de decisões publicadas	Quantidade decisões anulatórias	Porcentagem de decisões anulatórias
Acre (25747)	2	0	0,00%
Amapá (25762)	31	10	32,26%
Amazonas (25758)	11	3	27,27%
Pará (25760)	57	19	33,33%
Rondônia (26753)	32	25	78,13%
Roraima (25766)	24	18	75,00%
Tocantins (25744)	9	1	11,11%
Total	***166***	***76***	***45,78%***

Fonte: Diário Oficial da União, disponível em .

Nota: Dados trabalhados pela autora.

Neste panorama se pode observar que não há um padrão no quantitativo de decisões anulatórias entre os estados da região norte, sendo que os que possuem um alto índice de autos de infração anulados são Rondônia (78,13%) e Roraima (75,00%), se comparados com a quantidade de processos oriundos dos mesmos.

Destarte, diante dos números apresentados, cumpre ressaltar que a finalidade do processo administrativo é obter uma decisão concreta e clara da Administração Pública que individualize a norma jurídica, declare, reconheça ou proteja direito, cuja afirmação se pede, quer pelo interessado, quer pela própria Administração Pública (MEDAUAR, 2006). Portanto, dentro do ordenamento jurídico sanitário, o processo administrativo tem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

por objetivo principal proteger o direito da sociedade à segurança da saúde pública. Se este detecta falhas formais que inviabilizem a investigação, o processamento dos fatos e da conduta, que impeçam a aplicação de medidas sancionatórias ao infrator, cria obstáculos à efetividade do poder de polícia da ANVISA.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, compreende-se que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária possui como função, dentre outras, a proteção da saúde pública. Para o exercício dessa função, além da competência regulatória e para normatizar, este órgão pode lançar mão do Poder de Polícia que lhe é atribuído por meio da Lei Federal que a instituiu. Tal poder possibilita a atuação fiscalizatória que poderá, quando detectado ato lesivo à saúde pública, instaurar o Processo Administrativo Sanitário com o objetivo de apurar os fatos, a conduta infracional e os possíveis danos causados a saúde pública e, se for o caso, impor ao administrado sanção administrativa.

Tal processo administrativo constitui um conjunto ordenado de atos, a partir dos quais devem observar os preceitos legais inerentes à atividade de fiscalizatória, visando não só punir o agente causador de atos lesivos à saúde pública, mas, por meio de sanção administrativa, coibir condutas que possam trazer riscos à saúde e ao meio ambiente.

Conforme os dados apresentados, verificou-se que um significativo percentual (45.78%) dos processos julgados em sede de 1ª instância administrativa pela Autoridade Julgadora, instituída pelo órgão com competência para o processamento e julgamento dos processos oriundos da região norte do Brasil, que entendeu pelo arquivamento dos autos de infração sanitária por nulidade ou insubsistência do mesmo. Das 166 (cento e sessenta e seis) decisões administrativas de 1ª instância publicadas no período entre dezembro de 2016 e junho de 2018, 76 (setenta e seis) decidiram pela anulação dos autos de infração sanitária, levando ao arquivamento do processo, sendo os estados de Rondônia e Roraima os de maior índice anulatório, se comparado com a quantidade processos oriundos dos mesmo, com 25 e 18 decisões anulatórias, respectivamente.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Assim, levando em consideração a importância da fiscalização sanitária realizada nas áreas de portos, aeroportos, fronteiras e centros alfandegados para a proteção da saúde da população e de viajantes, faz-se necessário o seu contínuo aperfeiçoamento e fortalecimento. E uma das formas de fazê-lo é capacitando os agentes fiscalizadores, que ali atuam, de modo a prepara-los no que tange à lavratura dos autos de infração sanitária. Pois, não basta apenas identificar as condutas que proporcionam riscos à saúde e descumprem a legislação sanitária. É necessário atender aos requisitos de validade do auto de infração para que este, além de permitir uma eficaz persecução processual atendendo ao devido processo legal, seja eficiente em sua finalidade que é de punir o infrator e coibir novas condutas infracionais.

Quanto ao Poder de Polícia da ANVISA, observa-se que este perde a sua eficácia, vez que, uma vez detectados atos lesivos à saúde pública, cometidos pelo particular, poderão estes atos ficarem sem sua devida punição diante das falhas que levam à nulidade do Auto de Infração Sanitária, que tem por função, reduzir a termo os fatos ocorridos e descrever a conduta tida como infracional apontando os dispositivos legais e normativos infringidos, além de permitir a instauração do Processo Administrativo Sanitário, que é uma das ferramentas de execução desse poder.

Portanto, reitera-se a ideia de que se faz necessária uma melhor atenção aos atos processuais do processo administrativo sanitário, pincipalmente no que tange à peça exordial, pois o que está em risco é a saúde pública, que é um direito social positivado na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 5 out 2010. Disponível em: . Acesso em 15 de outubro de 2018.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 20 set 1990. Disponível em: . Acesso em 15 de outubro de 2018.

_____. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. **Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências**. Brasília, 27 jan 1999. Disponível em: . Acesso em 16 de outubro de 2018.

_____. Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. **Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências**. Diário Oficial da União. Brasília, 24 ago 1977. Disponível em: . Acesso em 16 de outubro de 2018.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União**. Brasília, 1º fev. 1999. Disponível em: . Acesso em 16 de outubro de 2018.

ALBUQUERQUE, Anna Luísa Zago Lóes de. **Os fundamentos para a reforma total das decisões recursais proferidas em processos de autos de infração sanitária em portos, aeroportos e fronteiras**. Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário, [s.l.], v. 6, n. 4, p.91-111, 28 dez. 2017. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v6i4.424.

Carvalho Filho, JS. **Processo Administrativo Federal: comentários à Lei nº 9.784, de 29.1.1999**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DIAS, Hélio Pereira. **Flagrantes do ordenamento jurídico sanitário / Agência Nacional de Vigilância Sanitária.** – 3ª. ed. – Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2008.

HUMENHUK, Hewerstton. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: . Acesso em: 1 de nov. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012

Mello CAB. Curso de Direito Administrativo. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **O poder de polícia sanitário e as normas regulamentares**. Revista de Direito Sanitário, [s.l.], v. 9, n. 3, p.201-205, 1 nov. 2008. Universidade de Sao Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBiUSP. http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i3p201-205.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MARINELA, Fernanda**. Direito Administrativo / Fernanda Marinela.** 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

Moreira, EB. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOTA:

[1] Doutor em Direito Privado pela PUC MINAS. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela PUC GOIÁS. Especialista em Direito Processual pela UNAMA. MBA em Gestão Pública pela UNITINS. Professor Universitário. E-mail prof.fabiobarbosa@fasec.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A IMPORTÂNCIA DO ENSINO DE CONSTITUCIONAL E DA CIDADANIA NA EDUCAÇÃO BÁSICA

WALDOYANA DE KÁCIA ALVES QUEIRÓZ: Pedagoga, Especialista. Acadêmica do 10º Período de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

ANDREIA AYRES GABARDO DA ROSA[1]

RESUMO:O estudo a seguir pretende apontar a importância do ensino de constitucional na educação básica. Utilizou-se como caminho metodológico uma investigação bibliográfica a partir de publicações científicas, da Constituição Federal, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e o Projeto de Lei nº 70 de 2015, que prevê a inclusão da disciplina constitucional no ensino base, além de artigos de autores que abordam o assunto. A Constituição Federal é considerada o principal instrumento normativo norteador do direito à educação, bem como dos direitos sociais. O direito à educação como um dos direitos sociais, constitui-se como um instrumento básico para a construção da cidadania, uma vez que isso certamente viabilizará o acesso e exercício aos demais direitos civis e políticos, aos quais estão previstos constitucionalmente.

Palavras-chave: Constitucional. Ensino. Cidadania.

ABSTRACT: The following study intends to point out the importance of constitutional teaching in basic education. A bibliographical research based on scientific publications, the Federal Constitution, the Law on the Guidelines and Bases of Education and the Draft Law No. 70 of 2015, which provides for the inclusion of constitutional discipline in basic education, was used as a methodological path. articles by authors who approach the subject. The Federal Constitution is considered the main normative instrument guiding the right to education, as well as social rights. The right to education as a social right constitutes a basic instrument for the construction of citizenship, since this will certainly enable access to and exercise of other civil and political rights, which are constitutionally foreseen.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Keywords: Constitutional. Teaching. Citizenship.

1 INTRODUÇÃO

A CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil inseriu a Educação como um Direito Fundamental entre os direitos sociais com intuito de fortalecer constitucionalmente a importância deste para a formação do indivíduo e a sua inserção na sociedade.

Não há como desenvolver a consciência e a criticidade de um povo quando ele desconhece as suas próprias regras, e é nesse raciocínio que se desenvolve este estudo, apregoando a importância de conhecer onde se apoiam os seus direitos, as suas obrigações, a aplicabilidade da cidadania e a importância dela na formação do indivíduo, com a inclusão do Ensino Constitucional nas grades curriculares da formação básica, inserindo o educando ativamente no exercício da democracia, e que isso seja estruturado bem antes do voto, para que ele aprenda a exercê-lo dignamente.

Piaget (2003) explica que a interação ocorre pelos conceitos de assimilação, acomodação e adaptação. Do equilíbrio desses processos advém uma adaptação ao mundo cada vez mais adequada e uma consequente organização mental. Reforça a sua tese sobre a importância do construtivismo na formação integral do ser humano como algo que possibilita um adequado caminho da aquisição da linguagem escrita, contestando o inatismo que defende a ideia de que o indivíduo nasce pronto.

Essa é a ideia, de que o indivíduo se constrói de acordo ao meio que está inserido. Portanto, seria inconcebível no cenário atual, que um aluno passe pelo processo de formação básica, sem conhecer a lei maior do seu país, desconhecendo suas funções e importância, sem saber quais direitos não podem ser retirados ou maculados de alguma forma, o que certamente fragmenta o exercício da cidadania uma vez que não conhece o seu papel social, tão pouco conhece o que um governante pode fazer com o voto que lhe fora atribuído.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Não se propõe nesse estudo um aprofundamento do ensino jurídico aplicado nas academias de Direito, mas sim um estudo que proporcione conceitos básicos e fundamentais dos textos constitucionais vivenciados cotidianamente e então desconhecidos dos filhos de sua pátria.

A formação do cidadão está estruturada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação nacional não somente para o conhecimento em si, mas para um conjunto de saberes que prepara o indivíduo também para o trabalho e a vida em sociedade. Ela expressa em seus artigos:

> Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores (LDB, Lei nº 9394, 1996).

Pela composição dos artigos, são perceptíveis as finalidades da Educação no sentido de assegurar e preparar o educando para o exercício da cidadania, o que não será possível se não for inserido como disciplina do currículo. O aluno precisa conhecer, saber das suas responsabilidades sociais e políticas. Somente pelo conhecimento sistematizado e gradativo, o educando poderá compreender e vivenciar de fato o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

O estudo partiu de uma investigação bibliográfica a partir de publicações científicas, da Constituição Federal, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e o Projeto de Lei nº 70 de 2015, que prevê a inclusão da disciplina constitucional no ensino base, além de artigos de autores que abordam o assunto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

O estudo pretende ainda relacionar o ensino de constitucional com a construção da cidadania do educando na educação básica.

2 CIDADANIA: CONCEPÇÕES HISTÓRICAS

O conceito de cidadania tem se modificado bastante ao longo do tempo, apesar de não sair da concepção ordeira e cumprimento do civismo de alguma forma. Se direcionava precipuamente na perspectiva do voto ou de quem vota, consciente e participativa, sendo, portanto, cidadania como uma condição de acesso aos direitos sociais e econômicos, de forma a permitir que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva no Estado democrático.

Nesse sentido:

> A palavra cidadania provém do latim *civitatem* que significa cidade. Isto nos remete a expressão grega *polis*, cidades-estados antigas, ou tipo de organização a que é atribuído, pela maioria dos historiadores, ao conceito tradicional de cidadania. Nesta fase cidadania se restringia à participação política de determinadas classes sociais, onde o cidadão era o que morava na cidade e participava de seus negócios. Não é incorreto afirmar que na Grécia antiga, cidadania era confundida com o próprio conceito de naturalidade, visto que cidadãos eram somente os nascidos em solo Grego e só esses podiam exercer e usufruir dos direitos políticos. E assim era devido ao regime aristocrático dominante (MOREIRA, 2011, p. 11).

O mesmo ocorria em Roma, onde se via claramente a exclusão dos romanos não nobres e de estrangeiros, que não detinham nenhuma espécie de direitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Nota-se, portanto, que tanto na Grécia quanto em Roma a cidadania mostrava-se como um direito de poucos, havendo uma discrepância entre o discurso teórico e a aplicação prática na sociedade.

Para Melo (2013), na Idade Média, com o advento das mudanças trazidas pelo feudalismo logo no primeiro período, isto é, o que sucedeu à queda do Império Romano, a preocupação política cedeu espaço à questão religiosa e a ideia de cidadania foi relegada em segundo plano. A sociedade de estamentos apresentava uma organização que incluía a nobreza, o clero e os camponeses, tendo referidas classes, direitos e privilégios distintos.

Tal situação só se modificou com o surgimento dos estados nacionais. Neste período, denominado historicamente como Baixa Idade Média, reaparece a noção de estado centralizado e com ele a clássica visão da cidadania, ligada aos direitos políticos.

Contudo:

> As mudanças sociais advindas das novas necessidades materiais aliada ao fenômeno da cristianização passou a exigir uma reformulação do conceito de cidadania que já não atendida às demandas, surgindo daí a semente do ideal de igualdade. Com o iluminismo foi vivenciado um período de transição e de transformações políticas, econômicas, artísticas, contribuindo também para o despertar do ideal de liberdade. Movidos por esta chama filósofos como Locke e Rousseau defenderam a democracia liberal, distante do direito divino e que tinha por base a razão. Merece destaque as ideias de Rousseau que preconizava ainda um caráter universal para os direitos. Muito influenciaram essas ideias nas lutas políticas da época, sendo alicerce para os movimentos de independência de colônias americanas e de revoluções tais como a Francesa e a Inglesa. Entretanto, neste período, diante do fato de

> que a sociedade ideal apontava desigualdades sociais, a cidadania também foi tolhida, de certa forma, de seu sentido mais amplo (MELO, 2013, p. 12).

Observa-se assim que os séculos XIX e XX foram responsáveis por progressos significativos que repercutiram no conceito de cidadania. Consequentemente, a Revolução Francesa e a Revolução Americana inseriram no contexto mundial um novo tipo de Estado, carregando consigo os ideais de liberdade e igualdade e embora tivessem uma origem burguesa auxiliaram na busca pela inclusão social. Aliado a tudo isto despontavam as lutas sociais. A cidadania passa, por fim, a manter íntima vinculação com o relacionamento entre a sociedade política e seus membros (MARTINEZ, 2013).

Convém ressaltar que as duas guerras mundiais foram decisivas para a mudança de ideologia sobre a cidadania e o medo advindo das atrocidades praticadas e alicerçadas pela legalidade fez com que órgãos internacionais e a própria sociedade civil passassem a entender cidadania como algo indissociável dos direitos humanos (ROMANELLI, 2006).

As informações acima deixam claro que o conceito de cidadania passou a ser vinculado não apenas à participação política, representando um direito do indivíduo, mas também o dever do Estado em ofertar condições mínimas para o exercício desse direito, incluindo, portanto, a proteção ao direito à vida, à educação, à informação, à participação nas decisões públicas.

Mesmo diante de toda evolução do conceito de cidadania, ainda hoje se percebe as inúmeras violações aos direitos humanos e a ausência de cidadania plena a considerável parcela da população que se diz excluída.

Portanto, vale compreender que cidadania é uma conquista diária, inerente à sociedade na qual se vive e trata-se principalmente da aplicabilidade dos direitos e deveres de cada cidadão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2.1 A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA NA PERSPECTIVA DA ESCOLA

O direito à educação como um dos direitos sociais, constitui-se como um instrumento básico para a construção da cidadania, uma vez que isso certamente viabilizará o acesso e exercício aos demais direitos civis e políticos, aos quais estão previstos constitucionalmente.

Apesar do surgimento da bandeira da escolarização universal e obrigatória pela formação da sociedade burguesa, na época moderna, com a ruptura do feudalismo e o desenvolvimento capitalista, a burguesia, ora em ascensão, se manifestou como uma classe revolucionária e, nesse ponto defendia a filosofia da essência humana como um verdadeiro suporte para proposição da igualdade social.

Nesse contexto:

> Sobre essa estrutura de igualdade dos homens entre si se fundamenta a pedagogia da essência, onde, ao tornar-se dominante, a burguesia estrutura os sistemas nacionais de ensino e passa a defender a escolarização para todos. A escolarização de todos os homens era condição indispensável para que se tivesse uma participação política ativa e consistente, e com isso, fortalecer e consolidar a democracia. A escola era, pois, proposta como condição para consolidação dessa ordem democrática (SAVIANI 1997, p.73).

Nesse diapasão, a cidadania está ligada à democracia, à justiça social e à efetivação dos direitos políticos, econômicos, sociais e culturais, que são fundamentais para a pessoa humana.

No Brasil, essa concepção de igualdade educacional como direito de todos e dever do Estado reflete claramente tanto para os teóricos educacionais quanto em documentos legais que a institucionalizaram (CURY, 2002).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Historicamente:

> Algumas constituições como a de 1934 e 1946, no que se refere ao compromisso formal por elas estabelecido em relação à educação e as questões democráticas, também não tinham base sólida quanto à criação de instrumentalização adequada ao cumprimento desses compromissos com a prática educacional. Os princípios nos quais se fundamenta são: a escola pública, única, laica, gratuita em todos os níveis. Estão inseridos nesses princípios os defensores da Escola Nova, em 1932, e aqueles que lutaram pela aprovação da lei de diretrizes e bases da educação Nacional, em 1958 (CURY, 2002, p. 23).

Ressalta-se, nesse sentido, que no conceito liberal o dever do Estado com a educação se estrutura no conteúdo igualitário desta, ou seja, se a educação é realmente direito de todos, é dever do Estado assegurar o cumprimento desse direito em condições igualitárias, indistintamente, através do ensino público gratuito (MARTINEZ, 2013).

Pode-se evidenciar que na educação dos anos 80, era importante entonar o hino nacional nas escolas semanalmente, o que proporcionava um maior envolvimento dos alunos com sua pátria e com os seus deveres para com ela. Mesmo timidamente, ainda se instaurava nas escolas a disciplina de Estudos Sociais, EMC – Educação Moral e Cívica e finalmente OSPB – Organização Social e Política Brasileira, as quais foram extintas por entenderem que não tinham muita importância.

Para Carvalho (2002), desenvolver cidadãos críticos e responsáveis ante aos seus direitos e deveres é um raciocínio que se desenvolve acerca da importância de conceitos mínimos sobre constitucionalismo aos educandos da educação básica.

Guarinelo (2003) considera que a evolução da cidadania foi lenta no decorrer dos séculos e divergente nos países orientais e ocidentais, mas dois modelos teóricos serviram para resumir o conceito de cidadania na

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

modernidade. Havia aqueles que acreditaram que a cidadania se organizava pela distribuição dos poderes e por um ordenamento jurídico estável capaz de guiar uma pluralidade de cidadãos que têm seus direitos garantidos. E os que tinham o cidadão como fonte direta da lei, e que deveriam ter uma relação de intimidade com o corpo político.

Considera-se, mediante o exposto, que o Brasil precisa de uma reestruturação moral e política emergente, onde a educação sistematizada é o canal, se não o mais rápido, o mais eficaz para se chegar a esses indivíduos ainda no processo de formação, e concomitante ao aprendizado. Assim, seria possível desenvolver um processo cognitivo coerente com a realidade do educando, e é a possibilidade de exercitar a cidadania que fará com que ele se sinta participante ativo desse processo constitucional, tão desconhecido e tão entranhado no dia a dia de cada brasileiro.

3. ENSINO BRASILEIRO: AVANÇOS E RETROCESSOS

A Constituição Federal é considerada o principal instrumento normativo norteador do direito à educação, bem como dos direitos sociais. Respectivamente em seu art. 6º, está estabelecido que fossem direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

A Constituição, em seu art. 205, preceitua que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (CFRB/88).

Ainda, no art. 206 da Constituição Federal, está previsto que o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

> I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (BRASIL, 1988 p. 48).

A Educação, na Constituição Federal de 1988, é um bem jurídico, principalmente porque com ela se constrói uma sociedade livre, justa e solidária e só com ela se garante o desenvolvimento nacional, dentro do que determina o seu artigo 3º, no qual se acham os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (VIEIRA, 2001).

Ao se fazer uma retrospectiva do ensino no Brasil observa-se que no final dos anos 70 e início dos 80, a abertura política decorrente do final do regime militar coincidiu com a intensa mobilização dos educadores para buscar uma educação crítica à serviço das transformações sociais, econômicas e políticas, tendo em vista a superação das desigualdades existentes no interior da sociedade. Ao lado das denominadas teorias crítico-reprodutivistas, firma-se no meio educacional a presença da "pedagogia libertadora" e da "pedagogia crítico-social dos conteúdos", assumida por educadores de orientação marxista (BRASIL, 1997).

Diante de tal fato é importante caracterizar as pedagogias acima citadas:

> A "pedagogia libertadora" tem suas origens nos movimentos de educação popular que ocorreram no final dos anos 50 e início dos anos 60, quando foram interrompidos pelo golpe militar de 1964; teve 32 seu desenvolvimento retomado no final dos anos 70 e início dos anos 80. Nessa proposta, a atividade escolar pauta-se em discussões de temas sociais e políticos e em ações sobre a realidade social imediata; analisam-se os problemas, seus fatores determinantes e organiza-se uma forma de atuação para que se possa transformar a realidade social e política. O professor é um coordenador de atividades que organiza e atua conjuntamente com os alunos (BRASIL, 1997, p. 134).

Em consonância com as informações acima, os objetivos do Ensino Fundamental, segundo os Parâmetros Curriculares Nacionais é que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

os alunos sejam capazes de compreender a cidadania como participação social e política, assim como exercício de direitos e deveres políticos, civis e sociais, adotando, no dia-a-dia, atitudes de solidariedade, cooperação e repúdio às injustiças, respeitando o outro e exigindo para si o mesmo respeito (BRASIL, 1997).

Já no Ensino Médio, é preconizado que a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, deve possibilitar o prosseguimento de estudos; a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores; o aprimoramento do educando, como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico; a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina (BRASIL, 2018)

Contudo, se observa um paradoxo entre o que se estabelece nos documentos legais que direciona o ensino do país e o desempenho insuficiente dos alunos nos anos finais do Ensino Fundamental. Ora, a grande questão é a organização curricular do Ensino Médio vigente, com excesso de disciplinas curriculares, e uma abordagem pedagógica distante da realidade dos jovens e do contexto do trabalho (MOEHLECKE, 2012).

A proposta dos Parâmetros Curriculares Nacionais concebia a educação escolar como uma prática que tem a possibilidade de criar condições para que todos os alunos desenvolvam suas capacidades e aprendam os conteúdos necessários para construir instrumentos de compreensão da realidade e de participação em relações sociais, políticas e culturais diversificadas e cada vez mais amplas, condições estas fundamentais para o exercício da cidadania na construção de uma sociedade democrática e não excludente (BRASIL, 1997).

Paradoxalmente, por mais que os Parâmetros Curriculares Nacionais preconizem o que foi mencionado anteriormente, o que ainda se observa é um ensino com conteúdos muito distante do interesse do aluno,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

e a indisponibilidade de atividades culturais e sociais correspondente à faixa etária, que o auxilie em sua formação integralmente.

Nesse sentido, para a reformulação do ensino no Brasil, em 2018 foi aprovada a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), que é um documento de caráter normativo que define o conjunto orgânico e progressivo de **aprendizagens essenciais** que todos os alunos devem desenvolver ao longo das etapas e modalidades da Educação Básica, de modo a que tenham assegurados seus direitos de aprendizagem e desenvolvimento, em conformidade com o que preceitua o Plano Nacional de Educação - PNE (BRASIL, 2018).

O referido documento reconhece, assim, que a Educação Básica deve visar à formação e ao desenvolvimento humano global, o que implica compreender a complexidade e a não linearidade desse desenvolvimento, rompendo com visões reducionistas que privilegiam ou a dimensão intelectual (cognitiva) ou a dimensão afetiva. Significa, ainda, assumir uma visão plural, singular e integral da criança, do adolescente, do jovem e do adulto considerando-os como sujeitos de aprendizagem e promover uma educação voltada ao seu acolhimento, reconhecimento e desenvolvimento pleno, nas suas singularidades e diversidades (BRASIL, 2018).

Na Base Nacional Comum está explicito que os currículos devem assegurar as aprendizagens essenciais definidas para cada etapa da Educação Básica, uma vez que tais aprendizagens só se materializam mediante o conjunto de decisões que caracterizam o currículo em ação.

É importante citar alguns aspectos que a Base Nacional Comum (2018) concebe em relação ao currículo:

> contextualizar os conteúdos dos componentes curriculares, identificando estratégias para apresentá-los, representá-los, exemplificá-los, conectá-los e torná-los significativos, com base na realidade do lugar e do tempo nos quais as aprendizagens estão situadas; decidir sobre formas de organização interdisciplinar dos componentes curriculares e fortalecer a competência pedagógica das equipes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> escolares para adotar estratégias mais dinâmicas, interativas e colaborativas em relação à gestão do ensino e da aprendizagem; selecionar e aplicar metodologias e estratégias didático-pedagógicas diversificadas, recorrendo a ritmos diferenciados e a conteúdos complementares, se necessário, para trabalhar com as necessidades de diferentes grupos de alunos, suas famílias e cultura de origem, suas comunidades, seus grupos de socialização etc.; conceber e pôr em prática situações e procedimentos para motivar e engajar os alunos nas aprendizagens (BRASIL, 2018, p. 29).

Diante as informações acima é possível que com a implantação da Base Nacional Comum em 2018 haja transformações no ensino brasileiro, pois o que apontam as pesquisas, o que propõem os currículos da educação básica é algo ainda intangível. De acordo com o Indicador de Alfabetismo Funcional (Inaf), 38% dos estudantes do ensino superior não dominam habilidades básicas de leitura e escrita. Tais informações deixam em evidência que os alunos ainda saem do Ensino Médio sem habilidades com a leitura e a escrita, fator esse que impossibilita o educando de exercer sua cidadania.

Conclui-se, mediante o exposto nas palavras de Silva (2003), que a questão central do ensino é a definição da sua função social, dos seus objetivos e da consequente concepção curricular adotada. Sempre se esperou do ensino médio a formação da pessoa humana, do cidadão, do trabalhador e do futuro universitário.

Para Araújo (2017), isso coincide com a etapa final da consolidação da educação básica, na faixa etária ideal da adolescência. Período justamente em que o jovem estrutura valores e conceitos e faz escolhas essenciais. Trabalho, profissão, família, grupo social, esporte, política, enfim, modo de viver, constituem opções fundamentais dessa fase da vida humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

3.1 ENSINO DE CONSTITUCIONAL OBRIGATÓRIO NOS CURRÍCULOS DA EDUCAÇÃO BÁSICA

É papel fundamental da educação básica o preparo para o exercício da cidadania, cuja consagração está assegurada tanto constitucionalmente como no direito nacional e internacional. A Educação Básica está definida no artigo 21, I da LDB, é constituída por Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio.

Para Araújo (2017) a escola tem um papel fundamental no processo de civilizar o cidadão, pois as condições concretas vivenciadas não são as fontes alimentadoras do processo de aprendizagem, mas sim todos os estágios de transformação e harmonia social que levam o aluno a introduzir os conceitos cidadãos ao seu dia-a-dia.

Porém, o que ainda se vê na instituição escolar são conteúdos partindo de uma metodologia em que as atividades pedagógicas têm enfatizado os aspectos instrutivos, em detrimento de aspectos criativos, reflexivos, construtivos e cooperativos. Observa-se um processo rígido de transmissão de conteúdo que privilegia informações isoladas e que desconsidera o contexto, o envolvimento dos alunos e suas diferenças. O aluno é concebido como um espectador, que deve copiar, memorizar e reproduzir os conteúdos apresentados pelo professor (BEHRENS, 2007).

É dentro dessa concepção que se considera importante o ensino de constitucional na educação básica. Sobre esse assunto, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 70 de 2015 que prevê a inclusão da disciplina constitucional no ensino base, o projeto de Lei do Senado nº 70 de 2015, que altera a redação dos artigos n.º 32 e 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

O referido projeto cita que é por meio do ambiente natural e social, do sistema político, do exercício da cidadania, da tecnologia, das artes e dos valores morais e cívicos que se fundamenta a sociedade. Preconiza assim, que o currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, a disciplina Constitucional, além de conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Observada a produção e distribuição de material didático adequado, serão incluídas ainda a disciplina Constitucional, a Filosofia e a Sociologia como disciplinas obrigatórias em todas as séries do ensino médio.

Pode se depreender a partir da proposta acima que a grande questão da educação contemporânea está ligada ao desconhecimento do ensino da educação cidadã, da educação democrática, sendo ministrada juntamente com as disciplinas tradicionais da escola, trabalhando o senso crítico e reflexivo dos alunos.

Na concepção de Moro (2008) pode-se observar que, apesar de amplo, o sistema educacional atual ainda sofre com a falta de disciplinas capazes de transformar a educação definitivamente num exercício de cidadania. Foi um grande avanço introduzir as disciplinas de Sociologia e Filosofia na grade curricular, entretanto ainda falta o conteúdo primordial para o aluno compreender como e por que devemos ser e nos comportar desta ou daquela maneira, sem infringir as leis e ultrapassar limites éticos e morais.

Valente (2008) corrobora a afirmação acima afirmando que as modernas teorias pedagógicas pregam que a escola deve, acima de tudo, preparar as pessoas para a vida, para o convívio em sociedade. Nessa concepção, Bastos (2002) assevera que oferecer um conceito de Constituição não é uma das tarefas mais fáceis de serem cumpridas, em razão de este termo ser equívoco, ou seja, prestar-se a mais de um sentido.

Ainda para Valente (2008), para se ter um ensino completo, parece evidente que o Direito Constitucional seja contido na educação básica, pois é na Constituição que estão presentes os ditames de como devemos agir dentro da sociedade, quais são nossos deveres, e nossos direitos, quais garantias o Estado nos dá diante das nossas prestações como cidadãos brasileiros.

É importante citar que o método de ensino utilizado no Brasil visa concretizar o amplo sentido da educação, e foi estruturado por dezenas de autores, professores, sociólogos, entre outros profissionais que desenvolveram esse sistema baseado em pesquisas teóricas acerca da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

temática da educação e de experiências práticas em modelos de sucesso utilizados em outros países. Mas como o ritmo de mudanças é muito grande, o sistema atual se torna facilmente ineficaz quando não acompanha o cotidiano das transformações da sociedade brasileira (VELLOZO, 2002).

Para Moro (2002) o Brasil vive um Estado Democrático de Direito, portanto é natural que os componentes desse Estado tenham pleno conhecimento e acesso aos seus direitos e deveres como cidadãos, mas não é o que acontece com a população brasileira em geral, visto que a educação é falha tanto na teoria como na prática, pois muitos não têm acesso à educação e aqueles que têm não conseguem um ensino de qualidade e com eficiência para realmente transformar o país como deveria.

Ainda assim:

> Com a atual política adotada no país, nada mais natural que seus membros tenham total acesso às informações que lhes propiciem lutar e participar das atuações do Estado, sabendo como se deve agir e quais os instrumentos para isso. E o meio mais adequado para atingir esses objetivos é a educação. E a simples inclusão da disciplina de Direito Constitucional na Educação Básica, ensinada por bacharéis no curso de Direito, Sociologia, Antropologia, ciência Política, pode possibilitar grandes avanços na formação do indivíduo, no exercício da cidadania e construção de um Estado efetivamente Democrático de Direito (MORO, 2002, p. 384).

Pode-se observar que o ensino de constitucional já deveria estar consolidado nas grades curriculares, visto que, no ano de 2010, foi homologada pelo Ministério da Educação a Resolução nº 4, de 13 de julho de 2010, determinando em seu art. 2º, I, seu objetivo, que é definir as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica, sistematizando os princípios e as diretrizes gerais da Educação Básica contidos na Constituição, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e demais dispositivos legais, traduzindo-os em orientações que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

contribuam para assegurar a formação básica comum nacional, tendo como foco os sujeitos que dão vida ao currículo e à escola.

Para Valente (2008):

> As modernas teorias pedagógicas pregam que a escola deve, acima de tudo, preparar as pessoas para a vida, para o convívio em sociedade. Assim, por exemplo, aprendemos na escola a língua portuguesa porque ela é necessária pra a comunicação, para o trabalho, para nossa identidade cultural. Aprendemos conceitos elementares de matemática para podermos gerenciar nossas finanças pessoais, entender o sistema de preços da economia de mercado na qual todos estamos inseridos. Da mesma forma, a Geografia nos ensina, nos bancos escolares, como é o meio em que vivemos, as características do ambiente, a dimensão física e humana de nosso mundo, assim como a disciplina História nos mostra o nexo de causalidade entre os fatos históricos, nos ajudando a entender porque o mundo é do jeito que é e como poderá ser no futuro. Diante dessa perspectiva educacional, é relevante. Afinal, se a função da escola é formar cidadãos, e se ser cidadão é, entre outras coisas, ter direitos e obrigações igualitariamente perante os outros, parece fundamental que o conhecimento sobre quais são os direitos e obrigações do cidadão seja efetivamente ensinado nas instituições de ensino básico (VALENTE, 2008, p. 32).

Nesse sentido é necessário o conhecimento básico sobre o funcionamento do aparato do Estado, sobre a elaboração de leis, o que confere sua legitimidade, por que devemos obedecê-las, ou seja, tudo aquilo que consta na Constituição Federal.

Na percepção de Silva (2016), é impossível conceber, na modernidade, um aluno sair da educação básica não conhecendo a lei

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

maior de seu país, desconhecendo qual a sua função e importância e ainda mais, não sabendo quais são os seus direitos e deveres, e seu papel na sociedade.

A menção acima deixa claro que uma das finalidades da Educação é assegurar e preparar o aluno para ser cidadão atuante e participativo no contexto político e democrático do país, bem como ser capaz de formar suas próprias opiniões, a partir do que preconiza a Constituição Federal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apontou que a cidadania está intimamente ligada à democracia, à justiça social e à efetivação dos direitos políticos, econômicos, sociais e culturais, que são fundamentais para a pessoa humana.

A educação básica, ao buscar desenvolver cidadãos críticos e responsáveis ante aos seus direitos e deveres, deve partir de um raciocínio que se desenvolve acerca da importância de conceitos mínimos sobre constitucionalismo aos seus educandos.

Contudo, o referido documento não preceitua o ensino de constitucional, a proposta pra a inserção dessa disciplina na grade curricular da educação básica estátramitando no Congresso Nacional por meio do projeto de lei nº 70 de 2015 que prevê a inclusão da disciplina constitucional no ensino base, o projeto de Lei do Senado nº 70 de 2015, que altera a redação dos artigos n.º 32 e 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

O referido projeto cita que é por meio do ambiente natural e social, do sistema político, do exercício da cidadania, da tecnologia, das artes e dos valores morais e cívicos em que se fundamenta a sociedade.

Pode se depreender a partir da proposta acima que a grande questão da educação contemporânea está ligada ao desconhecimento do ensino da educação cidadã, da educação democrática, sendo ministrada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

juntamente com as disciplinas tradicionais da escola, trabalhando o senso crítico e reflexivo dos alunos.

O estudo evidenciou a importância das escolas adotarem em seus currículos de ensino a disciplina específica de "constitucional". Depreende-se que com a inserção dessa disciplina obrigatória, os alunos ao cursá-la na educação básica serão capazes de ter uma melhor compreensão das questões do Estado e da atuação política do cidadão, principalmente das questões relacionadas a cidadania, que por vezes é vista de forma limitada.

Observou-se que os documentos legais que norteiam a educação básica apesar ter como objetivo a construção da cidadania do educando não estão conseguindo de fato atingir esse propósito. Acredita-se com isso, que o ensino de constitucional preencheria essa lacuna na formação básica do aluno da educação básica.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marciano Vieira de. **A Evolução do Sistema Educacional Brasileiro e seus Retrocessos**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 2, Vol. 1. pp 52-62, Abril de 2017.

BASTOS, R.C. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BEHRENS, M. A.; OLIARI, A. L. T. A evolução dos paradigmas na educação: do pensamento científico tradicional à complexidade. Revista Diálogo Educacional, v. 7, n. 22, p. 53-66, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Básica. Brasília: MEC; SEB; DICEI, 1997.

BRASIL. Lei n.9394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, 23 de dez. 1996.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Básica. Base nacional comum curricular. Brasília, DF, 2018.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 70, de 2015. Altera a redação dos arts. 32 e 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), para inserir novas disciplinas obrigatórias nos currículos dos ensinos fundamental e médio. Disponível em: Acesso em:

out: 2018.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira 2002.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. Cad. Pesqui. Nº.116, São Paulo Jul: 2002.

GUARINELLO, N.L. Cidades-estados na Antiguidade Clássica. In: PINSKY, J., PINSKY, C.B. História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2003.

MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. O ensino da cidadania nas escolas brasileiras. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3616, 26 maio 2013.

MELO, Getúlio Costa. Evolução histórica do conceito de cidadania e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013.

MOEHLECKE, Sabrina. O ensino médio e as novas diretrizes curriculares nacionais: entre recorrências e novas inquietações. Revista Brasileira de Educação v. 17 n. 49 jan-abr. 2012.

MOREIRA, Carlyle Leite; PAULA, Evania L. M. et al. Educação e cidadania. PNEDH: Reconduzindo o múltiplo à unidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3035, 23 out. 2011.

MORO, Carolina Izar. Inclusão do Direito Constitucional como disciplina obrigatória na educação básica brasileira. RAÍZES JURÍDICAS Curitiba, v. 4, n. 1, jan./jun. 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

PIAGET, J. O Nascimento da Inteligência na Criança. (Cabral, A., Trad.). Rio de Janeiro: Zahar. 2003.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. História da educação no Brasil. 30 ed. Petrópolis: Vozes 2006.

SAVIANI, Demerval. A Nova Lei da Educação: Trajetórias, limites e perspectivas. Campinas, SP: Autores Associados, 1997.

SILVA, B. E. da. A Educação Básica Pós-LDB. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2003.

SILVA, Eduardo Luz. A importância da inserção de constitucional nas grades curriculares do ensino médio (2016). Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-importancia-da-insercao-de-constitucional-nas-grades-curriculares-do-ensino-medio,51126.html > Acesso em: out: 2018.

VALENTE, P.D. R. S. Conteúdo Escola, ensino do direito nas escolas, 22 abr. 2008. Disponível em < www.conteudoescola.com.br/site/content/view/171/25/ > Acesso em out. 2018.

VELLOZO, B. Exército de Alunos. Revista Época, São Paulo, 226 ed.p.72. 2002.

VIEIRA, Evaldo. A política e as bases do direito educacional. Revista Cedes, ano XXI, n. 55, nov 2001.

NOTA:

[1] Psicóloga, Mestre, Professora da Disciplina de TCC I da Faculdade Serra do Carmo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ABANDONO AFETIVO INVERSO: A INAÇÃO DE AFETO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS EM RELAÇÃO AOS PAIS IDOSOS

ANA PAULA LIMA CARDOSO:
Graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE.

WÂNIA JAGUARACY DE SENA MEDRADO[1]

RESUMO: A presente pesquisa trata da inação de afeto dos filhos para com os pais idosos, acarretando em abandono afetivo inverso e a possibilidade de reparação civil dos danos sofridos pelos idosos abandonados. O objetivo principal é justamente demonstrar que, para que o número de idosos abandonados pela sua família, sem amparo nenhum, diminua, seria necessário à criação de uma legislação específica que puna tal conduta, causando, assim, um sentimento de receio nos filhos apto a inibir futuros abandonos. Apesar da lacuna dessa legislação, alguns direitos dos idosos podem ser encontrados no Estatuto do Idoso, na Constituição Federal de 1988 (que estabelece o dever de atenção e cuidado), como também no Código Civil. Contudo, sabe-se que mesmo com essa lacuna, há a possibilidade dos filhos serem responsabilizado civilmente, através da indenização. Não é o dever de amar ou de sentir carinho que será discutido, mas sim o dever de cuidar, de amparar os pais, como forma de reciprocidade, pois como há uma presunção de que os pais cuidaram dos seus filhos quando pequenos, nada seria mais justo que o contrário também fosse feito, diante da vulnerabilidade dos seus pais na velhice.

Palavras-chave: Afeto. Abandono. Inverso. Idoso.

Abstract: The present research deals with the inaction of affection of the children towards the elderly parents, leading to a reverse affective abandonment and the possibility of civil reparation of the damages suffered by the abandoned elderly. The main objective is precisely to demonstrate that, in order for the number of elderly people abandoned by their family, without protection, to be reduced, it would be necessary to create specific legislation that would lead to such behavior, thus causing a fear of children

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

to be able to inhibit future dropouts. Despite the lack of such legislation, some rights of the elderly can be found in the Elderly Statute, the Federal Constitution of 1988 (which establishes the duty to care and care), as well as in the Civil Code. However, it is known that even with this gap, there is the possibility of children being civilly liable, through indemnity. It is not the duty to love or to feel affection that will be discussed, but rather the duty to take care of, to support the parents as a form of reciprocity, because as there is a presumption that the parents took care of their children when small, nothing would be more just as the opposite was also done, given the vulnerability of their parents in old age

Keywords: Affection. Abandonment. Inverse. Old man.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O idoso; 2. A evolução Histórica dos direitos dos idosos no ordenamento jurídico Brasileiro; 3. Abandono Afetivo; 4. Abandono Afetivo inverso; 5. Princípios que norteiam o Abandono Afetivo Inverso; 5.1 Dignidade da Pessoa Humana; 5.2 Afetividade; 5.3 Solidariedade; 6. Responsabilidade Civil; Considerações finais; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente tema abordado é de suma importância, pois, há, atualmente, um grande envelhecimento populacional, o que é preocupante, pois juntamente com esse envelhecimento, cresce também os números de idosos abandonados em abrigos, sem amparo familiar, seja no aspecto material ou no aspecto afetivo.Então, o presente trabalho disserta justamente sobre a necessidade dos pais idosos serem observados juridicamente com maior atenção, principalmente no que tange a indenização devida decorrente desse abandono, com intuito de inibir e punir tal conduta, reparação essa, fruto de uma interpretação da Constituição Federal de 1988, juntamente com o Estatuto do Idoso, e outras leis que serão discutidas a seguir.

Disserta também sobre a necessidade da criação de uma lei específica que aborde o tema, ou que as legislações que o preveem sejam dotadas de uma maior eficácia.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Ao longo do artigo é possível observar que com o passar do tempo os idosos foram obtendo mais direitos, principalmente com a Constituição de 1988, porém, no que tange à punição para os familiares que os abandonam, deixando-os sem amparo, não possui uma lei específica, se tornando, assim, uma lacuna legislativa, mas lacuna essa que precisa ser sanada, pois tem que haver uma legislação especifica para tal conduta, para que a punição seja mais observada, e a inibição da mesma, mais efetiva.

O que deve ser cobrado aos familiares desses idosos, é o dever de cuidar e não o de amar. Apesar disso, é importante destacar que o afeto é basilar para uma boa estrutura familiar, pois por essa razão é tão importante também para o direito de família, e a falta daquele pode acarretar aos idosos danos, sejam eles psicológicos ou a sua saúde.

Contudo, para melhor compreensão será discutido o conceito de idoso, a evolução histórica dos seus direitos no Brasil até os dias atuais, o abandono afetivo em si, o abandono afetivo inverso, os princípios que o norteiam, como também a responsabilidade civil para quem comete tal conduta.

O presente estudo foi feito através de revisão bibliográfica, onde foram coletadas informações através de artigos científicos, doutrinas e jurisprudências. Foram utilizados os métodos de abordagem e de procedimento, o dedutivo e o histórico, respectivamente.

1. O IDOSO

Antes de qualquer abordagem é necessário destacar o conceito de idoso, para poder assim, demonstrar como ele se encontra amparado pela legislação Brasileira.

Segundo a OMS[2], idoso, é aquela pessoa com 60 anos ou mais em países em desenvolvimento, como no caso do Brasil, e 65 anos ou mais em países desenvolvidos. Em consonância com o Estatuto do Idoso, Lei n°10.741, de 1° de outubro de 2003, a Política Nacional do Idoso (PNI), Lei n°8.842, de 4 de janeiro de 1994, também define idoso como pessoas com 60 anos ou mais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O envelhecimento, assim como a infância, são fases da vida que todos, ou quase todos estão submetidos, sendo que nessa fase, por possuir uma idade mais avançada, na maioria das vezes, os idosos não gozam da capacidade de fazer determinadas coisas sozinhos, merecendo dessa forma, alguns tipos de cuidados pelos seus familiares, e principalmente pelos seus filhos maiores.

Em decorrência do envelhecimento contínuo que ocasiona desigualdades sociais e econômicas, gera um desafio para a sociedade ao adotar e trazer a efetivação de políticas públicas de proteção, que visem, o respeito dos idosos e as suas necessidades. Buscando dessa forma, oferecer igualdade social a todos, principalmente, aos menos favorecidos. Mas, a tríade que sustenta o idoso e seus direitos e deveres, além do Estado, é composta, ainda, pela sociedade e pela família.

Por esse motivo, o idoso deve ser objeto de atenção não só por parte do Estado, mas, também pela sociedade, onde todos devem estar atentos aos cuidados ou tratos que o idoso recebe e, principalmente pela família, pois eles foram peças fundamentais na construção e identidade dos filhos, não sendo mais que justo então, que agora, em sua fragilidade, seja devidamente amparado.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS IDOSOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Brasil, ao longo da história, obteve sete Constituições, a primeira, foi outorgada em 1824, na qual se estabeleceram vários direitos e obrigações, porém, não estabeleceu nenhuma previsão no que tange ao direito dos idosos. A segunda Constituição foi a de 1891, também estabeleceu mais direitos que não foram previstos na anterior, entretanto, também foi omissa em relação aos direitos dos idosos.

A terceira foi promulgada em 1934, na qual foi a primeira a falar do idoso, em relação à previdência na velhice, a quarta constituição foi a de 1937, onde continuou com o déficit de previsão da tutela jurídica do idoso, pois apenas estipulou seguros de velhice, a quinta, de 1946, também se

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

limitou a questão de previdência social, da mesma forma aconteceu com a sexta, de 1967.

Observa-se que até então todas as constituições brasileiras aduziram apenas sobre direitos trabalhistas e previdenciários, em relação ao idoso, sendo omissas em relação aos direitos e garantias fundamentais dos idosos. Entretanto, a Constituição Federal de 1988, trouxe alguns direitos e garantias que são consideradas fundamentais para eles, buscando atender as necessidades básicas que todo idoso tem, com a finalidade de melhorar sua condição de vida, e garantir a sua dignidade.

Os artigos 229 e 230 da referida Constituição Federal, atribui ao Estado, a família e a sociedade a assistência e proteção dos idosos, ao aduzir que:

> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.
>
> Art.230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
>
> § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.
>
> § 2º aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

O texto constitucional reconhece a fragilidade e a necessidade de concretizar seus direitos, principalmente a igualdade e a dignidade. Apesar de, a constituição ter trazido em seu texto esses amparos aos idosos, como direito fundamental, ela por si só não é suficiente para a efetivação, como salienta Antônio Rulli Neto[3]:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto, expressamente, direitos e garantias fundamentais, mas, apesar disso, há a necessidade de vontade política para o implemento da norma-direcionamento das políticas públicas para a proteção do ser humano, sempre que não for autoaplicável o dispositivo constitucional ou no caso de depender de implementação de políticas públicas.

E por justamente precisar de amparo familiar, algumas leis protegem os direitos dos mesmos. Além da constituição em artigos já aduzidos anteriormente, tem-se também, no Código Civil (lei 10.406/2002) no artigo 1.696 que prevê o seguinte: "O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros". Nesse diapasão, o CC, traz aos pais, idosos, o direito receber a pensão alimentícia dos seus filhos, na mesma linha de raciocínio em que é devida aos filhos, menores.

O Estatuto do Idoso (lei 10.741/2003), no seu *artigo 3º, CAPUT, fala que:*

> *Art. 3. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito a vida, a saúde, a alimentação, a educação, a cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, a cidadania, a liberdade, a dignidade, ao respeito e a convivência familiar e comunitária.*

Pode-se observar que o Estatuto do Idoso, além de resguardar também o direito a pensão alimentícia, resguarda uma série de direitos ao idoso, inclusive "a dignidade, ao respeito e a convivência familiar". Dispõe também a mesma legislação, a cerca de integridade *e a saúde, tanto física como psíquica do idoso, no artigo 99, trazendo dessa forma, uma penalidade para quem expor a perigo e submete-los a condições desumanas.*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Além de essas legislações já esplanadas, pode-se observar por fim, que o idoso tem resguardo também no Código Penal, no artigo 244, onde trás de forma clara que:

> *Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Alterado pela L-010.741-2003) Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País (BRASIL, 1941).*

O Código Penal, assim como todas as outras leis citadas anteriormente prevê a obrigação dos filhos, de pagar uma pensão para seus pais, considerados idosos, segundo o Estatuto do Idoso, por possuírem uma idade igual ou superior a 60 anos, e caso não seja obedecido a tal norma penal, fixa uma pena de detenção de 1 a 4 anos juntamente com a pena de multa.

Dessa forma, vale ressaltar que além da Constituição Federal que prevê a obrigação dos filhos de ajudar ou amparar seus pais na velhice, como também defendendo a sua dignidade, o Estatuto do Idoso, também contribui para demonstrar a fragilidade dos idosos no cenário atual, com isso, é necessário ressaltar as responsabilidades civis e criminais alcançadas por essa inação de afeto, tão comum na sociedade atual, como prevê no Código Civil e no Código Penal.

3. ABANDONO AFETIVO

O abandono afetivo é um problema muito recorrente na sociedade, pois como constam em dados, a quantidade de crianças/adolescentes abandonadas pelos seus familiares, principalmente pelos pais, é significativa, porém, não é um problema atual, é um problema que vem se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

estendendo ao longo do tempo, e tal conduta, possui amparo na legislação. O menor tem o direito de ser assistido, criado e educado pelos pais.

No mundo jurídico, o abandono em questão seria quando os genitores deixam de exercer justamente esse dever de cuidado, agindo com indiferença afetiva.

Essa nomenclatura, dada ao abandono afetivo surgiu logo após um julgado onde a Ministra Nancy Andrigh[4], julgou um caso em que o pai não queria nenhum contato com sua filha, e é justamente casos como esse que ferem o dever de cuidado que os pais devem ter para com seus filhos, inclusive a Constituição e o Código Civil, preveem esses deveres expressamente.

A mera pensão alimentícia não supre os deveres dos familiares, nem tão pouco os isenta da condenação de tal conduta, pois além do valor em dinheiro para a manutenção do menor, resta comprovado que para o desenvolvimento do mesmo, é necessário também a assistência moral, como também a convivência e o afeto, e isso não pode ser substituído por uma mera quantia em dinheiro.

Porém, apesar do afeto não ser substituído por dinheiro, caso haja o abandono, os filhos podem requerer a condenação dos pais, através de dano moral, mas isso não significa que estaria dessa forma vendendo ou trocando o afeto por uma quantia, mas sim reparando os danos sofridos pelo filho, que foi abandonado, não somente os danos físicos, como também os psíquicos supostamente sofridos.

De acordo com alguns julgados recentes, que concederam indenização por abandono, teve como fundamento que o afeto e o carinho são deveres inerentes aos pais, que o seu cumprimento deve ser compensado, com a indenização proporcional com o dano que foi causado em decorrência da omissão do dever emanado pela lei, pois todo pai tem que manter a convivência familiar com seus filhos, como também sustentar, guarda-los e educa-los.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Com base no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aduz que:"Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.". Contudo, essa omissão do dever de cuidado não é somente dos pais para com seus filhos menores, mas também os filhos adultos que abandonam seus próprios pais, geralmente, idosos.

4. ABANDONO AFETIVO INVERSO

O abandono afetivo inverso é o abandono dos filhos para com os pais, geralmente, idosos, e os que mais precisam de cuidados, de acordo com a sua fragilidade.

O desembargador Jones Figueiredo Alves[5] (PE) define o abandono afetivo inverso como: "A inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos".

Para as autoras Viegas e Barros (2016)[6]: "A palavra "inverso" inserida no contexto do abandono se relaciona com a equação às avessas do binômio da relação paterno-filial, ou seja, os filhos devem cuidar dos pais idosos, assim como, os pais devem cuidar dos filhos na infância". (Viegas e Barros, 2016, p.21).

Como o abandono afetivo em questão se trata de ausência de vínculo afetivo entre os filhos para com os pais, há uma inação e essa conduta, do abandono, fere os artigos 229 e 230 da Constituição Federal, pois aduzem que:

> *Art. 229. "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade."*
>
> *Art. 230. "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida."*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Dessa forma, como podem ser observados nos artigos anteriores, os filhos, maiores, também tem o dever de ajudar e amparar os seus pais quando chegam a certa idade e não possuem condições de se manterem sozinhos, seja por conta da idade, por doença ou até mesmo carência.

5. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O ABANDONO AFETIVO INVERSO

No que concerne aos princípios constitucionais que norteiam o presente assunto, merecem destaque: o Princípio da dignidade da Pessoa Humana, Afetividade e Solidariedade.

5.1. Dignidade da Pessoa Humana

Esse presente princípio está expresso na Constituição Federal, no artigo 1º, III, é fundamental, pois garante ao indivíduo que tenha seus direitos respeitados, uma vida digna, que compreende o direito a saúde, moradia, alimentação e tantos outros. E é justamente de acordo com esse princípio que a constituição prevê no artigo 229 e principalmente, no artigo 230, que as famílias, a sociedade e o Estado tem o dever, de amparar as pessoas idosas, defendendo a sua dignidade e bem estar, inclusive garantindo-lhes o direito à vida.

Esse amparo resguardado nos artigos da constituição, não pode obrigar os filhos a terem afeto, a amarem seus pais idosos, mas tem o objetivo de educa-los, pois assim como é obrigação/dever dos pais darem auxilio tanto material quanto moral para seus filhos, também é dever dos filhos auxiliar seus pais na sua velhice, reciprocidade.

5.2. Afetividade

O afeto se tornou um princípio preconizado pela Constituição Federal de 1988 é o princípio que baseia e fundamenta o Direito da Família, pois traz consigo o comprometimento com os deveres de proteção e cuidado. A falta do afeto, do dever de cuidar determina a responsabilidade por omissão ou negligência, caracterizando-se como ato ilícito.

A partir disso, é necessário destacar que a ausência do afeto, pode gerar danos psicológicos, como salienta Rodrigues (2005, p.4[7]):

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> O convívio e relacionamento entre as pessoas, além de ser intrínseco a sua formação, ao seu desenvolvimento e, portanto, ao próprio envelhecimento, são fatores imprescindíveis a maturação física e psíquica do ser humano, ao falar-se em convívio e relacionamento, há que se realçar que eles se apresentam em diversos setores da vida, tais como na família, na comunidade, no trabalho, enfim, na sociedade em geral.

A maioria das famílias tem como base familiar, o afeto, base essa mais importante que um vínculo biológico, pois por diversas vezes, o afeto é muito mais importante e possui um peso maior. O afeto pode se traduzir no respeito que os membros da família têm um para com os outros, ajudando no que for necessário. Por isso, foi sob a luz desse princípio que se encontrou fundamentação para o Abandono Afetivo, o dever de cuidado dos pais para com seus filhos e dos filhos maiores, para com seus respectivos pais.

No caso dos idosos, o afeto familiar traz certa estabilidade, uma vez que nessa fase da vida há maior fragilidade e maior dependência. Esse presente princípio tem como finalidade uma maior fiscalização para com os direitos dos idosos, com o intuito de responsabilizar quem causar o abandono.

5.3 Solidariedade

Para definir esse princípio e demonstrar o motivo dele estar entre os princípios que norteiam o abandono afetivo inverso, se faz necessário mencionar que ele está diretamente ligado aos valores éticos do nosso ordenamento jurídico, compreendendo dessa forma a oferta de ajuda ao outro e a todos, o que é necessário em uma relação familiar, um sentimento recíproco, onde umas podem amparar as outras, principalmente nos momentos de carência e necessidade.

Para o mundo jurídico, o sentimento de solidariedade não é muito observado, mas o que é realmente relevante são as condutas que os indivíduos têm baseando-se nesse princípio. E foi justamente nesse

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

princípio em que o Estatuto do idoso se amparou, tornando dessa forma, o amparo e o cuidado aos idosos, como dever.

Contudo, pode-se concluir que esses três princípios são basilares para sustentar o abandono afetivo inverso, pois trazem consigo o dever de respeitar a dignidade do idoso, não é apenas porque eles chegaram a uma idade avançada, fase essa em que todos poderão chegar um dia, que eles merecem viver sua vida sem a devida dignidade.

O princípio da afetividade, justamente traz a ideia de que é necessário o dever de cuidado para com aquelas pessoas que em tese temos afeto, dependendo ou não do vínculo biológico, além do que pressupõe que na maioria das vezes foi aquela pessoa que hoje se encontra com a idade avançada, que deu educação, afeto, uma vida digna para seus filhos quando crianças, e seria uma forma de retribuição, na velhice ampará-los, e não abandoná-los. E por fim, mas, não menos importante, a solidariedade para com os idosos, principalmente quando há a necessidade.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um instituto que obriga o indivíduo a reparar o dano por ele causado, a outrem, podendo ser moral ou material.

De forma breve e sucinta destaca Maria Helena Diniz:

> A responsabilidade civil introduz a aplicação de medidas que impõem como dever de uma pessoa reparar o dano, seja ele na modalidade moral ou patrimonial, causado a outrem, cujo motivo seja ato o qual ela própria praticou; atos praticados por outra pessoa pela qual ela responda como cuidadora; por coisa que lhe pertença; ou, caso venha a ocorrer, derivada de uma simples imposição ilegal. Tal definição guarda em seu espojo teórico o importante significado de culpa, que cogita da existência do ilícito em um caso, outrora também pode vir a ocorrer a possibilidade de um risco cuja prova da culpa não é

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> necessária para responsabilizar o indivíduo. (DINIZ, 2014, p. 49)

O Código Civil aduz que, aquele que causar dano a outrem, através de ato ilícito, fica obrigado a repará-lo.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 23) entendem que constitui elementos da responsabilidade civil: a conduta humana (podendo ser a positiva ou negativa, o fazer ou não fazer); o dano sofrido; e o nexo de causalidade entre a conduta praticada ou não, e o dano/prejuízo causado.

Além desses posicionamentos, é necessário destacar que a responsabilidade civil se divide em: objetiva, que é aquela que não depende da culpa do agente, já a subjetiva exige alguns pressupostos, que traz o Código Civil no artigo 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.".

Portanto, é necessário observar a responsabilidade civil subjetiva dos filhos que abandonam seus pais, idosos, para se definir a indenização pelos danos sofridos por eles.

Em relação ao dano causado, pode-se definir da seguinte forma:

> Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral (CAVALIERI F.º, 2005, p. 95-96[8]).

Existem dois tipos de dano, o material que atinge a esfera patrimonial do indivíduo, e dessa forma, pode-se medir a extensão do dano e o dano moral, que atinge a esfera pessoal do indivíduo, não sendo possível, dessa forma, medir a sua extensão, e para responsabilizar quem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

causou o dano, será de responsabilidade do juiz, de forma equitativa, analisando o caso concreto.

E no que tange ao abandono afetivo inverso, o idoso pode sofrer muito com a inação do afeto, dano esse que é impossível medir, pois não há como saber o sofrimento do idoso, sem amparo, e tendo que se deparar com a solidão, porém, o juiz deverá analisar o caso concreto, tomando como base a circunstância em que vive o idoso, buscando a reparação devida.

Sendo necessário frisar mais uma vez que os filhos não devem ser responsabilizados por não amar, por não ter afeto pelos seus pais, e sim pela falta do dever de cuidado.

O artigo 229 da Constituição, muito mencionado no presente artigo, aduz que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice. Percebe-se que no descumprimento de tal dispositivo, irá recair sobre os filhos o dever de indenizar.

De acordo com Maria Berenice Dias, a ideia de indenização é muito importante, pois visa evitar o surgimento de novas ações ou omissões que possa restringir a dignidade da pessoa humana, tendo como caráter inibitório.

Outro ponto muito importante que merece destaque é que, apesar de encontrar amparo na Constituição Federal de 1988, no Código Civil, Estatuto do Idoso, Código Penal, conforme já salientado, o abandono afetivo inverso não possui uma lei específica que regulamente esse tema.

Contudo, a responsabilidade civil de quem comete tal conduta, será demonstrada com a efetivação do dano. De acordo com Pablo Stolze, "A responsabilidade Civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária a vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas" (GAGLIANO, 2012, p. 53).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

E no que tange ao abandono afetivo inverso, é complicado ou quase impossível "repor in natura" o estado anterior das coisas, por esse motivo, é que se pode falar em pleitear indenização, indenização essa que possui caráter punitivo, pedagógico, além de inibitório como salientado anteriormente.

Não se pode dar preço ao afeto ou a falta dele, na exata medida que o amor é uma celebração permanente de vida, uma realidade espontânea, porém, o abandono moral e material, pode ser definido em níveis de quantia para a devida indenização. Os parâmetros é o caso concreto de acordo com a vida dos envolvidos, sinalizando uma reparação civil adequada e necessária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que já foi exposto, percebe-se que o afeto é muito importante para o direito de família, principalmente no que diz respeito ao tema em questão, pois os idosos com idade avançada ou que, além disso, são portadores de alguma doença, ou seja, que são vulneráveis, necessitam de afeto, carinho, atenção, cuidado, enfim, do amparo de sua família, principalmente dos seus filhos, além do amparo material. E, por isso, a inação desse afeto pode causar aos idosos pioras na sua saúde, tristeza profunda, e outros inúmeros danos psicológicos que interferem na saúde dos mesmos, por isso é um assunto de grande importância e deve ser observado com muito cuidado, para que não os deixem desamparados em situações de abandono.

Faz-se necessário destacar que foi a partir da proposta de indenização devida ao abandono afetivo, que se cogitou a possibilidade de indenizar também os casos de abandono afetivo inverso, com a intenção de reparar a dor e o sofrimento dos idosos que se encontram nessa situação, bem como inibir novas condutas, ou seja, da mesma forma que é passível de indenização quando os pais abandonam seus filhos menores, deixando-os sem amparo, devem ser responsabilizados também, os filhos maiores, que abandonam seus pais na velhice, pois deve ser utilizado da interpretação analógica, dependendo do caso concreto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Como foi salientado diversas vezes no decorrer do presente artigo, o idoso em si, encontra amparo em diversas legislações, mas além de todas essas previsões, há uma ausência de uma legislação específica no que tange ao abandono afetivo inverso, em lei. Porém, sabe-se que mesmo com essa lacuna, há a possibilidade dos filhos serem responsabilizado civilmente, através da indenização.

Entretanto, o número de idosos abandonados em casas geriátricas, asilos, ou até em situações desumanas, ainda é grande, demonstrando assim, que as legislações mencionadas, no que tange a esse assunto, não são tão eficazes como deveriam ser.

Para que essa indenização devida obtenha uma maior eficácia no seu objetivo, que é o caráter punitivo, pedagógico e inibitório, seria necessário, assim como em todos ou quase todos os casos do ordenamento jurídico Brasileiro, a melhora na fiscalização para que as mencionadas legislações conseguisse levar às pessoas, principalmente a tríade, a sensação de temor, causando assim a inibição do abandono.

Para os idosos, essa dor de ser abandonado, rejeitados pelos seus filhos, que em tese, no passado deu muito amor, e fez de tudo por eles, é irreparável, gerando um sentimento de tristeza, desgosto da própria vida, muitas vezes. Essa dor sentida pelos idosos não possui valor econômico, mas é necessária a responsabilização dos filhos, para que tal conduta gere uma reparação como forma de punição, e servindo como inibição de novos casos na sociedade.

Diante de todo o exposto, resta afirmar que o presente trabalho teve como finalidade explorar o presente tema, sem esgotá-lo. Demonstrando que quem pratica a conduta do abandono afetivo inverso, deve ser responsabilizado, de acordo com o caso concreto, analisando a dimensão do dano causado ao idoso. Como também salientar que o presente tema já deveria ter mais abrangência, para que dessa forma seja levado mais a sério, e seja observado por mais pessoas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ALVES, Renata Maria. **O Idoso no ordenamento jurídico Brasileiro**. Disponível em: Acesso em: 18 de Outubro 2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6022: Artigo em publicação periódica científica impressa - Apresentação.** Rio de Janeiro. 2003.

BRASIL, LEI nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, janeiro 2002. Disponível em: Acesso em: 12 de Outubro de 2018.

BRASIL, LEI nº 8.842, de 4 de Janeiro de 1994. **Política Nacional do Idoso.** Brasília, DF, janeiro 1994. Disponível em: . Acesso em: 08 de Novembro de 2018.

BRASIL, LEI N°10.741, de 1° de Outubro de 2003. **ESTATUTO DO IDOSO.** Brasília, DF, Outubro 2003. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741compilado.htm > Acesso em: 5 de Agosto de 2018.

BRASIL, LEI nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Brasília, DF, julho 1990. Disponível em: . Acesso em: 7 de Setembro de 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: . Acesso em: 1 de Outubro.

BRASIL, LEI Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal.** Rio de Janeiro, RJ, Dezembro 1940. Disponível em: . Acesso em: 30 de Outubro de 2018.

CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13ªed. São Paulo. Atlas. 2018.

DINZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 5 v.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil.**13ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

IBDFAM. Abandono

afetivo inverso pode gerar indenização. Disponível em:

Acesso em: 1 de Setembro de 2018.

RULLI, Antônio Neto. **PROTEÇÃO LEGAL DO IDOSO NO BRASIL**. SÃO PAULO. Fiuza Editores. 2003.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **ESTATUTO DO IDOSO**: aspectos teóricos, práticos e polêmicos e o Direito de Família. Disponível em: Acesso em: 22/10/2018

SAÚDE, **Organização Mundial** de. Disponível em: . Acesso em 12 de Out. de 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, ***Marília Ferreira de.Abandono Afetivo Inverso: O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado por Parte da Prole.*** *Disponível em:<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610> Acesso em:08 de Novembro.*

NOTAS:

[1] Especialista em direito Empresarial. Professora da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina – FACAPE. *E-mail:*.waniamedrado@yahoo.com.br, endereço: Avenida Sebastião de Almeida Branco, número 100, Quadra D, lote 10-A, Bairro Pedra do Lord, Condomínio Assunção de Maria, Juazeiro-Ba. CEP n. 48.901-340.

[2] OMS: Organização Mundial de Saúde. Disponível em: .

[3] RULLI, Antônio Neto. PROTEÇÃO LEGAL DO IDOSO NO BRASIL. SÃO PAULO. Fiuza Editores.2003.

[4] Ministra Fátima Nancy Andrighi, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgado de 2012.

[5] Diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[6] VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, ***Marília Ferreira de.*****Abandono Afetivo Inverso: O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado por Parte da Prole.** Disponível em:<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610> Acesso em:08 de Novembro.

[7] RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. ESTATUTO DO IDOSO: aspectos teóricos, práticos e polêmicos e o Direito de Família. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/36.pdf> Acesso em:08 de Outubro de 2018.

[8]CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13ªed. São Paulo. Atlas. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

UMA ANÁLISE DO TRABALHO ESCRAVO NO ESTADO DO TOCANTINS.

ALANNA RODRIGUES CAVALCANTE:
Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins

RESUMO: O presente trabalho tem como tema a análise do trabalho escravo no estado do Tocantins, que não e caracterizado por uma simples infração trabalhista, e sim, um crime contra a dignidade da pessoa humana. A presente temática mostra-se relevante, uma vez que no estado do Tocantins existe uma alta reincidência de demandas trabalhistas face ao trabalho escravo.Tem-se como objetivo identificar qual o conceito atual de escravidão, características e com qual frequência esse tipo de "trabalho" vem acontecendo no estado. Bem como destacar os principais projetos no Tocantins como escopo para erradicar a escravidão.

Palavras-chaves: Dignidade da Pessoa Humana; Escravidão; Tocantins; Trabalho Escravo.

ABSTRACT: The present work has as its theme the analysis of slave labor in the state of Tocantins, which is not characterized by a simple labor infraction, but a crime against the dignity of the human person. The present theme is relevant, since in the state of Tocantins there is a high recidivism of labor demands in relation to slave labor. The objective is to identify the current concept of slavery, characteristics and how often this type of " work "has been happening in the state. As well as highlighting the main projects in Tocantins as a scope to eradicate slavery.

Keywords: Dignity of the Human Person; Slavery; Tocantins; Slave work.

Sumário: 1. Introdução. 2. Síntese histórica. 3. A escravidão contemporânea e sua exploração. 4. O desenvolvimento de instrumentos de controle, prevenção e repressão ao trabalho escravo. 5. Uma breve análise sobre o trabalho escravo no Estado do Tocantins. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Mesmo com leis que defendam o trabalhador e que lhes garantam um trabalho decente, o trabalho análogo ao de escravo continua acontecendo e no estado do Tocantins acontece de forma latente. O indivíduo é obrigado a trabalhar forçadamente em expedientes desgastantes sem possibilidade de deixar o local, limitado de sua liberdade, sem nenhum vínculo empregatício ou anotação em CTPS.

A manutenção do trabalho escravo contemporâneo se dá por meio de dois aspectos: o primeiro deles gira em torno da impunidade de crimes que violam direitos e garantias individuais, aproveitando-se da carência de milhares de brasileiros que, deixam-se enganar por promessas fraudulentas em busca de um emprego, e, no segundo estão os empregadores visando a potencialização dos lucros, que explora essa mão de obra.

O trabalho escravo atualmente pode ter várias características que é facilmente percebível como: ausência de vínculo empregatício, jornada de trabalho exaustiva, ausência de regulamentação, trabalho forçado, condições degradantes, servidão por dívida, acomodação subumana (sem saneamento básico, água potável etc.), alimentação precária, desprezo dos direitos humanos e falta de condição de higiene.

O Tocantins chama atenção por ser um dos estados com mais flagrantes de trabalho escravo no Brasil, e, teve destaque no ranking da lista suja com a quarta colocação, em 2010.

Será objeto do presente artigo uma abordagem do crime de reduzir pessoas à condição análoga a escravo no estado do Tocantins. Para tanto, será apresentando o contexto histórico da evolução e transformação da prática de escravizar pessoas, com a finalidade de situar o assunto no tempo. Posteriormente, ter-se-á uma conceituação do tema abordado, e será apresentada, ainda, a legislação vigente acerca do tema, além de demonstrar as dificuldades enfrentadas para abolir definitivamente a escravidão principalmente no estado.

2. SÍNTESE HISTÓRICA

Para entender o trabalho escravo é necessário estudar a sua história e analisar suas raízes. Assim, podendo aprender com os erros do passado e fazer as mudanças necessárias para o futuro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

A escravidão é perpetrada há muito tempo na história da humanidade e ainda hoje o trabalho em condições análogo ao de escravo e um dos principais problemas nas relações trabalhistas no Brasil.

O trabalho escravo no Brasil foi iniciado com a exploração dos indígenas. A mão de obra indígena era utilizada principalmente nos engenhos de açúcar. Mas foi utilizada por um determinado tempo, somente até a metade do século XVII, o motivo dos índios terem sido escravizados por pouco tempo foi que a maioria não aguentava todo o trabalho e chegaram a morrer em decorrência desse fato, alguns índios se recusavam a trabalhar como escravos e os Jesuítas não eram a favor da escravização dos índios, pois tinha o interesse de catequizá-los.

> Já os índios que não conseguiram fugir ou morrer viveram a dualidade da proteção que esmaga: os jesuítas quebraram as correntes de seus punhos, mas ao preço de envolver uma cruz em seus pescoços. Na troca dos deuses, perderam-se as línguas, os cantos, as danças, as crenças e os valores. (VIANA et al. 2008, p.200)

Como os portugueses não tiveram muito sucesso na utilização dos índios como escravos, passaram a usar os negros trazidos em navios negreiros ao Brasil como mão de obra escrava.

Os negros eram usados em diversos tipos de atividades, trabalhavam em casas de família, serviços nas fazendas e na lavoura. Não tinha as condições básicas necessárias para viver e também eram utilizados como mercadorias, poderiam ser vendidos ou trocados.

> Os negros, em princípio, submeteram-se ao domínio e desmandos dos senhores de engenho, mas, com passar dos tempos, alguns se rebelavam e fugiam para os quilombos, comunidades essas fortemente vigiadas pelos negros fugitivos, localizadas em matas cerradas, sendo de difícil acesso até para os capitães do mato que os perseguiam. (SIQUEIRA, 2010, p.129)

Mesmo após a abolição da escravatura em 1888 a escravidão continuou de forma muito evidente, mesmo com muitas denúncias na época, não era admitido que no Brasil ainda tivesse trabalho escravo. Na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

década de 70 surgiram alguns movimentos sociais e assim a luta contra o trabalho escravo foi ganhando mais força.

Somente com a revolução industrial no século XVIII que foi criado o direito do trabalho. A criação foi em decorrência do rápido crescimento do capitalismo, assim fazendo-se necessário a criação de lei específica que assegurasse o direito dos trabalhadores e que também protegesse o interesse dos empregadores. A história do direito do trabalho foi criada por diversos marcos, o doutrinador Mauricio Godinho Delgado destaca um dos mais importantes:

> Um desses marcos fundamentais está no "Manifesto Comunista", de Marx e Engels, em 1848. Outro dos marcos que muitos autores tendem a enfatizar está, em contrapartida, na Encíclica Católica RerumNovarum, de 1891. Um terceiro marco usualmente considerado relevante pelos autores reside no processo da Primeira Guerra Mundial e seus desdobramentos, como, por exemplo, a formação da OIT — Organização Internacional do Trabalho (1919) e a promulgação da Constituição Alemã de Weimar (1919). (2016, p. 98)

Em 1995 o governo brasileiro reconheceu a existência de trabalho escravo no país e, assim, começou a tomar medidas necessárias para erradicá-lo. Algumas das medidas tomadas foram a assinatura de tratados e convenções internacionais se comprometendo a combater o trabalho escravo no país. Algumas das principais convenções foram:

> Convenção suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956: ratificadas pelo Brasil em 1966, estabelecem o compromisso de seus signatários de abolir completamente a escravidão em todas as suas formas; Convenção no 29 sobre o Trabalho Forçado ou obrigatório (1930) da OIT: ratificada pelo Brasil em 1957, estabelece que os países signatários se comprometem a abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível(...)Convenção Americana sobre Direitos Hu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> manos (Pacto de são José da Costa rica) de 1969: ratificada pelo Brasil em 1992, no qual os signatários firmaram um compromisso de repressão à servidão e à escravidão em todas as suas formas (...)Declaração da
> Conferência das nações Unidas sobre o Ambiente Humano ou Declaração de Estocolmo de 1972, cujo 1º princípio estabelece que: "o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas num meio ambiente de tal qualidade que lhe permita levar uma vida digna de gozar do bem-estar" (MANUAL DE COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇOES ANÁLOGAS ÁS DE ESCRAVO, p10)

Alguns fatores pesaram para a criação do direito do trabalho no Brasil, como o compromisso firmado no ano de 1919 com a OIT em seguir leis trabalhistas. Outro fator que teve extrema importância foi o movimento dos operários no início de 1900.

Mas foi com a criação Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 que trouxe um grande um impulso para o direito do trabalho, causando grandes mudanças e trazendo um modelo jurídico brasileiro mais democrático. Essa evolução trazida pela constituição foi de grande importante ao direito do trabalho, pois dava mais visibilidade ao papel da negociação coletiva e ao direito individual de cada pessoa.

Foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que trouxe importantes garantias ao combate do trabalho escravo como a garantia da dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos, os valores sócias do trabalho, a garantia que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, redução das desigualdades regionais e sociais e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

3. A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA E SUA EXPLORAÇÃO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Um dos grandes problemas para o estudo do trabalho escravo contemporâneo e a sua conceituação e a definição das suas características, por ser uma prática mascarada e ilícita. O escritor Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé, define o Trabalho escravo como:

> Aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar a sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimento físico e moral, que vai desde a deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse mesquinho de ampliar os lucros às custas da exploração do trabalhador. (2001, p.16)

Mesmo com passar de todos os anos do surgimento da escravidão, ainda existe a exploração do ser humano. A pessoa é obrigada a trabalhar de forma forçada em expedientes desgastantes sem possibilidade de deixar o local, sem nenhum vínculo empregatício ou anotação na carteira de trabalho e previdência social.

O trabalho realizado em condição análoga à de escravo é ainda um dos principais problemas que assolam as relações de trabalho de nosso país. Como o passar dos anos foram surgindo novas formas de escravizar as pessoas. O autor Sérgio Paulo Moreyra explica sobre o tema:

> Como a escravidão, tal como é entendida regularmente, está proibida em basicamente todos os países, surgem formas de dissimulação que causam efeitos talvez menos escandalosos ou ostensivos, mas resultam na prática em formas muito semelhantes. Existem muitas maneiras de impedir que um trabalhador exerça seu direito de escolher um trabalho livremente ou, ainda, que abandone seu emprego quando julgar necessário ou conveniente. O processo mais comum e conhecido é o da "servidão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> por dívida", que afeta milhões de trabalhadores no mundo inteiro" (1999 , p.44)

O caminho mais comum que leva a escravidão no Brasil atualmente já e bem conhecido: necessidade, busca de emprego, falta de oportunidade e promessas fraudulentas. Isso não quer dizer que esse é o único caminho que leva à escravidão no Brasil, mas é uma dos mais comuns e utilizados.

O trabalho escravo tem várias características e as mais aceitas pelos estudiosos do tema são: ausência de vínculo empregatício, jornada de trabalho exaustiva, não ser regulamentado por lei, trabalho forçado, condições degradantes, servidão por dívida, acomodação sub-humana, alimentação precária, desprezo dos direitos humanos, falta de condição de higiene.

Não é pacifica a caracterização do trabalho escravo visto que isso envolve diversos fatores e acaba sendo um obstáculo para o combate dessa pratica.O atlas do trabalho escravo no Brasil define quais são as características dos escravos no Brasil atualmente:

> É um migrante maranhense, do Norte de Tocantins ou oeste do Piauí, de sexo masculino, analfabeto funcional, que foi levado para as fronteiras móveis da Amazônia, em municípios de criação recente, onde é utilizado principalmente em atividades vinculadas ao desmatamento. (...) trabalho escravo em outras regiões – principalmente no Centro-Oeste e Nordeste - e em outros setores, mas o perfil acima referido é decididamente majoritário. Há, pelo menos, vinte municípios com alto grau de probabilidade de trabalho escravo localizados nas regiões de fronteira na Amazônia brasileira. Nestas áreas, coincidem a queima 13 de madeira para a fabricação do carvão vegetal, as altas taxas de desmatamento, o trabalho pesado de destoca para formação de pastagem e atividades pecuárias nas glebas rurais ocupadas. (2009, p. 12 e 13)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O Brasil tem ganhado um papel de destaque quando o assunto é combater o trabalho escravo, mesmo com a grande incidência no país. Patrícia Trindade Maranhão Costa ressaltou esse ponto em sua obra.

> Nos últimos 15 anos, desde a criação, em 1995, de uma comissão interministerial para coordenar ações de combate ao trabalho escravo, o Brasil vem dando respostas ao problema com vigor e determinação. Para isso, foram envolvidas diferentes instituições governamentais, organizações de empregadores e de trabalhadores, organizações da sociedade civil, a mídia, a academia, entre outros. Muitas das medidas tomadas são criativas e únicas, mostrando a necessidade dar passos ousados para lidar com essa severa violação dos direitos humanos, que pode ser difícil de identificar e ainda mais difícil de punir em áreas tão remotas. (2010, p.5)

Segundo Patrícia Trindade Maranhão Costa um dos motivos que o número de trabalho escravo não diminua no Brasil e:

> A precária situação econômica pressiona a família que, sem condições de manter todos os membros, transforma a procura por trabalho em outros lugares uma necessidade. Partir não resolve o problema, mas ficar também não ajuda, pois não há oferta de emprego suficiente, sobretudo no meio rural da Região Nordeste, normalmente assolada pela seca. (2010, p. 101).

Além de se identificar o trabalho escravo no campo é possível identificar na cidade. O processo entre os dois são muito parecidos, quase sempre os trabalhadores sendo aliciados com esperança de uma boa oportunidade de emprego e não conseguindo sair do ciclo vicioso que é criado pelo trabalho escravo.

Muitos daqueles que se submetem ao trabalho análogo à escravidão estão nessa situação por causa da busca frenética por lucro do empregador,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

mas valor social do trabalho exerce um relevante papel que evitar a selvageria do mercado, para que nada sobreponham sobre o direito fundamental da pessoa humana, sobretudo, os direitos do trabalhador.

O aumento da competição e da globalização do mercado é uma das barreiras para o combate do trabalho escravo contemporâneo, pois para muitos empresários se torna um atrativo submeter um trabalhador à condições desumanas para ter um retorno financeiro maior. Esses trabalhadores são obrigados a trabalhar por horas, ter uma produção de larga escala, mesmo nosso modelo normativo não admitindo que seja tirando os direitos básicos do trabalhador e nem a proteção do direito social.

4. O DESENVOLVIMENTO DE INSTRUMENTOS DE CONTROLE, PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO TRABALHO ESCRAVO.

No âmbito internacional os esforços para combater o trabalho escravo começaram no século XIX. Em 1926 ocorre a importante convenção sobre o trabalho escravo em Genebra. Nessa convenção foram tomadas importantes medidas para o combate a escravidão no mundo. O artigo primeiro da convenção estabelece:

> 1º A escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade;O tráfico de escravos compreende todo ato de captura, aquisição ou sessão de um indivíduo com o propósito de escravizá-lo; todo ato de aquisição de um escravo com o propósito de vendê-lo ou trocá-lo; todo ato de cessão, por meio de venda ou troca, de um escravo adquirido para ser vendido ou trocado; assim como em geral todo ato de comércio ou de transportes de escravos.

No artigo 2º da convenção trata:

> As Altas Partes contratantes se comprometem, na medida em que ainda não hajam tomado as necessárias providências, e cada uma no que diz

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> respeito aos territórios colocados sob a sua soberania, jurisdição, proteção, suserania ou tutela:
>
> a) a impedir e reprimir o tráfico de escravos;
>
> b) a promover a abolição completa da escravidão sob todas as suas formas progressivamente e logo que possível.

A lei áurea entrou em vigor no Brasil em 1888, supostamente extinguindo a escravidão, porém a prática ainda ocorre no País. Atualmente o trabalho escravo e considerado um crime grave. A pena prevista na legislação e de dois a oito anos, multa e pena adicional se necessário conforme a previsto na lei.

A crescente globalização no mundo traz mudanças significativas para o sistema capitalista, mas nenhum motivo como o capitalismo ou o crescimento do empreendedorismo pode custar os direitos básicos e os direitos sociais do trabalhador.

A constituição da república federativa do Brasil de 1988 nos seus artigos primeiro, sexto e sétimo traz alguns dos principais direitos que foram adquiridos pelos trabalhadores.

> **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania;
>
> II - a cidadania
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V - o pluralismo político.

O artigo sétimo da CRFB traz alguns direitos aos trabalhadores urbanos e rural visando à melhoria da sua condição social como: seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais; gozo de férias anuais remuneradas e aposentadoria.

O artigo 149 do código penal brasileiro trata do tema do trabalho escravo. Mas esse assunto não é tratado no artigo de forma estrita, o artigo também trata da jornada de trabalho exaustiva e das condições degradantes.

É necessário analisar cada caso particular para saber definir quando uma atividade laboral será considerada como trabalho escravo, jornada de trabalho exaustiva ou somente condições degradantes.

> Artigo 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalhando, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
>
> Pena- reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência
> § 1º. Nas mesmas penas incorre quem: I- cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho
> II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.
>
> § 2º. A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra a criança ou adolescente
> II – por motivo de preconceito de raça, cor etnia, religião ou origem.

O artigo 149 do Código Penal Brasileiro amplia o conceito de proteção à dignidade da pessoa humana, acompanhando o processo mundial de proteção a esse princípio. Visto que, submeter uma pessoa ao

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

trabalho escravo fere a dignidade da pessoa humana que é um princípio absoluto constitucional. O autor Ingo Wolfgang Sarlet define o conceito de dignidade da pessoa humana:

> A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos(2002 , p.62)

A "lista suja" foi uma ferramenta criada em 2004 para o combate do trabalho escravo, que consiste em uma lista que tem os empregadores que submeteram trabalhadores a condições equiparadas ao trabalho escravo. Reportagem publicada no *site* oficial do senado brasileiro explica pontos importantes sobre a lista suja:

> O Estado brasileiro conta com outra arma poderosa no combate ao trabalho escravo: o Cadastro de Empregadores flagrados utilizando mão de obra em condições análogas à escravidão. Também conhecido como Lista Suja, o cadastro, mantido pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Emboranão tenha sido criado por uma lei, mas pela portaria 540 do MTE, de outubro de 2004, o instrumento visa impedir que os proprietários incluídos na Lista Suja recebam financiamentos públicos. Também mancha a credibilidade das empresas e produtores cujos nomes ficam estampados na relação, que pode ser acessada no site do MTE, junto com os CPFs e CNPJs dos infratores, além do número de trabalhadores resgatados em cada propriedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Há uma controvérsia em relação à lista suja, para muitos estudiosos ela e supostamente ilegal. Os empregadores alegam que sofrem muito constrangimento quando têm seus dados vinculados a lista suja e que essa vinculação traz grandes perdas financeiras e perdas de clientes. O assunto é tratado pelo Advogado Mateus Bender:

> As Portarias do MTE que divulgam as condenações por trabalho escravo foram alvo de muitas críticas pelas empresas, principalmente pela simplicidade do procedimento de defesa que não garantia a apresentação de todos os argumentos de defesa necessários e recursos para combater as alegações da fiscalização do trabalho. Além disso, alegam a ausência de lei que prevê a existência da "lista suja" ou de regras sobre as penalidades e procedimentos administrativos específicos.

Além da Portaria número 504 do Ministério Do Trabalho e Emprego, também foi criada a portaria 1.150 de 18 de novembro de 2003 ministério da integração nacional, que faz uma recomendação aos órgãos financeiros que não forneçam benefícios as pessoas físicas ou jurídicas que estiverem na lista suja. O ministério dos direitos humanos explica também:

> É vedado financiamento público a pessoas físicas e jurídicas que são condenadas administrativamente por exploração de trabalho escravo. A inclusão do nome do infrator no Cadastro ocorrerá após decisão administrativa final relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos ao trabalho escravo.

Esta portaria indica que seja encaminhada semestralmente aos bancos administradores dos Fundos Constitucionais de Financiamento, que trabalhem com relação aos Fundos Regionais, relação de empregadores e de propriedades rurais, que submetam trabalhadores à formas degradantes de trabalho ou que os mantenham em condições análogas ao de trabalho escravo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Quando um empregador submete seu empregado a trabalhos análogos ao de escravo está violando diversas leis e tirando diversos direitos básicos do trabalhador.

Algumas dessas infrações trabalhistas são, por exemplo: Admitir ou manter empregado doméstico sem o respectivo registro eletrônico no Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas – eSocial; admitir empregado que não tem carteira de trabalho e previdência social; não assinar a carteira de trabalho e previdência social do empregado admitido; pagar salário inferior ao salário-mínimo vigente; deixar de depositar mensalmente o percentual referente ao FGTS; deixar de fornecer ao trabalhador equipamentos de proteção individual; manter áreas de vivência que não possuam condições adequadas de conservação e higiene; manter o trabalhador sob condições contrárias as disposições na lei de proteção ao trabalhador; submeter o trabalhador ao regime de trabalho forçado e condições degradantes de trabalho.

Por isso o direito do trabalho promove o controle e a fiscalização das relações de trabalho, pois o capitalismo cada dia mais visa à redução dos custos e sempre quer o maior número de produção.

As leis trabalhistas não têm o objetivo de desestimular o empreendedorismo no Brasil, somente estão garantindo os direitos dos trabalhadores, pois eles são os que estão em uma situação de vulnerabilidade na relação de emprego.

5. UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O TRABALHO ESCRAVO NO ESTADO DO TOCANTINS.

O Estado do Tocantins possui uma comissão própria destinada à erradicação do Trabalho Escravo, que foi sancionada pelo Decreto 3.018, de 27 de abril de 2007. ACoetrae/TO tem grande importância pelo papel desenvolvido no estado com grandes iniciativas como campanhas, blitz e algumas audiências públicas, visando cumprir o compromisso de erradicação do trabalho escravo.

No ano de 2016 o estado do Tocantins assinou por intermédio do Coetrae/TO o pacto federativo para a erradicação do trabalho escravo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Além do Tocantins mais quinze estados assinaram esse pacto entre eles o Maranhão, Bahia, Paraíba, Pará, mato grosso do sul etc.

Também foi proposto na Assembléia legislativa do Estado do Tocantins como medida para acabar com trabalho escravo o projeto de lei estadual número 67/2013 que trata sobre a cancelamento da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à circulação de mercadorias (ICMS), daquelas empresas que façam uso de trabalho escravo, mesmo que indiretamente.

Em 2006 foi sancionada no estado do Tocantins a lei a Lei n. 1.726, de 11 de setembro de 2006 que lei proíbe que o estado faça qualquer vínculo comercial com empresas que tenha algum tipo de envolvimento com o trabalho análogo ao de escravo.

De acordo com o levantamento da cartilha "O Tocantins Contra o Trabalho Escravo – CPT & Parceiros da Comissão Estadual 'De Olho Aberto' só em 2001, foram registradas 199 denúncias.

A cartilha divulga que, entre os denunciados na lista suja, de 2002 a outubro de 2010, um dos listados já foi ministro da agricultura, cinco já passaram pelo senado e também um desembargador. Nesse período 0,76% relacionavam-se com a atividade pecuária (serviços de limpeza de pasto, construção de cercas etc.) 10% com lavoura de grão (soja, cana), 8% com carvoaria, 6% com outros serviços.

O Plano Estadual Para A Erradicação Do Trabalho Escravo No Tocantins – PEETE/TO, e um aliado ao combate desta prática no Estado. Assinado pelo então governador, Marcelo Miranda, são propostas para erradicar o trabalho forçado queveio com o objetivo de prevenção, proibindo o elo entre Estado e empresas que realizam a prática do trabalho escravo junto à lei n.1.726, de 11 de setembro de 2006.

Compete a Comissão de Erradicação do Trabalho Escravo do Estado do Tocantins - COETRAE/TO a gestão e monitoramento deste Plano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> O PEETE/TO propõe os seguintes Princípios que devem nortear o seu processo de desenvolvimento e implementação:
>
> a) da Dignidade da Pessoa Humana;
> b) da Transversalidade;
> c) da Descentralização;
> d) da Gestão democrática.

Percebe-se que dentre os objetivos aqui apresentados, o que se tem como escopo é que o ser humano tenha um sadio ambiente de trabalho, e que isso, automaticamente, reflita em sua qualidade de vida como um todo.

Atualmente o Estado conta com o programa Cadastro de Empregadores - "Lista Suja" que e um trabalho conjunto do ministério do Trabalho e Emprego, secretaria de direitos humanos e da presidência da república por intermédio da CONATRAE, foi publicada a portaria interministerial número 2º de 12 de maio de 2011 que por meio dessa lista que e chamada de "lista suja "que faz uma relação de empregadores lista que tenham submetido os trabalhadores a condições subumanas.

A CONATRAE tem sede instalada nos estados de: Tocantins, São Paulo, Rio grande do Sul, Rio de Janeiro,Piauí,Para, Mato Grosso, Maranhão e Bahia.

A CONATRE/TO é composta por diversos órgãos como: Secretaria da Agricultura, Secretaria da Educação, Secretaria da Juventude e dos Esportes, Secretaria da Segurança Pública do Estado, Secretaria do Trabalho e da Assistência Social; Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Federação da Agricultura e Pecuária do Estado do Tocantins – FAET, Polícia Rodoviária Federal, Procuradoria da República, Tribunal Regional do Trabalho – TRT, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra.

O 2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo foi aprovado em 2008 e tem como objetivo:

> Escravo foi produzido pela Conatrae – Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo e representa uma ampla atualização do primeiro plano.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Aprovada em 17 de abril de 2008, esta nova versão incorpora cinco anos de experiência e introduz modificações que decorrem de uma reflexão permanente sobre as distintas frentes de luta contra essa forma brutal de violação dos Direitos Humanos (...)Ainda existem importantes barreiras a superar, com vistas a garantir o cumprimento de todas as metas do plano. O Poder Legislativo detém em suas mãos, neste momento, um instrumento que os especialistas apontam como decisivo para erradicar de vez essa mácula que envergonha o país. Trata-se de aprovar definitivamente a Proposta de Emenda Constitucional 438, que prevê a expropriação e destinação para reforma agrária de todas as terras onde essa vil opressão do trabalho humano seja flagrada. Já aprovada no Senado, a proposta depende apenas de confirmar em segunda votação o resultado positivo já alcançado na primeira votação realizada também na Câmara dos Deputados.

Mesmo com todos esses projetos os números do estado são alarmantes. Entre 2003 – 2012 foram 265 casos denunciados no estado e 5.117 trabalhadores envolvidos. Em 19 de agosto de 2016 aconteceu a audiência pública sobre trabalho escravo contemporâneo para discutir o projeto de lei do senado (PLS) de n° 432/2013, na Assembleia Legislativa em Palmas-TO.

O senador Romero Jucá que foi o criador do projeto de lei, e questionou a caracterização de jornada exaustiva e condições degradantes como crime e tentou procurar outro conceito para tal ato.

O seu projeto estabelece que o descumprimento da legislação trabalhista não possa caracterizar trabalho escravo, pois trabalho escravo seria um termo mais complexo .Segundo o portal Tocantins:

> (..)todos os participantes da audiência pública se manifestaram contrários a esse projeto, como o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> procurador da república, do Ministério Público Federal, Fernando Antônio Oliveira, que considera que a dignidade é o maior bem do ser humano. "Não é a liberdade o principal bem a ser tirado de maneira brusca dos trabalhadores que vivem sob essas condições. O elemento principal da escravidão é atacar a dignidade das pessoas", declarou. (..) estavam presentes na discussão, a secretária de Estado da Cidadania e Justiça, Gleidy Braga, que é presidente da Coetrae-TO; o deputado estadual José Roberto, autor do requerimento para a realização da audiência e que a presidiu; bem como representantes do Ministério Público Federal (MPF), da Defensoria Pública Estadual (DPE), da Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (Conaete) e da Conatrae, órgão da Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, além da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O projeto foi considerado por muitos como um retrocesso na legislação brasileira, mesmo com todos os argumentos trazidos pelo senador Romero Jucá.

6. CONCLUSÃO

Mesmo com todas as leis e projetos para acabar com a escravidão ainda é uma prática muito comum no Brasil. Ofende um dos princípios mais importantes da Constituição Federal, qual seja: o princípio da dignidade humana.

Muitos trabalhadores que são submetidos ao trabalho escravo, e não percebem que o ato é ilegal, vivendo nessa condição por anos sem denunciar o fato às autoridades.

O número de escravos no Brasil e especialmente no Tocantins é alarmante. Mesmo com a abolição da escravatura no Brasil pela Lei Áurea que trouxe aos brasileiros um fio de esperança, ainda é possível dizer que a escravidão nunca foi totalmente abolida no país.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É necessário continuar a luta contra a escravidão no Brasil. Mesmo que perdurem muitos anos é preciso ter a união de diversos poderes para que as medidas sejam eficazes, como a divulgação das leis de forma mais simplificada para atingir toda a população brasileira, projetos que estimulem as empresas e empregadores a seguir as leis trabalhistas, beneficiando o trabalhador e a sociedade.

Como por exemplo: o aumento da fiscalização das leis voltadas para esse tema, fomentar a valorização da agricultura familiar, incentivando as famílias do campo que produz para sua subsistência, no combate à escravidão. A adoção de campanhas de conscientização de que o trabalho escravo é crime. Geração de oportunidades de emprego digno para as pessoas de baixa renda, garantindo todos os seus direitos.

É preciso garantir a toda a sociedade, a efetividade dos direitos básicos, como saúde, educação, moradia, transporte, lazer, segurança assim, dando oportunidades e uma vida de qualidade.

A batalha contra o trabalho escravo é um esforço contínuo e que deve ser conhecido por toda a sociedade. O cidadão deve ter consciência dos seus direitos, ter acesso aos recursos básicos para o seu desenvolvimento social, a população tem que fiscalizar os órgãos públicos e verificar continuamente se cada um está fazendo seu papel.

7. REFERÊNCIAS

ALVES, Rejane de Barros Meireles**. escravidão por dívidas nas relações de trabalho rural no Brasil contemporâneo: forma aviltante de exploração do ser humano e violadora de sua dignidade;** São Paulo. 2008

BENDER, Mateus. A suposta ilegalidade da lista suja do trabalho escravo e o direito administrativo.. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 138, jul 2015. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/INTRODUCAO-CRITICA-A-CRIMINOLOGIA-BRASILEIRA-

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

458?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16203&revista_caderno=4 >. Acesso em 10 de outubro de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil*:* promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 2040 de 28.09.1871, disponívelem:acesso em 10 de setembro de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei Nº 3.353, DE 13 de maio de1888, disponível em: acesso em 03 de setembro de 2018.

CONVENÇÃO DE GENEBRA – Suiça, 1864

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. **Combatendo o Trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil**. InternationalLabour Office; ILO Office in Brazil. – Brasília: ILO, 2010.

CPT & Parceiros da Comissão Estadual "O Tocantins Contra o Trabalho Escravo 'De Olho Aberto' disponível : acesso em 07 de agosto de 2018.

DELGADO, Maurício Godinho; **Curso de Direito do Trabalho**; 15 edição; editora LTD; São Paulo.2016

FUNARI, Pedro Paulo; **Grécia e Roma**; São Paulo: Contexto. 2002

Manual de combate ao trabalho escravo. Disponível em: acesso em 09 de outubro de 2018.

MOREYRA, SérgioPaulo; BALDUINO tomas; ALEXIM, João Carlos e col.;**trabalho escravo no brasil contemporâneo;** 1 edição ;Editora: Loyola, São Paulo – 1999.

O atlas do trabalho escravo no Brasil. Disponível em: acesso em 10 de setembro de 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Organização Internacional do Trabalho – OIT. Disponível em: . Acessoem 12 de setembro de 2018.

Plano Estadual Para A Erradicação Do Trabalho Escravo No Tocantins – PEETE/TO. Disponível em:< reporterbrasil.org.br/documentos/**plano**_to.doc>.Acesso em 07 de agosto de 2018.

2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. Disponível em:.Acessoem 16 de agosto de 2018.

Plano para Erradicação do Trabalho Escravo. Disponível em: . Acesso em 16 de setembro de 2018.

Portal Tocantins. Disponível em: acesso em: 19 de setembro de 2018

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. *2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.*

SIQUEIRA, Túlio Manoel Leles de; **O trabalho escravo perdura no brasil do século** XXI; Belo Horizonte.2010

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade.** São Paulo: LTr, 2001.

VIANA, Marcio Tulio; FONSECA, Mariana Martins de Castilho;CERQUEIRA, Sara Lúcia Moreira de; **O trabalho escravo no campo e na cidade;** Belo Horizonte .2008

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

www.conteudojuridico.com.br

A REGULAMENTAÇÃO DA VERTICALIZAÇÃO URBANA DE PALMAS/TO E O SEU IMPACTO NO NOVO PLANO DIRETOR

DÉBORA ALENCAR ASSIS ARRUDA:
Acadêmica do Curso de Direito da
Faculdade Católica do Tocantins

ANTÔNIO CÉSAR MELLO[1]

RESUMO:O presente artigo apresenta o processo da regulamentação da verticalização urbana do município de Palmas, a cidade projetada para ser a capital do estado do Tocantins. Entende-se que a verticalização significa a edificação, construção de edifícios que permite a multiplicação de unidades pavimentadas construídas. A verticalização urbana já estava prevista no projeto o município de Palmas, e a sua produção deu- se a partir de 2000 onde consequentemente em 2011 foram construídos mais edifícios que a soma das construções dos anos anteriores, destacando-se a dispersão espacial dos edifícios baixos e a concentração espacial dos edifícios altos. A participação de novos agentes produtores nesse processo e diversificação da produção de edifícios, passou a ser dado fundamental no processo de reprodução de espaço urbano. Nessa perspectiva, esta dissertação visa entender o processo de regulamentação da verticalização urbana e relativamente constatando suas especificidades e o seu impacto no novo plano diretor da capital do estado do Tocantins. Para isto levam-se em consideração os dados do projeto urbanístico, a legislação que regulamenta a verticalização na cidade e a nova Lei Complementar nº 400, de 02 de abril

1 Bacharel em Direito pela Unirriter, Especialista em Direito e Estado pela UNIVALE, Mestre em Ciências do Ambiente pela UFT e Doutor pela PUC Minas. Professor da Faculdade Católica do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de 2018 que dispõe sobre o novo plano diretor do município de Palmas – TO.

Palavras-Chave: verticalização urbana, novo plano diretor, Palmas, regulamentação.

ABSTRACT

This article presents the process of regulation of urban verticalization of the municipality of Palmas, the city projected to be the capital of the state of Tocantins. It is understood that the verticalization means the construction, construction of buildings that allows the multiplication of constructed units. The urban verticalization was already foreseen in the project the municipality of Palmas, and its production occurred from 2000 where consequently in 2011 were built more buildings than the sum of the buildings of previous years, especially the spatial dispersion of low buildings and the spatial concentration of tall buildings. The participation of new producing agents in this process and diversification of the production of buildings, has become essential in the process of reproduction of urban space. In this perspective, this dissertation aims to understand the process of regulation of urban verticalization and relatively confirming its specificities and its impact on the new master plan of the capital of the state of Tocantins. For this, the data of the urban project, the legislation that regulates the verticalization in the city and the new Complementary Law no. 400, of April 2, 2018, which provides for the new master plan of the municipality of Palmas - TO, are taken into account.

Keywords: *urban verticalization, new master plan, Palmas, regulation.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresentará o processo e atribuições de regulamentação da verticalização urbanística do município de Palmas/TO, a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

capital mais nova do Brasil. A verticalização é um termo usado para descrever a implantação de edifícios com diversos pavimentos gerando a criação do solo urbano dentro da cidade. Para tal previamente por meio de análise inicial, notou – se que para edificar prédios é necessário cumprir o que diz a regulamentação do plano diretor do município.

É notório que desde a projeção da cidade de Palmas - TO, era prevista a verticalização já que o projeto da cidade apontava espaços reservados para a edificação vertical (GRUPOQUATRO, 1989). Com isso a verticalização projetada deveria ocorrer concomitante à ocupação das quadras, que se daria em etapas subsequentes, de modo a impedir o espalhamento da malha urbana (GRUPOQUATRO, 1989).

Em decorrência da adulteração do que fora projetado, a forma de ocupação proposta não foi seguida, provocando o espraiamento da malha urbana e uma precoce ocupação nas áreas de expansão futura, gerando uma ampla escala de ocupação horizontal para a cidade, permeada por vazios intersticiais e por grandes glebas desocupadas. De tal modo que a fabricação do solo passou a ser dado fundamental no processo de reprodução do espaço urbano, promovendo assim a reestruturação da configuração espacial da cidade de Palmas.

O tema selecionado para o presente trabalho explícita ao longo dos últimos anos a evolução recente e a estimativa da verticalização urbana de Palmas, que ratificou as tendências de expansão territorial de forma ampliada acrescentando o fenômeno horizontal e vertical, juntamente com a multiplicação da base fundiária. Tal processo expõe deste modo, um par dialético, expansão horizontal urbana e expansão vertical urbana, que reforça na produção desse espaço de acordo com a Lei Complementar nº 400, de 02 de abril de 2018 que dispõe sobre o novo Plano Diretor Participativo do Município de Palmas – TO.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1 A CONCEITUALIZAÇÃO DO PLANO DIRETOR/ ESTATUTO DA CIDADE E A SUA INFLUÊNCIA COM RELAÇÃO AO MUNICÍPO DE PALMAS/TO.

O Plano Diretor e o Estatuto da Cidade estão previstos na Lei 10.257/2001, sendo conceituados como um conjunto de preceitos obrigatórios, elaborados por lei municipal específica incluindo o procedimento de planejamento municipal, que regula as atividades e os empreendimentos do Poder Público de pessoas físicas e jurídicas.

Os artigos 182º e 183º da Constituição Federal também prevê o conceito básico do Plano Diretor e a sua obrigatoriedade nas cidades com mais de vinte mil habitantes, não se restringindo das regras e práticas de uso e ocupação do solo, relacionando-se ao Estatuto da Cidade onde é estabelecida a política de desenvolvimento urbano e função social da propriedade. Esse Plano Diretor tem por finalidade orientar o Poder Público no plano plurianual, diretrizes orçamentárias e o orçamento anual que devem incorporar as diretrizes e as prioridades contidas neste, visando assegurar melhores condições de vida para a população.

As atuações que dominam o desenvolvimento urbano são eminentes desde a criação de uma nova avenida até a construção de uma residência, ou a implantação de estação de tratamento de esgoto, dentre outras, essas ações em conjunto trazem consigo o desenvolvimento da cidade. O Plano Diretor possui princípios e objetivos que influenciam diretamente no município de Palmas, salientados na nova Lei Complementar nº 400 de 02 de abril de 2018, em seu artigo 5º. Vejamos;

> Art. 5º Constituem princípios deste Plano Diretor:
>
> I - A função social e ambiental da propriedade e da cidade;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

II - Inclusão social;

III - A preservação e a conservação do meio ambiente e de seus recursos naturais;

IV - A preservação e valorização da paisagem e do patrimônio cultural e a humanização da cidade;

V – A garantia do direito a uma cidade sustentável, entendida como aquela que proporciona o acesso à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

VI - A função social e ambiental da propriedade e da cidade;

VII - A gestão democrática;

VIII – A adaptação e a mitigação dos impactos relacionados às mudanças climáticas do Município, perpassando transversalmente os temas abrangidos nesta Lei Complementar;

Já a lei 10.257/2001 em seu artigo 40º, § 2º prevê que "o plano diretor deverá englobar o território do município como um todo". Dessa forma não citado expressamente que o Plano Diretor deverá abranger em conjunto a parte urbana e rural, o que subentende tal diretriz. No entanto o Estatuto da Cidade por meio desse parágrafo § 2º, em questão de norma geral federal tentou indicar a efetivação de função social da propriedade urbana e propriedade rural.

A limitação do planejamento do território municipal que propõe – se de forma complexa com o plano urbano, causa uma pequena reflexão que nos leva a integrar a necessidade de moradia de trabalhadores rurais nas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

zonas urbanas e suburbanas. O que de fato demonstra que a Lei 10.257/2001 não foi elaborada para fazer a integração de cidade/campo.

Desde a denominação do título da Lei "Estatuto das Cidades" até os títulos de diversos capítulos previstos na mesma. A dificuldade em elaborar a integração do Plano Diretor sem que haja um impacto ambiental relacionado a princípio dos municípios onde se tem a zona rural como superioridade a zona urbana.

2 O IMPACTO AMBIENTAL E A RELAÇÃO COM O PLANO DIRETOR – PROCEDIMENTOS VOLTADOS PARA PREVENÇÃO DO DANO AMBIENTAL.

A Política Nacional de Meio Ambiente é destacada pela Lei 6.938/1981, artigo 9º, inciso III. Além disso, o Estatuto de Impacto Ambiental (EIA) é representado em sentido amplo e genérico, com estratégia metodológica para identificar, localizar, considerar se o caso valorar em medidas as alterações que podem ocorrer no meio ambiente natural e social, com relação homem e a natureza.

O Estatuto da Cidade artigo 4º, inciso VI, visa a conexão do Estatuto de Impacto Ambiental (EIA), dentre os instrumentos da politica urbana utilizados, com o outro instrumento análogo que se destaca como o Estatuto de Impacto de Vizinhança (EIV). Esses instrumentos regem- se pela legislação própria, demandando o dispêndio de recursos pelo poder publico municipal, devendo também ser o objeto de controle social, com a garantia da participação das comunidades e entidades da sociedade civil.

O novo Plano Diretor Participativo de Palmas em seu artigo 258º prevê que o Estatuto de Impacto de Vizinhança (EIV) refere-se à avaliação de implicações negativas e positivas decorrentes de implantação de construção ou atividade econômica. Ressalta-se que não há o que se falar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

em relação a confronto de duplicidade entre os estatutos (EIA) e (EIV), com isto o § 2 º do artigo 258º do novo Plano, pressupõe. Vejamos;

> § 2º A realização do Estatuto de Impacto de vizinhança não substituirá o Estatuto de Impacto Ambiental e respectivo relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) nos casos exigidos pela legislação ambiental.

Desta forma é indispensável e insubstituível o EIA, sempre que uma construção ou empreendimento originar impacto e alterações significativas no meio ambiente, com alcance que ultrapasse os limites locais e municipais. A relação do Plano Diretor é nítida por se tratar de danos ambientais causados nos municípios onde se acarreta a vigência da lei do plano.

É enfatizado que o dever de licenciar ou autorizar qualquer construção no meio urbano e rural é assegurado ao Poder Público, por tanto se o município autorizar ou licenciar alguma atividade, ou obra que possa provocar algum dano de grande significância ao meio ambiente, o mesmo estará obrigado a instaurar o procedimento do Estatuto Prévio de Impacto Ambiental perante pena de nulidade, em relação à autorização ou o licenciamento.

3 O PROCESSO DE VERTICALIZAÇÃO E OS REFLEXOS NO MERCADO IMOBILIÁRIO.

A princípio a verticalização em Palmas/TO, foi destacada desde a sua projeção onde o projeto da cidade apontava espaços reservados para edificação vertical. Devendo ocorrer simultaneamente a sua ocupação dentro das quadras, de modo que viesse a impedir o espalhamento da malha urbana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

De modo discreto a verticalização em Palmas começou a se destacar até o ano 2000, existiam apenas 47(quarenta e sete) edificações verticais dentre três a sete pavimentos, tendo como o edifício Palmas I o mais alto. Com isto consequentemente no ano seguinte até o ano de 2010 teve se uma estimativa de mais de 271 (duzentos e setenta e um) edificações, tendo como o maior edifício, o edifício Lago Azul que possuía dezesseis pavimentos, localizado na arse 41, o que se tornou uma quadra muito visada por imobiliárias.

Mediante a crescente valorização dos lotes em Palmas, o que influenciou diretamente no aumento da verticalização e no número de pavimentos por edifícios. A partir de 2010 pode se constatar a valorização de terrenos em palmas e pode ser percebida ao analisar os ajustes no valor do metro quadrado nas Plantas de Valores Genéricos (PVG) instituída para a cidade. Na PVG em vigor, instituída por meio da lei nº 2.294, de 01 de março de 2017, os lotes sofreram um aumento considerável em relação às plantas de valores anteriores.

Nota-se que o valor venal dos lotes era inferior ao de mercado no que resultava em uma menor arrecadação de imposto predial e territorial urbano, uma vez que o valor de base era calculado sobre o valor venal do lote. No ano atual 2018 houve um aumento do IPTU de 59% e em alguns casos o aumento chegava a 300%. Cabe ressaltar que a Portaria Nº 511, de 07 de dezembro de 2009, em seu § 4º, prevê;

> § 4º O nível de avaliação é definido como a média dos quocientes dos valores avaliados, conforme constam no cadastro fiscal, em relação aos preços praticados no mercado para cada tipo de imóvel. A ocorrência de nível de avaliação para cada tipo de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

imóvel inferior a 70% (setenta por cento) ou acima de 100% (cem por cento) indica a necessidade de atualização dos valores

Com isto o aumento do IPTU estabelecido pelo prefeito da época, foi suspenso pela presidente do STF por motivos de entender-se que este não agravaria a condição orçamentaria da administração municipal e que a perda de arrecadação é o resultado da crise econômica no país, mantendo o IPTU de 2017, vigente, juntamente com a reposição da inflamação. Vejamos;

TABELA A - VALORES DE M² DE EDIFICAÇÃO – EM R$

Tipo do Padrão Construtivo (1)	Padrão A1	Padrão A	Padrão B1	Padrão B	Padrão C1	Padrão C	Padrão D1	Pad
	Superluxo	Alto Luxo	Luxo Superior	Luxo	Normal Superior	Normal	Simples	Pre
Residencial Horizontal	3.210,00	2.840,00	2.470,00	2.100,00	1.585,00	1.070,00	640,00	18
Residencial Vertical	4.900,00	4.100,00	3.300,00	2.500,00	2.020,00	1.540,00	1.180,00	87
Comercial Horizontal	2.680,00	2.330,00	1.980,00	1.630,00	1.310,00	990,00	700,00	46
Comercial Vertical	4.905,00	3.950,00	2.995,00	2.040,00	1.770,00	1.500,00	1.120,00	71
Galpão		-		-	-	570,00	470,00	31

Conforme padrões construtivos adotados no mercado imobiliário.

Os dados demonstram os valores por m² das edificações em Palmas, a prática da verticalização é passada pelo entendimento, da forma que se deu a própria implantação da cidade. Diante disso, afirma-se que no início o governo estadual se tornou o principal proprietário fundiário, por meio das desapropriações que realizou na área escolhida para a construção de Palmas (LIRA, 1995; VELASQUES 2010; MACHADO, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 381 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Logo passou a atuar, contraditoriamente, como promotor imobiliário, "negociando as terras e os lotes com as empresas deste ramo e com particulares através da CODETINS" (RODOVALHO, 2012, p. 122). No decorrer dos dois primeiros períodos atribuídos ao processo de verticalização em Palmas (1989-2000; 2001-2010), a produção de edifícios foi realizada predominantemente por construtoras locais, no início do capital do Tocantins sendo possível comprar lotes bem localizados por um baixo valor.

O início do processo de verticalização em Palmas, apesar de proposto e projetado para a nova capital, apresentou-se de forma lenta, sobretudo, na primeira década (1989- 2000), ganhando maior notoriedade a partir da segunda década (2001-2010).

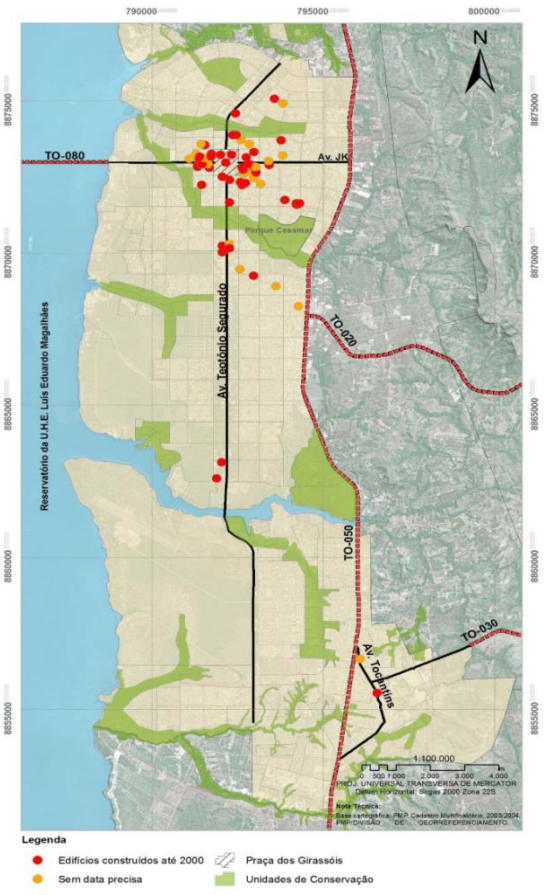
O ano 2000 tem o histórico de aprovações de loteamentos na área urbana, onde a maior parte dos edifícios ocupa-se ao redor da praça dos girassóis, sem conter a data precisa de quando foram construídos. Com isto partes desses edifícios não possuíam registro no Cartório de Imóveis, o que indica que tenham sido construídos logo nos primeiros anos da cidade, quando muitas edificações não foram regularizadas, como constata Rodovalho (2012, p.93):

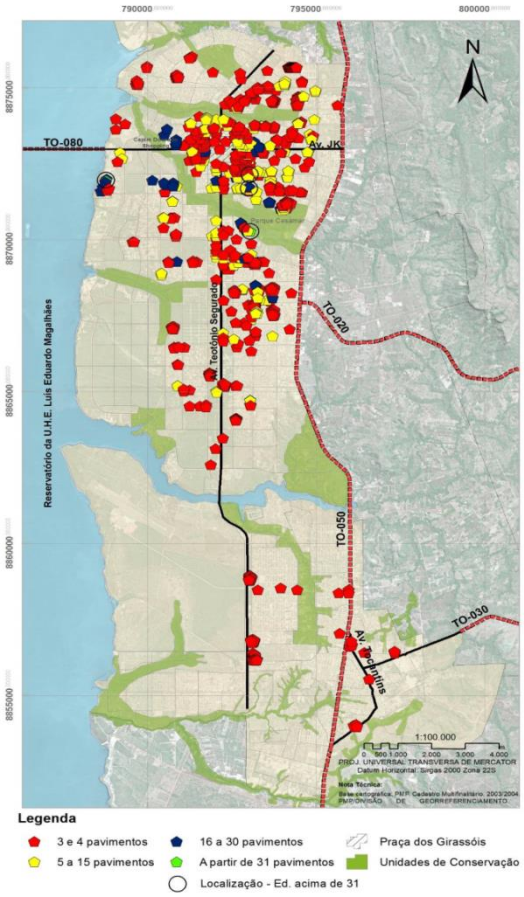
> Em julho de 1990, Cartório de Registro de Imóveis de Palmas havia registrado apenas 208 lotes - dos mais de 3,50 mil terrenos vendidos nas duas concorrências públicas .demonstrando, segundo o titular do cartório, que as pessoas estavam mais preocupadas em construir do que legalizar seus lotes.

O uso comercial e institucional para edificações foram determinantes em relação aos novos prédios a serem construídos. Os mapas a seguir

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

demonstra a distribuição de edifícios, sendo o mapa -1 constatando a distribuição até 2000 e o mapa – 2 demonstra a distribuição até 2015. No ano de 2010 houve relativa predominância de edifícios que era destacada principalmente por prédios menores de até quatro pavimentos, que eram facultativos os elevadores. Vejamos;





SEMDU 2018.

Podendo salientar que hoje o edifício mais alto de Palmas esta localização na Praia da Graciosa, chama-se Imperador do Lago, com 40 (quarenta) pavimentos, o que acrescenta a visão imobiliária com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

parâmetros ao novo Plano Diretor

Palmas; Lago. Praia da Graciosa/Foto: Arruda 2018.

Ademais se desfruta sobre a divisão da Área urbana do município de Palmas em zonas de uso ou de outra providencia, proporcionando preceitos para os tipos construtivos de cada área da cidade, conforme a lei nº 386, de 17 de fevereiro de 1993.

Em 09 de agosto de 2011 foi estabelecido pelo prefeito Raul filho, a alteração dos dispositivos da Lei de nº 386, de 17 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre a divisão da Área Urbana da Sede do Município de Palmas em Zonas de uso, passando a vigorar a alterações previstas na lei nº 230 de 09 de agosto de 2011.

O Plano Diretor Urbanístico de Palmas foi aprovado mediante a lei nº 468, de 06 de janeiro de 1994, a mesma dispõe sobre o parcelamento do solo do município para fins urbanos, sem alterações significativas a respeito da verticalização do município. Mas com o passar dos anos o desenvolvimento foi aumentando e de acordo com o estatuto da cidade previsto na lei nº 10.257/2001 elaborou- se um novo Plano Diretor para Palmas, sendo sancionado pela lei nº 155 de 28 de dezembro de 2007, designado o Plano Diretor Participativo do Município de Palmas.

Cabe ressaltar os objetivos planejados para esse novo plano Diretor, no seu artigo 12º. Vejamos;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> II - democratizar o acesso à terra, à moradia e aos serviços públicos de qualidade, revertendo o processo de segregação sócio espacial; [...]
>
> V - coibir o uso especulativo do imóvel urbano de modo a assegurar o cumprimento da função social da propriedade; [...]
>
> VII - intensificar o uso e ocupação dos lotes nas áreas com infraestrutura e equipamentos já instalados.

O novo Plano Participativo de Palmas visava à ocupação das quadras já instaladas anteriormente para que ocorresse a ocupação da gleba geral. Mediante isto, em 02 de abril de 2018 foi sancionada, pelo prefeito Carlos Amastha a nova lei nº400, do novo Plano Diretor Participativo de Palmas que integra o resultado da revisão realizada do Plano Diretor de 2007. "constitui o instrumento básico e estratégico da política de desenvolvimento do Município, aplicável em todo o seu território pelos agentes públicos e privados".

São fixados eixos de zoneamento, meio ambiente, mudanças climáticas; paisagem urbana; infraestrutura; mobilidade urbana; política habitacional; regularização fundiária; desenvolvimento econômico; desenvolvimento social. Os componentes constituem os fundamentos da verticalização, designado pelo novo plano, como também, os instrumentos da política urbana, instrumentos jurídicos, econômicos, urbanísticos bem como o sistema de acompanhamento, controle da execução do plano diretor e das novas leis complementares.

São estabelecidas regras e condições para construções de edifícios com fundamento de uso e ocupação do solo, do artigo 233º, paragrafo § 2º. Vejamos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> § 2º A Lei de Uso e Ocupação do Solo fixará, entre outros, os seguintes parâmetros de ocupação do solo: I - coeficientes de aproveitamento básico e máximo que não houverem sido fixados por este Plano Diretor; II - altura máxima das edificações; III - taxa de ocupação máxima; IV - taxa de permeabilidade mínima, quando couber; V - afastamentos mínimos laterais, frontais e de fundos dos lotes; VI - o tratamento das divisas dos lotes; VII - diretrizes gerais para aplicação dos parâmetros de ocupação do solo nos espaços condominiais e grandes áreas, inclusive para implantação de condomínios.

O Código de Obras e Edificações (COE) e a ferramenta usada para a regulamentação de obras e edificações pública, particulares no município e disciplina procedimentos de licenciamento e fiscalização em consonância com a legislação que rege os parâmetros de uso e ocupação do solo. O COE tem como objetivos em seu artigo 238º, incisos I ao VI. Vejamos

> I - fortalecer as ações do Município e da sociedade no controle urbano, na garantia do cumprimento dos parâmetros urbanísticos e na implantação e efetivação da política urbana do Município; II - estabelecer competências e responsabilidades do Município e seus agentes, dos responsáveis técnicos pelos projetos e obras e dos titulares do direito de construir em relação às obras e edificações; III - estabelecer regras para as edificações e seus acessos com especial enfoque nos espaços coletivos, sejam privados ou

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> públicos; IV - manter a integridade e as condições de acessibilidade, segurança, conforto, higiene e salubridade do espaço construído; V - estabelecer regras e condições para a construção, reforma, requalificação e regularização de edificações; VI - garantir a acessibilidade em edificações públicas e privadas e na interface desta com os espaços livres de uso público. Parágrafo único. Quando da revisão do COE, deverão ser consideradas as seguintes diretrizes, além daquelas dispostas no Capítulo. VI – Paisagem Urbana,

O novo Plano Diretor aponta a ampliação de regras para construções dentre eles a paisagem urbana, buscando incentivos para adaptação gradual das edificações e os procedimentos de reprodução urbanística.

4 O ESPAÇO VERTICALIZADO E O MARCO RELATÓRIO URBANO/AMBIENTAL.

O instrumento de reprodução urbanística é de fato regulamentado pelo artigo 232º do novo Plano diretor que prevê no parágrafo único do artigo 3º, os requisitos de conexão que liga a política de desenvolvimento do munícipio, sendo esta adaptada a este Plano Diretor. Vejamos;

> Art. 232. A legislação prevista no parágrafo único do art. 3º deste Plano Diretor e a seguir indicada o complementa e deverá ser editada ou atualizada em consonância com seus dispositivos. Parágrafo único. Compõem, também, a legislação de que trata o caput deste artigo outras leis urbanísticas e seus respectivos Decretos, inclusive as que regulamentam os Instrumentos de Gestão Urbana.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Art. 3º Os instrumentos legais conexos à política de desenvolvimento do Município serão desenvolvidos ou adaptados em consonância com este Plano Diretor, constituindo parte do processo contínuo e integrado de planejamento territorial, respeitando e garantindo a participação popular. Parágrafo único. Incluem-se na legislação complementar a este Plano Diretor: I - Lei de Uso e Ocupação do Solo; II - Lei de Parcelamento do Solo Urbano; III - Código de Obras e Edificações; IV - Código de Posturas; V - Lei Municipal do Meio Ambiente.

Em razão disso, pode-se observar que a verticalização tem influência direta no desenvolvimento de um município e de seu Plano Diretor. Para que isso ocorra, é necessária uma ampla estrutura, que apresente um plano elaborado de forma vertical como argumento principal para formar melhor o espaço e capital urbanístico.

A estrutura vertical em Palmas é formada por quatro leis, que juntas compõe a verticalização e auxiliam no desenvolvimento do município em consonância com Plano Diretor, primeiramente a lei de ocupação do solo que diz respeito à complementação das diretrizes mencionadas no Plano Diretor, para a utilização e ocupação do solo de parcelamentos aprovados ou que ainda serão aprovados pelo Poder Público.

No paragrafo 2º do artigo 233º do novo plano, o legislador apresenta alguns parâmetros para que sejam feitas a ocupação ou o uso do solo de forma adequada. Vejamos;

> § 2º A Lei de Uso e Ocupação do Solo fixará, entre outros, os seguintes parâmetros de ocupação do solo:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

> I - coeficientes de aproveitamento básico e máximo que não houverem sido fixados por este Plano Diretor; II - altura máxima das edificações; III - taxa de ocupação máxima; IV - taxa de permeabilidade mínima, quando couber; V - afastamentos mínimos laterais, frontais e de fundos dos lotes; VI - o tratamento das divisas dos lotes; VII - diretrizes gerais para aplicação dos parâmetros de ocupação do solo nos espaços condominiais e grandes áreas, inclusive para implantação de condomínios.

Outra lei que faz parte dessa estrutura é a de parcelamento de solo urbano, que aborda sobre a priorização a indicação de áreas verdes deste, para os lugares em que se tenham vegetações remanescentes, de maneira que irá liga-las quando necessário a outras áreas verdes existentes, reivindicando nos novos parcelamentos que sejam conservadas as vegetações que compõe lotes e áreas publicas, sendo somente permitidas a supressão dessas para a criação do sistema viário ou quando da construção de edificação do lote.

Ademais deve promover a integração da gleba parcelada em sua volta com intuito de formar espaços territoriais qualificados e composição harmônica de paisagem urbana. Tem- se também a lei Municipal do meio ambiente que instituiu a fundação municipal do meio ambiente de Palmas – FMA, criada como órgão de coordenação, controle e execução da politica ambiental, visando executar, exercer, formular, coordenar, promover, articular recurso, cooperação técnica para o desenvolvimento e gestão ambiental no município.

Outro aspecto importante para a estrutura da verticalização é o Código de Obras e Edificações (COE), que tem como função regular obras e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

edificações publicas e privadas no município, e disciplinares nos processos de licenciamento e fiscalização em concordância com a legislação que dominam os parâmetros de uso e ocupação do solo.

O ultimo aspecto e não menos importante é o Código de Posturas, que tem por finalidade regularizar o comportamento a organização do meio urbano a função social da cidade e a propriedade determinando a relação entre os cidadãos e o Poder Público, mediante regularização de vários temas, como por exemplo, o uso dos espaços, a construção de muros e etc.

Por fim é possível concluir que para que ocorra a verticalização do plano diretor deve se utilizar de todas essas Leis em conexão com os Códigos para que se obtenha êxito. Através destes deve ocorrer à regulamentação da verticalização de forma que gere o mínimo de impacto ambiental possível.

5 A REGULAMENTAÇÃO DA VERTICALIZAÇÃO URBANA E O IMPACTO AMBIENTAL NO NOVO PLANO DIRETOR PARTICIPATIVO DE PALMAS/TO.

A regulamentação da verticalização perante o impacto ambiental previsto no novo plano se destaca no capitulo IV, com instrumentos de gestão ambiental onde é possível acarretar a efetivação da politica ambiental do município, como se pode observar no artigo 264º. Vejamos;

> I - Sistema Municipal de Infraestrutura Verde (SisMIV);
>
> II - Sistema Municipal de Licenciamento, Monitoramento e Fiscalização; III - Pagamento pela Prestação de Serviços Ambientais; IV - IPTU Ecológico; V - ISSQN Ecológico;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

VI - Termo de Compromisso Ambiental (TCA); VII - Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental (TACA); VIII - Compensação Ambiental; IX - Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA);

X - Licenciamento Ambiental;

Para que ocorra a implantação desse novo plano ambiental devem-se seguir as regras previstas no Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu relatório que são documentos específicos que visam realizar o amplo diagnostico dos impactos ambientais significativos e apontar as medidas mitigadoras correspondentes.

Desta forma é possível aplicar todo este estudo e avaliação do Plano Diretor de Palmas, para que ocorra a diminuição do impacto ambiental e uma estruturação consciente é necessário está dentro do licenciamento ambiental exigido para execução de programas e obras.

Tendo em vista o incentivo de boas praticas para a construção sustentável, exclusivamente nas edificações realizadas pelo Poder Público, com aprimoramento do consumo de matérias e energia e a preservação do ambiente natural e a melhoria da qualidade do ambiente construído.

Este incentivo tem por finalidade à adaptação gradual das edificações existentes em função dos efeitos decorrentes das condições climáticas, estímulo às construções sustentáveis e o incentivo à instalação de empresas dedicadas à construção civil sustentável, com utilização de sistemas construtivos adaptados ao clima local, com técnicas e materiais compatíveis.

Por fim essa politica ira regulamentar todos os instrumentos previstos em lei, sem prejuízo àqueles que vierem a ser criado, o que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

auxiliara diretamente nesse desenvolvimento sustentável do plano diretor em palmas.

CONCLUSÃO

O presente artigo trata da verticalização em Palmas com relação ao novo Plano Diretor Participativo e o seu impacto ambiental, por meio de pesquisas descritas e analisadas nos capítulos anteriores, chega-se ao entendimento desse processo. Dentre as analises aborda uma cidade da qual desde a sua projeção inicial prevê a verticalização, com a garantia de se obter flexibilidade e viabilidade da ocupação urbana.

Com uma notória preocupação com a qualidade ambiental, da qual é considerada a ocupação do solo urbano e questões climáticas, apresentou-se a construção de edifícios mais baixos, para que constituíssem uma massa menor. Evidencia-se que a cidade não foi implantada conforme era previsto no projeto inicial, com isso o desvirtuamento do projeto da capital do Tocantins se deu conforme o interesse do poder publico, juntamente com agentes fundiários e imobiliários.

A verticalização começou a de destacar a partir do ano 2000, e prevaleceu sem mudanças na legislação quanto à construção vertical, posteriormente a lei nº 155/2007, definiu áreas de ocupação prioritárias e preferencias, onde se permitiu a adoção da outorga onerosa, que associa ao aumento dos índices urbanísticos e de aproveitamento, potencializa a multiplicação da área construídas dos terrenos em Palmas.

A forte especulação fundiária e imobiliária juntamente com a liberação de linha de credito e o aumento do valor do terreno dentre outros fatores que contribuíram para o grande crescimento de Palmas destacam-se dentre os anos de 2011 a 2015. Desde então evidenciando a valorização de terrenos, através da Planta de Valores Genéricas (PVG), instituídas para a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

cidade pela lei nº 2.294, de 01 de março de 2017, os lotes sofreram um aumento considerável em relação aos anos anteriores.

A verticalização através da lei nº 400, de 02 de abril de 2018 tem a sua influência direta no desenvolvimento, do município e no Plano Diretor de Palmas estabelecendo em seu artigo 3º paragrafo único 4 (quatro) leis e 2 (códigos) que determinam novos comportamentos, exigência e providencias na gestão do Poder Publico e recursos do meio ambiente, para que gere o mínimo de impacto ambiental.

Com os dispositivos previstos na lei do novo Plano Diretor Participativo de Palmas, é notória a garantia da preservação do meio ambiente em relação à verticalização, visto que a sua predominância existe desde o projeto inicial, e estabelece as diretrizes para o desenvolvimento econômico sustentável, com o dever de ser revisado a cada dez anos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco Otaviano M. **Especulação imobiliária e segregação social em Palmas do Tocantins: uma análise a partir dos programas habitacionais de período de 2000 a 2008. 2009.** 133f. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

GRUPOQUATRO. **Projeto da capital do estado do Tocantins**: plano básico/memória. Palmas: Governo do Estado do Tocantins; Novatins, 1989.

GRUPOQUATRO. **Palmas: manual orientador.** Palmas: Prefeitura de Palmas, 1989.

GRUPOQUATRO. **Palmas: memória da concepção**. Palmas: Prefeitura de Palmas, 1989.

LIRA, Elizeu R. **A gênese de Palmas - Tocantins. 1995. 290** f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional e Planejamento Ambiental) - Universidade Estadual Paulista, Presidente Prudente, 1995.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

VELASQUES, Ana Beatriz A. **A concepção de Palmas (1989) e sua condição moderna.** 2010. 246f. Tese (Doutorado em Urbanismo) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MACHADO, Thiago Ramos. **Sobre o projeto de Palmas: a importância da construção de uma reflexão crítica.** In: REIS, Patrícia Orfila Barros. Palmas: um projeto e múltiplos olhares. Palmas: EDUFT, 2015. P. 63-80.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 23º edição, revista, ampliada e atualizada. CICACOR EDITORIAL, 2015. P. 449-460.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 17º edição, revista, ampliada e atualizada. LETRA POR LETRA STUDIO, 2009. P. 393-402.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em foco.** 6º edição, revista, ampliada e atualizada. EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2009. P. 557-568.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PALMAS. **Sistema de Informações Geográficas de Palmas**, 2015. Disponível em: <http://geo.palmas.to.gov.br/mapas/>. Acesso em: 03 de outubro de 2018.

PORTARIA Nº 511 de 7 de dezembro de 2009. **Ministério das cidades**

RODOVALHO, Sarah A. **Palmas do projeto ao plano: o papel do planejamento urbano na produção do espaço. 2012.** Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) - Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2012.

https://legislativo.palmas.to.gov.br/media/leis/lei-ordinaria-2.294-2017-03-01-10-3-2017-11-59-38.pdf acesso em 03 de outubro de 2018.

http://www.palmas.to.gov.br/media/doc/arquivoservico/LEI_ORDINARIA_N%C2%BA_386-93_atualizada_2.pdf acesso em 17 de outubro de 2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

https://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/PlanejamentoUrbano/Portaria_511_PROEXT.pdf acesso em 17 de outubro de 2018

http://planodiretor.palmas.to.gov.br/media/arquivos/324.pdf acesso em 15 de outubro de 2018

http://diariooficial.palmas.to.gov.br/media/diario/1969-suplemento-1-2-4-2018-22-7-46.pdf acesso em 25 de outubro de 2018

Boletim Conteúdo Jurídico n. 881 de 24/11/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591471