

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 911

(Ano XI)

(22/06/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

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

COLUNISTA DA SEMANA



17/06/2019 Sandra Franco

» [A internação compulsória de dependente químicos: radical, mas necessária](#) **06**

ARTIGOS

21/06/2019 Maria Laura Pereira da Silva
 » [Direitos Humanos e Justiça Restaurativa: Por uma possível aplicação em matéria penal](#)..... **09**

21/06/2019 Filipe Serafim Mapilele
 » [Breve Reflexão sobre a Dinâmica da Indústria Extrativa de Recursos Minerais em Moçambique](#)..... **20**

21/06/2019 Telma Aparecida Rostelato
 » [Sexismo - reflexões acerca dos direitos humanos fundamentais sob o aspecto histórico](#)..... **45**

21/06/2019 Bruna Spagnol
 » [Usucapião por abandono de lar](#)..... **53**

21/06/2019 Poala Lorena Soares da Silva
 » [Contrato, titularidade e responsabilidade da concessionária de abastecimento de água no Município de Petrolina](#)..... **61**

21/06/2019 Raimunda das Neves Santos
 » [Mídias sociais, propagação de informação e o impacto social ao direito à intimidade: uma análise do repasse de informações no caso do desastre de Brumadinho](#)..... **77**

21/06/2019 Cleiton Junio de Souza França

| | |
|--|------------|
| » Benefícios previdenciários do trabalhador rural em caso de acidente de trabalho..... | 96 |
| 19/06/2019 Alice Pessoa Aires Barbosa | |
| » Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial: considerações acerca do processo democrático..... | 113 |
| 19/06/2019 Allynne Cristhyne Alves da Silva | |
| » Aplicabilidade da Justiça Restaurativa como forma de ressocialização de adolescentes infratores..... | 140 |
| 19/06/2019 Bruno Porangaba Rodrigues | |
| » Mecanismos internos de enfrentamento ao tráfico de pessoas pelo Brasil: política nacional, plano nacional e Lei n. 13.344/2016..... | 160 |
| 19/06/2019 Pedro Inácio Cajueiro | |
| » A imputabilidade das condutas criminosas de prática de racismo e injúria racial via redes sociais..... | 169 |
| 19/06/2019 Rubiana Padilha da Silva | |
| » A formação e a evolução histórica do Direito do Trabalho no Brasil e no Mundo..... | 192 |
| 19/06/2019 Godoberto dos Reis Santos Neto | |
| » Abortamento no Brasil: saúde pública e impacto feminino..... | 198 |
| 18/06/2019 Ronaldo Cruz Targino | |
| » Modulação dos efeitos temporais em sede de controle difuso de constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal..... | 207 |
| 18/06/2019 Thomas Ubirajara Caldas de Arruda | |
| » A (im)penhorabilidade do salário na atual visão do Superior Tribunal de Justiça: É proibido, mas se quiser pode..... | 222 |
| 18/06/2019 Maria Laura Pereira da Silva | |
| » O ensino jurídico e o positivismo-legalista: a difusão do conhecimento jurídico no Brasil e superação da educação bancária..... | 227 |
| 18/06/2019 Paulo Henrique Martins Machado Filho | |

| | |
|---|------------|
| » Os desafios para a aplicação do princípio do in dubio pro reo no processo penal brasileiro contemporâneo | 240 |
| 18/06/2019 Marinete Silva Oliveira | |
| » A reintegração e implantação do método APAC no presídio feminino de Palmas | 254 |
| 18/06/2019 Amanda Cavalotti Ule | |
| » O recrudescimento dos atos infracionais no Brasil | 273 |
| 17/06/2019 Bruno Porangaba Rodrigues | |
| » Dignidade da pessoa humana à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal | 291 |
| 17/06/2019 Vanielly Ferreira Silva | |
| » A participação das crianças e adolescentes no Santo Daime: a dicotomia entre a liberdade religiosa e o exercício do poder familiar | 300 |
| 17/06/2019 Naira Dannilla Gomes Silva | |
| » Estudo da aplicação do instituto tributário do IPTU progressivo em terrenos condominiais | 322 |
| 17/06/2019 Larissa de Carvalho Amaral | |
| » As sátiras aos candidatos em período eleitoral: proteção à honra ou garantia à liberdade de expressão? | 343 |
| 17/06/2019 Bárbara Pinheiro Santos | |
| » Psicopatia: aspectos jurídicos e psicológicos | 362 |
| 17/06/2019 Maria Laura Pereira da Silva | |
| » As reformas políticas e suas implicações no normativismo jurídico brasileiro: financiamento partidário e clientelismo no Brasil | 381 |
| 17/06/2019 Jane Alves de Sousa | |
| » A (in) eficácia dos programas de ressocialização ofertados no Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas/TO - CASE, sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA | 394 |

A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTE QUÍMICOS: RADICAL, MAS NECESSÁRIA

SANDRA FRANCO: consultora jurídica especializada em direito médico e da saúde, doutoranda em Saúde Pública, presidente da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB de São José dos Campos (SP) e membro do Comitê de Ética para pesquisa em seres humanos da UNESP (SJC) e presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde.

Foi sancionada no último dia 06 de junho a Lei 13840/2019 que permite a internação involuntária de dependentes químicos sem autorização judicial, ou seja, uma internação sem consentimento do interessado. Uma medida agressiva na visão de muitos, mas necessária. Pela nova regulamentação, que já está em vigor, a internação depende de avaliação sobre o tipo de droga consumida pelo dependente e será indicada "na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde". O texto também determina que a família ou o representante legal do paciente poderão solicitar a interrupção do tratamento "a qualquer tempo". Outro ponto relevante é que tanto a internação involuntária quanto a voluntária devem ser indicadas somente quando "os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes".

São diversas questões que envolvem este polêmico e delicado tema: políticas públicas de saúde e de segurança, a proteção da sociedade e o direito individual. Pelos distintos enfoques de especialistas em saúde mental, juristas, gestores das redes de saúde já se pode notar a ausência de consenso: uma corrente acredita que a nova lei, ao permitir a internação compulsória, tira a autonomia do dependente químico em relação ao que ele pode fazer da vida dele, inclusive violando o princípio constitucional da dignidade humana e do direito de ir e vir. Isso porque a internação compulsória obrigará o usuário de drogas a um tratamento agressivo, contra a sua vontade. Entretanto, é importante considerar que, em certos estágios, a pessoa viciada em algum tipo de substância química já não está mais ciente dos seus atos e representa um perigo para si mesma e para a sociedade. Assim, se a família ou o Estado decide que a melhor saída é a internação, para que ela possa

ser reabilitada, o importante passo deverá servir como oportunidade para a saúde das pessoas que são adictas.

A dependência química é um dos fenômenos de mais difícil resolução da humanidade. Se de um lado existe a droga, do outro estão as possíveis causas: fracasso do sistema de ensino, desestruturação familiar, aumento das desigualdades sociais, ausência de incentivo ao esporte, falta de lazer, mercado de trabalho saturado, sistema de justiça falho, tráfico de drogas intenso, questões existenciais e outros. O tema precisa ser discutido pela perspectiva biopsicossocial, sem dúvida: não há um único caminho a explorar.

A dependência acarreta ou aflora inúmeras consequências negativas ao corpo humano, inclusive as chamadas comorbidades (doenças psiquiátricas associadas), como psicose, paranoia, esquizofrenia, manias, bipolaridade, entre outras. A consequência mais notória é a agressão ao sistema neurológico, provocando problemas cognitivos e, em alguns casos, oscilação de humor. E, quando a situação fática dos mais de dois milhões de usuários apresenta um cenário degradado e insustentável, medidas como a internação involuntária podem ser plenamente adotadas dentro de um Estado de Direito, em que todos são iguais perante a lei, garantidos o direito à vida e à liberdade. A privação da liberdade de ir e vir faz-se essencial para que se vislumbre alguma possibilidade de devolver dignidade a alguns dependentes químicos, inconscientes e vulneráveis, perambulando nas ruas de muitas cidades do país.

Trata-se de um passo importante na saúde pública brasileira. Porém, não adianta criar uma lei que permita a internação compulsória se não existe uma estrutura preparada no sistema público de saúde para atender a essas pessoas e a seus familiares. Sabe-se que a família do dependente químico adoece junto com ele e também precisa de uma equipe preparada para auxiliar neste momento. Tratar o dependente como um problema de saúde pública, estruturando as redes para o acolhimento do doente, buscando alternativas de tratamentos ambulatoriais e recursos extra-hospitalares. Por se tratar de medida de exceção, mister que Ministério Público, Defensoria Pública e outros órgãos de fiscalização acompanhem as internações e tratamentos, a fim de que abusos sejam evitados. Há um tempo máximo para a internação do dependente e requisitos formais a serem observados, consoante a referida lei.

Vale frisar que, do ponto de vista social, a nova lei é uma grande oportunidade para retirar das ruas algumas pessoas que cometem violência e delitos vinculados ao uso de entorpecentes. Isso pode fortalecer uma nova política de segurança pública, mas sem o uso da violência o da força policial. Deve ser feito e encarada com uma questão social e de saúde. Por isso a importância da lei englobar as Comunidades Terapêuticas Acolhedoras para a permanência dos usuários de drogas. O texto estabelece que esses locais devem servir de “etapa transitória para a reintegração social e econômica do usuário de drogas”. Entretanto, nessas casas o dependente deverá manifestar o seu desejo de aderir às comunidades e terá que se submeter a uma avaliação médica. Outro ponto importante é que é que ficou vedado o isolamento físico do usuário nesses locais.

Não há regulamentação para um trabalho em rede com os serviços de saúde e de reinserção socioassistencial, em um sistema de referência e contrarreferência, justamente uma medida imprescindível se considerarmos que muitos dependentes sofrem de comorbidades e nas comunidades não há recursos, como regra geral. As entidades de autoajuda (AA, NA, Pastoral da Sobriedade, Amor Exigente e outros) poderiam ser outro excelente recurso para usuários e familiares, as quais prestam um valioso serviço para o comprometimento para a reorganização da vida dos usuários e respectivas famílias.

A nova lei provoca uma reflexão que não se limita ao usuário, mas também alcança o combate ao tráfico de drogas. Quanto ao sistema de justiça brasileiro, por exemplo, usuários de drogas figuram em milhares de processos cíveis e criminais em todo o país, sem que lhe seja possibilitado um desburocratizado tratamento em rede. Todos os problemas sociais desaguam na justiça, mas o sistema judiciário é pensado para resolver somente o litígio em si, e não sua verdadeira causa. É necessário somar esforços conjuntos para, por exemplo, se evitar que um usuário inicial transforme-se em um dependente.

A saúde e a segurança são direitos garantidos para os cidadãos brasileiros e representam deveres do Estado. A dependência química é algo sério e que deve ser encarado pela sociedade de forma direta para o seu próprio fortalecimento. Precisamos evoluir e entrar em ação de forma conjunta para oferecer um futuro seguro para as futuras gerações e breçar o crescimento de um problema social grave. Novos rumos, às vezes, exigem medidas mais duras.

DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA RESTAURATIVA: POR UMA POSSÍVEL APLICAÇÃO EM MATÉRIA PENAL

MARIA LAURA PEREIRA DA SILVA:
Graduanda do Curso de Direito pela
Universidade Federal do Maranhão.

RESUMO: O presente artigo dispõe-se à análise da Justiça Restaurativa como uma nova forma de manejo de conflitos em matéria penal, permeando uma ligação com o tema dos Direitos Humanos. Levando em consideração as contribuições da Teoria Crítica do Direito e da Criminologia Crítica, posicionamos a Justiça Restaurativa juntamente ao Direito Penal Mínimo, a começar da ingressão de uma racionalidade ética à racionalidade jurídica. Como referência comunitária, proativa e dialogada, a Justiça Restaurativa parece destrinchar formas inéditas no âmbito do complicado conflito social e defende-se pela imprescindível tutela dos Direitos Humanos, salvaguardados pelas prerrogativas do Estado Democrático de Direito, ratificado pelo advento da Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; Direitos Humanos; Teoria Crítica do Direito; Criminologia Crítica; Direito Penal Mínimo;

ABSTRACT: This article deals with the analysis of Restorative Justice as a new way of handling conflicts in criminal matters, permeating a connection with the theme of Human Rights. Taking into account the contributions of the Critical Theory of Critical Criminology and Law, we place the Restorative Justice together with the Minimum Criminal Law, starting from the admission of an ethical rationality to the legal rationality. As a community reference, proactive and dialogued, the Restorative Justice seems to unravel unprecedented forms in the context of the complicated social conflict and defended by the indispensable protection of Human Rights, safeguarded by the prerogatives of the Democratic State of Law, ratified by the advent of the Constitution of the Republic of 1988 .

Keywords: Restorative Justice; Human rights; Critical Theory of Law; Critical Criminology; Minimum Criminal Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Teoria Crítica do Direito, Criminologia Crítica e Direito Penal Mínimo; 2.1 Definição de direito à privacidade; 3. Violação dos direitos

humanos: a desigualdade no cumprimento do direito à privacidade entre homens e mulheres; 3.1 A privação da mulher do direito à privacidade; 3.2 A desigualdade como violação dos direitos humanos; 4. Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Justiça restaurativa, modelo em construção, revela-se como um caminho alternativo que sugere uma crítica ao modelo dogmático-jurídico e ao sistema punitivo, ademais, devolve o protagonismo aos sujeitos sociais envolvidos no delito, com o objetivo de proporcionar uma reflexão sobre os caminhos para amenizar o dano. A ideia de restauratividade representa a restauração das relações sociais fustigadas pelo conflito, de forma que a atividade restaurativa possui como objetivo fornecer alternativas para diminuir o dano ocorrido, seja pela imputação ao ofensor, seja pelo envolvimento da sociedade.

A atividade restaurativa teve seu início dentro de momentos sociais que tiveram a necessidade de repensar um modo alternativo de resolução de conflitos para acontecimentos específicos, várias vezes de cunho transitório. Em inúmeras tribos indígenas ou em áreas marcadas por discrepância étnica e culturais, as atividades restaurativas foram a forma encontrada por essas comunidades para solucionar o conflito.

Dentro disso, o atual artigo objetiva explicitar a forma da Justiça Restaurativa no âmbito penal, associando-o à proteção dos Direitos Humanos enquanto dever do Estado Democrático de Direito. Para isso, serão usados como base os apontamentos apresentados pela Teoria Crítica do Direito e pela Criminologia Crítica.

É notório que as teorias e modelos da Justiça Restaurativa deduzem características demasiadas variadas, pois seu bojo é consequência de diferentes entendimentos filosóficos, sociológicos e políticos, possibilitando a atividade restaurativa ser fundamentada no enaltecimento da vítima, culpabilização do acusado, independência da sociedade e perspectiva de diálogo entre as partes.

Por fim, objetiva-se refletir sobre o conhecimento jurídico e sua influência na cultura, principalmente no que cerne ao sistema penal e aos mecanismos de controle social realizados pelo Estado.

2 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO, CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DIREITO PENAL MÍNIMO

A compreensão do Direito Penal partindo da Criminologia Crítica situa sua base da Teoria Crítica do Direito, corrente de pensamento que dita uma ultrapassagem do positivismo jurídico e do jusnaturalismo. A teoria crítica se inicia no campo da filosofia e suas construções foram realizadas pela Escola de Frankfurt, da qual os protagonistas foram Horkheimer, Marcuse, Benjamin, Adorno e Habermas, teóricos que dispunham como estudo a crítica da ciência, discussão acerca da indústria cultural, o Estado e seus aspectos de legitimidade (FREITAG, 1986, p.8).

O desenvolvimento de uma teoria crítica como classe e argumentação de legitimidade, fundada pela Escola de Frankfurt, situa sua teoria no racionalismo, que por sua vez, refere-se ao criticismo kantiano, perpassando através da dialética ideal hegeliana, pelo subjetivismo psicanalítico freudiano e terminando na reinvenção do materialismo histórico marxista (WOLKMER, 2001, p. 5). Possuindo como inspiração o Neomarxismo, o alvo fundamental de crítica dos intelectuais de Frankfurt que teorizaram sobre o Direito é o positivismo jurídico. De acordo com Bray (2005), o intuito é trivializar a legalidade dogmática tradicionalista, assim como acercar o Direito às ideologias, ao poder e às atividades sociais. Citando Wolkmer, podemos definir a Teoria Crítica como:

O instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora. Trata-se de proposta que não parte de abstrações, de um a priori dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais. (2001, p. 5)

A teoria jurídica crítica confere inéditos padrões, sugerindo caminhos diferentes, não repressivos e emancipatórios de atuação jurídica, que se manifestam através da mediação, conciliação, arbitragem, conselhos e tribunais populares (BRAY, 2005).

2.1 Criminologia Crítica e Esfera Penal

A criminologia crítica nasce com uma visão mais sistemática sobre a ocorrência do crime, a começar do qual interroga a corrente da Defesa Social, abrangendo a vítima e a regulação social. A Criminologia Crítica como vertente da Teoria Crítica do Direito Penal, justifica-se no julgamento ao intervencionismo penal, defendendo que a sanção não atinge sua finalidade, e na argumentação de um aumento de sua área de interferência para outros componentes que permeiam o direito, antes de imputada ao transgressor.

Essa fase inédita da criminologia pretende ultrapassar as teorias patológicas e determinísticas da criminalidade, a começar de uma ligação com outros ramos do conhecimento, como é característico das teorias críticas. Nesse diapasão, Carvalho (2009, p. 304) aduz que a apuração criminológica pode ser compreendida em três áreas de saber: jurídico-penal, sociológica e psicológico- psiquiátrica.

Por meio da Sociologia Jurídica se pode entender as similaridades efetivas entre Direito, dominação e poder, ao acreditarmos o campo jurídico não como uma área apartada de outras áreas de dominação social, porém como um dos caminhos de realidade das interações sociais de uma determinada sociedade e, mais estritamente, como uma forma de legitimidade do poder. Nesse sentido, nota-se que existe um diálogo entre o monopólio exercido pelo Estado e o Direito (ROJO; AZEVEDO, 2005, p. 28), não entendendo o direito como imutável, imune e puro em si próprio.

O entendimento crítico da Criminologia atual põe em instabilidade, assim, a corrente rasa de discriminação que o Direito apregoa entre determinação interna conformista (positiva) e determinação divergente (condenável), sobre o suporte da aceitação acrítica de um dever interno condenável, que dirige ao imprescindível princípio do bem e do mal que qualifica o modo de pensar penal, realizada também em cima de um suporte de aceitação acrítica da gama de valores e formas de comportamento assegurados pela sistematização penal, como um rol de

preceitos positivos de ação social partilho pela sociedade ou pela maioria dos consórcios (ROJO; AZEVEDO, 2005).

A apuração sociológica evidencia que a parte interna de sua comunidade atual subsistem, em conformidade à sua constituição plural de conflitiva, em consonância com juízos e mandamentos característicos de círculos variados ou contrastantes. Sendo assim, uma análise sociológica historicista e crítica constata a condicionalidade de toda a logística de juízos e de mandamentos sociais, em um momento da evolução da constituição social, e em virtude disso, também a condicionalidade da logística de mandamentos que são protegidos pelas leis de Direito Penal (BARATTA, 2002, p. 75-76).

2.2 Direito Penal Mínimo

O Direito Penal Mínimo tem sua base acerca do princípio penal totalmente consagrado. O da intervenção mínima (AZEVEDO, 2008). Nos ensinamentos de Santiago Mir Puig (In TORON, 1996, p. 40), refere-se a uma obrigação de economia social coesa com os princípios do estado social, que precisa primar pelo bem social com menor custo social. O objetivo é diminuir ou fracionar a atividade da área penal, descriminalizando e despenalizando as condutas. Alberto Zacharias Toron (1996) diferencia despenalização e descriminalização, admoestando que esta significa a retirada da origem criminal, conservando as sanções na esfera civil e administrativa.

O Direito Penal Mínimo avoca o contorno mais abrandado com o garantismo, na medida em que esta corrente de pensamento sugere a ratificar fundamentos de racionalidade e civilidade à interferência penal, invalidando qualquer tipo de coerção social maniqueísta que propõe o amparo social superior aos direitos e garantias individuais. Percebendo assim, a corrente garantista possibilita o nascer de uma ferramenta prática-teórica confiável à proteção dos direitos, combatendo a irracionalidade dos poderes públicos ou privados. (CARVALHO, 2002, p. 19).

Efetuando um contraste à corrente de pensamento juspositivista tradicional – quando o fácil estudo dos processos formais era considerável para sua validação – a corrente garantista, apoiado por Ferrajoli (1999) que nomeia de Estado Democrático de Direito, traz uma nova racionalidade de administração das leis, baseado em um novo arquétipo, que deve delimitar a normatização estatal atual.

Ferrajoli (1999, p. 22) aduz:

(...) el paradigma del Estado constitucional del derecho – o sea, el modelo garantista, no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo la vigencia y la validez, la forma y la substancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación substancial o, si se quiere, la ‘racionalidad formal’ y la ‘racionalidad material’ weberianas.

Como se observa, de acordo com o pensamento garantista, afirma-se fulcral a submissão da característica substancial da norma jurídica aos conceitos inaugurados pela Lei Maior.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA, DIREITO PENAL MÍNIMO E DIREITOS HUMANOS: APRESENTANDO POSSIBILIDADES

Walgrave (2008, p. 11) defende que a Justiça Restaurativa não se refere somente a um novo caminho pra lidar com o crime, e sim, um modelo ético e social. Sendo assim, as novidades trazidas pela forma restaurativa na seara penal viabilizam a existência de debates teóricos-críticos relacionados com a função do Direito e do sistema penal.

3.1 Modelo Restaurativo e Direito Penal Mínimo

No presente artigo, com base nas teorias críticas do direito e do direito pena mínimo, colocamos a Justiça Restaurativa no mesmo locus que a noção de um Direito Penal mínimo, estabelecendo uma aproximação que excede as fronteiras da dogmática jurídica e de que a pena é a única forma de repressão estatal ao crime. Embora concorda-se com a teoria abolicionista, entende-se que deve haver um minimalismo em substituição ao abolicionismo no que concerne a aplicação da Justiça Restaurativa, levando em consideração a sua introdução no sistema penal, tornando imprescindível o emprego de sanção ao fato delituoso. Refere-se, então, ao confronto do delito a começar de uma proposição despenalizadora, e não descriminalizadora, tendo em vista que a ação continua sendo típica, porém, consegue resposta sancionatória que não seja a pena (DEDAVID, 2011).

Sendo assim, defendemos a indispensabilidade de uma análise que permeia a problematização do Direito Penal, sendo caracterizada pela adequação à realidade atual e que possa atuar de acordo com os *labirintos do controle penal* (ANDRADE, 2006, p.182) visando um caminho equilibrado. De acordo com Andrade (2008, p. 182), a saída que se adequa à realidade em que estamos inseridos não é a inclinação para o minimalismo ou abolicionismo, porém, a competição desonesta entre o efficientismo e abolicionismo, conciliados pelo suposto acordo seguro entre minimalismos de dupla identidade.

A colocação de limites e conceituação da obrigação do titular da pretensão punitiva do sistema jurisdicional já são requisições defendidas pela corrente garantista. Não se notam, por conseguinte, de acordo com Kosen (2007, p. 98), contradições ou obstáculos para o convívio harmonioso do desse modelo restaurativo com o modelo garantista. Por conta disso, em substituição às penas alternativas, sugestiona-se uma mudança da radica forma de lidar com os resultados do crime como algo exclusivamente exercido pelo poder estatal. A questão em comento não é unicamente uma problemática jurídica, e sim, um caminho para se adotar o desenvolvimento de novas ou outras acepções.

O modelo restaurativo defende uma forma que não destina-se especificamente para o abolicionismo, sequer unicamente busca soluções à punição. O que apregoa a restauratividade é um novo método encarar o delito, com participação dos legítimos interessados, no início, durante ou após a atuação da jurisdição, com a introdução de possíveis e legítimos acertos.

Levando em consideração que a Justiça Restaurativa não necessita da tutela jurisdicional para a sua execução, defendemos que a sua proposta vai se acordo com os interesses do Estado Democrático de Direito e com os Direitos Humanos, objetivando conciliar-se com justiça formal no que se fizer necessário.

3.2 Modelo Restaurativo e Direitos Humanos

Com a inauguração do modelo constitucionalista, observamos os Direitos Humanos sendo positivados e gozando de um status privilegiado dentro do ordenamento jurídico. Nesse diapasão, entende-se que os Direitos Humanos são o apoio e o parâmetro do Estado Democrático de Direito.

A modelo restaurativo, como nova forma de administração dos conflitos dentro do sistema penal, procura humanizar o processo penal, a começar do envolvimento das “partes” envolvidas no crime, para que estes, detidos de direitos, consigam encontrar uma solução para a reparação dos danos. Nesse ponto de vista, levamos em consideração que o resguardo aos Direitos Humanos, como limitador do poder normativo estatal, deve ser o apoio de todos os procedimentos que se intencione regulamentar o conflito social. Seguindo esse raciocínio, a inquietação trazida pelo garantismo, teoria que apregoa um freio à repressão estatal está de acordo com os ideais do Estado Democrático de Direito, e que contrapõe o modelo de Estado Policial ou Penal.

Contrapondo a corrente que critica o processo adotado pela Justiça Restaurativa, a simplicidade do procedimento e o acercamento do réu e da vítima não está, de maneira nenhuma, defendendo uma fraqueza ou adulteração das garantias processuais penais. O dito, intenta dar uma falsa conclusão de que a justiça restaurativa visa acabar com a proteção dos direitos humanos, como se sua proteção material ocorresse somente mediante regulação normativa que permeia o processo penal tradicional. No mesmo sentido, ao se sugerir um modelo que possa realizar-se a esmo do contexto judicial - anteriormente ou após o processo penal, a crítica também definha, no que concerne a gerência ou eficiência, para justificar atividades restaurativas a começar da rapidez processual e da diminuição das demandas judiciais.

Esse objetivo, ainda que alcançado em virtude de processos restaurativos, não norteia o modelo de justiça restaurativa, tendo em vista que ele apregoa uma outra maneira de compreender o delito e não somente de contestar a ele. Diversas vezes, o que se responde é o contrário, tendo em vista a indispensabilidade de desenvolvimento de encontros restaurativos, a começar da introdução da vítima e da sociedade dentro do processo, transformando os processos em mais longos e demorados, não sendo um argumento eficiente que torne possível uma crítica ao modelo restaurativo.

Dentro do discutido, Scuro Neto (2005) aduz que, na América Latina, o contato com as ferramentas alternativas de resolução de conflitos e controvérsias, baseiam-se na ideia de um sistema de justiça eficiente, cuidadosamente adulterado por agências como USAID, PNUD, Work Bank e BIRD, para países em desenvolvimento. Essa ficção objetiva que a Justiça seja eficiente em juntar cada conflito na sociedade

com um caso judicial - tarefa que, em realidades que possuem um crescente aumento do crime e insuficiência de recursos, conseqüentemente leva a um impasse.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos auxílios da Teoria Crítica do Direito e do Direito Penal, foi possível alargar a compreensão do fenômeno do crime, introduzindo-o em um sistema complexo, que se menciona não somente à figura do criminoso e ao crime em si, porém aos motivos determinantes para a criminalização a partir do controle social. Partindo da teoria crítica, vislumbrou-se a relevância de refletir sobre o liame entre a proteção dos Direitos Humanos, origem do Estado Democrático de Direito, e os objetivos da Justiça Restaurativa.

Se a justiça possui como meta constante a manutenção da ideia da convivência humana, faz-se mister pensar em como tornar possível que essa humanização ocorra no interior do sistema penal, nas relações entre as partes da justiça, e como a Justiça Restaurativa, nas suas similaridades com os Direitos Humanos, viabiliza essa harmonização. A inclusão da dialética do encontro, de entrega ao outro o status de sujeito e a busca de compreensão em razão do ideal ético, traz ao processo penal uma nova forma de pensar, que se volta para o abrandamento do conflito partindo de uma partilha social da responsabilidade pelo delito.

Da mesma forma que o ideal restaurativo sugere, aqui também se almeja fazer o bom uso da palavra, procurando muito mais questões a serem suscitadas para a construção de um saber crítico. Concorda-se com a colocação feita por Souza (2008), ao sugerir que a Justiça Restaurativa talvez não seja a melhor denominação para esse entendimento, mas sim Justiça Instaurativa – instauração de um âmbito, instauração de uma janela, instauração de um encontro, instauração de um novo racionalismo em matéria penal. Para Zuge (2010, p. 118), instauração também de uma fantasia.

Diante disso, finaliza-se o presente artigo refletindo sobre a lancinante necessidade de que os estudos que tangem aos novos modelos de manuseio da justiça em matéria penal sejam alargados, possibilitando a criação de novos caminhos e novas perspectivas ao complicado fenômeno do conflito penal.

REFERENCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão.** Revista Seqüência, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Sistema Penal e Constituição. Resumo de material. Texto exclusivamente autorizado para alunos da disciplina de Direito Penal I, Faculdade de Direito, UFRGS, 2º semestre 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à Crítica do Direito Penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 29-30.

BRAY, Renato Toller. **Um estudo sobre a relação entre a teoria jurídica crítica e o pluralismo jurídico.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 849, 30 out. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7503>. Acesso em: 30 mar. 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCRIM, Ed. Revista dos Tribunais, ano 17, n. 81, p. 293-338, nov-dez 2009.

DEDAVID, Juliana Aguiar. **Justiça Restaurativa e Direitos Humanos:** por um possível diálogo em matéria penal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 122. 2011.

FREITAG, Barbara. **A Teoria Crítica: ontem e hoje.** 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROJO, Raul Enrique; Azevedo, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociedade, direito, justiça. Relações conflituosas, relações harmoniosas? Sociologias, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 16-34.

SCURO NETO, Pedro. **Manual de Sociologia Geral e Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SOUSA, Edson Luis André de; ZÜGE, Márcia Barcellos Alves. **Direito à palavra: Interrogações Acerca da Proposta da Justiça Restaurativa (inédito)**

SOUZA, Ricardo Timm. **Em torno à diferença: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos: o mito da repressão penal**. São Paulo: RT, 1996.

WALGRAVE, Lode. **Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship**. Cullompton: Willan Publishing, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

BREVE REFLEXÃO SOBRE A DINÂMICA DA INDÚSTRIA EXTRATIVA DE RECURSOS MINERAIS EM MOÇAMBIQUE

FILIPE SERAFIM MAPILELE: Mestrando em Direito e Negócios Internacionais, Licenciado em Filosofia, especialidade em Gestão de Recursos Humanos e Ética. É Administrador de uma organização de pesquisa em ciências biomédicas, pesquisa social, tecnologias de desenvolvimento local, com larga experiência em Administração empresarial. Docente em tempo parcial das áreas de Direito, Administração Pública e Gestão de Recursos Humanos.

Resumo: O presente estudo sobre o papel dos mega-projectos na promoção do desenvolvimento, a partir de uma análise sobre a observância das obrigações de responsabilidade social legais e morais na realidade moçambicana, parte de uma análise do cenário vivenciado pela comunidade africana e moçambicana em particular, no que alude ao descobrimento dos recursos naturais, minerais e energéticos no subsolo africano, o que atrai muitos investimentos estrangeiros, que por via dos mega-projectos passam a explorar os recursos naturais aqui existentes. Repetidas vezes tem se notado conflitos entre as comunidades locais onde se instalam os mega-projectos, que consistem em lutas por terras onde antes viviam e praticavam suas actividades de produção como agricultura, pesca, bem como suas zonas habitacionais, que por força dos maiores interesses do Estado, devem dar lugar aos mega-projectos, e como há recorrentes deficiências na implementação dos planos de reassentamentos, assistem-se conflitos permanentes.

Palavras-Chave: Desenvolvimento, Responsabilidade Social, Mega-projectos, Estado, Acordos de Desenvolvimento.

Abstract: The present study on the role of mega-projects in promoting development, based on an analysis of compliance with legal and moral social responsibility obligations in Mozambican reality, is part of an analysis of the scenario experienced by the African and Mozambican community in particular, in what refers to the discovery of natural mineral and energy resources in the African subsoil, which attracts many foreign investments, which through the mega-projects start to

explore the natural resources here. Conflicts have repeatedly been noted between the local communities where the mega-projects take place, which consist of struggles for land where they used to live and practice their production activities such as agriculture, fishing, and their housing areas. State, must lead to mega-projects, and as there are recurrent shortcomings in the implementation of resettlement plans, there is ongoing conflict.

Keywords: Development, Social Responsibility, Mega-projects, State, Development Agreements.

Introdução

Nas últimas duas décadas, o continente africano conheceu um novo fenómeno económico com o advento dos mega-projectos que trabalham essencialmente nas indústrias mineiras. Moçambique não escapou a esta nova forma de dinamização económica que se propagou com grande celeridade um pouco por todo o continente, a considerar as várias descobertas dos recursos minerais que os países foram notando.

A materialização dos mega-projectos tem sido por via de investimentos de capitais estrangeiros, das empresas multinacionais ou transnacionais, que instalam-se nos países africanos com a finalidade de extrair os recursos minerais. Assim, fica sobejamente conhecida a indústria extractiva em sua maioria em África e a processadora em outros cantos do mundo.

Contudo, os mega-projectos têm gerado um aceso debate sobre o seu papel na promoção do desenvolvimento local, bem como no grau de cumprimento das suas responsabilidades sociais, sejam as demandadas da lei, sejam as que se figuram como sendo de índole moral. Tal é o caso por um lado, de sentir-se uma necessidade da comunidade local onde se instalam os mega-projectos e poder satisfazê-la. Por outro, a forma como se tem materializado o cumprimento da responsabilidade social por parte de algumas empresas no âmbito dos mega-projectos pode levar em certa medida a questionar a legitimidade do Estado na provisão dos serviços básicos aos cidadãos, quando por exemplo há registos de empresas que constroem escolas, hospitais, etc.

As acções de Responsabilidade Social Empresarial (RSE) como a construção de infra-estruturas sociais para a educação e saúde, a geração de emprego, entre outras são muitas vezes referenciadas em muitos discursos, principalmente políticos e de empresas, como aspectos positivos que complementam as acções do governo, devendo por isso ser promovidas e valorizadas. Entretanto, no entender de Schroeder e Schroeder (2004), estes discursos muitas vezes negligenciam componentes não menos importantes como a intenção das empresas ao desenvolver iniciativas sociais, o risco das comunidades tornarem-se dependentes destes mega-projectos e a possibilidade de fragilização do papel do Estado.

A exploração dos recursos africanos faz parte de um processo desencadeado após as invasões estrangeiras ao continente desde os fins do século XV e início do século XVI. Actualmente, a renovação das invasões, por meio daquilo que Kwame Nkruma e Thomas Sankara haviam denunciado sob o nome de Neocolonialismo, demonstram a corrida por recursos africanos devido à crescente demanda internacional por matérias-primas. Os principais actores económicos nesse cenário são os antigos exploradores (Europa e países centrais) e países em desenvolvimento, que aproveitaram-se do apaziguamento de conflitos em alguns países, tendo como consequência a diminuição dos riscos económicos para que multinacionais possam actuar em algumas nações africanas (Martins, 2016, p. 67).

O facto a questionar é se realmente estes recursos que a corrida ao acesso e controlo intensificou-se, estão a promover algum desenvolvimento local. Ora, em certa análise infere-se que os mega-projectos isentam-se das suas responsabilidades sociais como empresas inseridas em comunidades, o que faz com que a pobreza continue se agravando.

Para Castel-Branco (2010), a chegada dos chamados “mega-projectos” criou desequilíbrios e níveis de concentração de produção e comércio exterior sem precedentes, sobretudo com os investimentos no sector do alumínio (Mozal), gás natural, hidrocarbonetos e carvão. Portanto, o padrão de acumulação baseia-se, por um lado, no papel preponderante dos interesses capitalistas multinacionais na extracção de recursos minerais (e naturais em geral) e em mínimas actividades de processamento e, por outro lado, na capacidade do Estado moçambicano de atrair fluxos de capital público estrangeiro (ajuda externa) para financiar despesas de cariz social e sustentar o Aparelho do Estado.

A importação ou contratação de empresas estrangeiras reside principalmente no facto de o tecido económico nacional não ter capacidade para satisfazer a demanda das multinacionais. Mosca (2012) debate a questão de contratação de empresas estrangeiras em detrimento das locais, como também factores que contribuem para o não enriquecimento das comunidades locais, o que pode estar ligado à sonegação das autoridades locais, podendo fazer emergir futuramente conflitos que possivelmente podem ser evitados.

No quadro legislativo, as Nações Unidas (ONU), através da resolução 1803, que estabelecem o Princípio da Soberania Permanente, reconhecem a existência da soberania dos Estados sobre os seus recursos. Embora esta resolução conceda aos Estados amplos poderes para se servirem dos seus recursos como bem entendem, a mesma prescreve o contexto dentro do qual os Estados devem agir. Ela exige que os Estados exerçam esta soberania no interesse do povo, afirmando que os “direitos dos povos e das nações à soberania permanente sobre as suas riquezas e recursos naturais deve ser exercido no interesse do seu desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo do Estado em causa”. Esta é uma doutrina de soberania permanente, que também pode ser encontrada na Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1974 como o elemento fulcral do que veio a ser chamado de Nova Ordem Económica Internacional.

O artigo 2 da carta refere que “cada Estado tem e deve exercer livremente plena soberania permanente, incluindo posse, uso e determinação do destino de toda a sua riqueza, recursos naturais e actividades económicas”. Esta disposição confere maiores poderes de soberania e pertença aos países africanos. Todavia, a sua inexperiência e falta de recursos (materiais, financeiros e humanos), para a extracção e transformação dos recursos naturais em benefício do povo africano, fazem com que as economias locais continuem atrasadas.

No caso específico de Moçambique, foi adoptada a Política de Responsabilidade Social Empresarial na Industria Extractiva (PRSEIE) apresentada pelo Ministério dos Recursos Minerais (MIREM), com a qual são delimitadas as acções de RSE, que os mega-projectos devem observar na sua relação com as comunidades. Durante a nossa abordagem, vamos analisar com maior precisão os pontos essenciais regulados por esta PRSEIE, podendo aferir e questionar a sua exiguidade na resposta aos desafios da promoção do desenvolvimento local, bem

como na geração de uma independência económica futura por parte das comunidades.

1. A Exploração de recursos naturais em Moçambique

Moçambique possui muitos recursos naturais (RN), na sua maioria, ainda por explorar. São conhecidos importantes depósitos de RN como carvão mineral, gás natural, bentonite, berilo, cobre, tantalite, ouro, grafite, ilimenite, rutilo, bauxite, ferro, zinco e muitos outros. Desses minerais, apenas o titânio, tântalo, mármore, ouro, carvão, a bauxite, o granito, o calcário e o gás natural é que estão a ser explorados. Os principais RN cuja exploração envolve mega-investimentos no país são: o carvão mineral, o gás natural e as areias pesadas. Recentemente, o país entrou na lista dos produtores de petróleo com a descoberta deste recurso em quantidades comerciais próximo do campo de gás de Temane.

Segundo o Instituto Nacional de petróleo(INP) (2014), as primeiras pesquisas de hidrocarbonetos no país remontam a 1904, sendo que em 1948 houve pesquisas de petróleo no litoral de Moçambique (Cabo-Delgado, Sofala e Gaza). O gás de Pande foi descoberto em 1961, seguido pelo gás de Búzi (em 1962) e Temane (em 1967). Embora a descoberta dos RN tenha-se registado desde o início do século XX, foi preciso esperar pelo ano 2000 para que estivessem criadas as condições propícias à sua exploração em Moçambique.

Segundo Rolo e Tschanze (2014), o ambiente político que então se vivia na África Austral, o petróleo abundante e barato e a ausência de uma procura local ou regional significativa e sustentável que justificasse a exploração dos recursos, aliados à guerra civil, foram obstáculos que impediram a exploração do gás natural em Moçambique numa primeira fase.

Como expõe Zeca (2013), a evidência a partir dos dados existentes indica que em Moçambique, a exploração dos RN tem conhecido uma rápida expansão nos últimos anos, como resultado do desenvolvimento dos grandes projectos, nomeadamente: o projecto de fundição de alumínio da Mozal (em Bebeluane), os projectos de gás natural de Pande e Temane, os projectos de areias pesadas de Moma e Chibuto e os projectos de carvão mineral na Província de Tete.

Tabela 1 Mega-projectos na exploração de recursos naturais em Moçambique

| Minerais | Início de Produção | Produto (10 ⁶) | Investidores (Localização) | Investimento US\$ (10 ⁶) |
|----------------|--------------------|----------------------------|----------------------------|--------------------------------------|
| Alumínio | 2000 | 2,45ton/ano | Mozal (Beluluane) | 2.100 |
| | 2003 | 2,45ton/ano | | |
| Carvão | 2011 | 26ton/ano | Vale (Moatize) | 1.320 |
| Carvão | 2012 | 20ton/ano | Rio Tinto (Benga) | 850 |
| Carvão | (na) | 2ton/ano | JSPL (Changara) | (na) |
| Gás Natural | 2004 | 120GJ/ano | Sasol (Temane e Pande) | 500 |
| | 2011 | 183GJ/ano | | 600 |
| Areias Pesadas | 2007 | 1,2ton/ano | Kenmare (Moma) | 660 |
| | 2011 | | | |
| Ilmenite | | 0,56ton/ano | | |
| Zircão | | | | |
| Rutilo | | 0,21ton/ano | | |

Fonte: Ministério dos Recursos Minerais (2010)

2. A Política de Responsabilidade Social Empresarial na Indústria Extractiva: âmbito e surgimento

Embora o debate sobre a RSE não constituir um novo marco em Moçambique, o seu interesse actual e a forma como está sendo conduzido tornaram-se cada vez mais interessantes, dado ao advento dos mega-projectos e

as polémicas que se vivem nas comunidades onde estes se instalam. Certo é que os problemas como reassentamentos nos locais onde se instalam os mega-projectos, passaram a marcar as principais notícias nos órgãos de comunicação social, o que de certa forma desperta uma preocupação em todos os intervenientes sociais, como o governo, a sociedade civil, as academias, bem como a classe empresarial.

No entender de Langa e Massingue (2014), a Política de Responsabilidade Social Empresarial para a Indústria Extractiva (PRSEIE) mostra na sua origem estar ligada a vários aspectos, entre os quais, os benefícios fiscais concedidos aos mega-projectos, transparência nos contratos, a polémica nos reassentamentos por não envolverem directamente as comunidades locais. Estes aspectos todos conjugados, forçaram o Estado Moçambicano a encontrar uma forma de dirimir a forma como se deve conduzir e materializar a RSE e todas as outras componentes necessárias para que as comunidades que vivem nas zonas atingidas pelos mega-projectos, fossem deslocadas com segurança e garantidos os seus serviços básicos.

Com efeito, à partida, torna-se problemático referir sobre a segurança e garantia dos serviços básicos, uma vez já referida a falta de transparência nos contratos e o envolvimento directo das comunidades. Por isso mesmo, assiste-se cada vez mais a insatisfação das comunidades relativamente aos mega-projectos.

Certo é que os reassentamento que têm vindo a ser impulsionados para dar lugar aos mega-projectos, deslocam as comunidades das suas zonas de labor e habitação habituais, para novas zonas em que os pastos, a agricultura, as actividades tradicionais, são menos fáceis por agregados vários aspectos, como a fertilidade da terra, a distância com os mercados habitados, entre outros aspectos que ditam de forma clara o nível de vida das comunidades ora afectadas.

Langa e Massingue apresentam alguns dados de manifestações dos populares em Moatize – Tete, diante da mineradora Vale Moçambique, onde reivindica-se as condições de vida que são já problemáticas.

Quadro 1 – Dados de protestos em Moatize nos anos 2012 e 2013

| Data (s) do protesto | Número de participantes | Acontecimentos |
|-----------------------------|--------------------------------|-----------------------|
|-----------------------------|--------------------------------|-----------------------|

| | | |
|-------------------------------|-------------------------------|--|
| <p>10 de Janeiro de 2012</p> | <p>Cerca de 700 famílias</p> | <p>Bloqueio da passagem ferro e rodoviária na zona de Cateme, reivindicando as condições de vida em que ficaram sujeitas com o reassentamento e o valor pago como indemnização e compensação pela deslocação.</p> <p>Como consequência, o transporte de carvão da mina para ao porto foi paralisado. Houve actuações violentas detenções por parte da polícia e das Forças de Intervenção Rápida (FIR), ameaças e intimidações aos protestantes.</p> |
| <p>16 de Abril de 2013</p> | <p>Cerca de 1300 famílias</p> | <p>Manifestação em frente as instalações da Vale onde se exigia diálogo com os responsáveis da empresa, a propósito da exigência do valor remanescente de compensação pela perda de terras. Na ausência de resposta por parte da Vale, os manifestantes bloquearam as entradas principais da mina. Houve presença da polícia sem nenhum registo de confrontações violentas.</p> |
| <p>23 de Dezembro de 2013</p> | <p>Cerca de 200 famílias</p> | <p>Bloqueio de um dos acessos a mina da Vale, exigindo uma vez mais o valor remanescente das compensações. Não houve relatos de confrontos exacerbados com a polícia.</p> |

Fonte:Langa e Massingue (2014, p. 231)

Estes acontecimentos que marcaram também os principais órgãos de comunicação social, a sociedade civil moçambicana (SCM), forçaram o Estado Moçambicano, através do MIREME a estabelecer uma PRSEIE, que é divulgada a partir da Resolução de 9 de Outubro de 2013.

A PRSEIE funda-se nos princípios da norma do *International Organization for Standardization*^[1] (ISO) 26000 lançadas internacionalmente a 1 de Novembro de 2010, na Cidade de Genebra, Suíça. Conforme explica o Instituto Observatório Social (2011), a ISO 26000 é uma norma que estabelece as directrizes sobre responsabilidade social através de um escopo amplo que incorpora a dimensão social, ambiental e económica do desenvolvimento sustentável envolvendo questões relativas aos direitos dos consumidores, comércio justo, direitos humanos e trabalhistas, combate a todo tipo de discriminação, protecção às populações vulneráveis e relacionamento com as comunidades. Diante de visões diferenciadas e práticas questionáveis, essa norma, pelo seu conteúdo e metodologia de construção, poderá ser uma referência para definição de políticas e práticas das empresas e organizações em relação à responsabilidade social.

3. Principais regulações da Política de Responsabilidade Social Empresarial na Indústria Extractiva

A nossa análise explora da PRSEIE três pontos importantes regulados, nomeadamente a política de reassentamentos, as iniciativas de desenvolvimento local e a forma de estabelecimento dos acordos de desenvolvimento local. Nesta secção são estudados a dimensão legal e moral da PRSEIE, que em certa forma questiona como prevalece a legitimidade do Estado nas acções de RSE dos mega-projectos e a geração de uma dependência económica e produtiva por parte das comunidades.

3.1. Política de reassentamentos

O Governo Moçambicano estabeleceu dois instrumentos legais para regular a política de RSE no país, nomeadamente a Política de Responsabilidade Social Empresarial para a Indústria Extractiva (PRSEIE) – de 9 de Outubro de 2013 e a Política de Responsabilidade Social Empresarial para a Indústria Extractiva de Recursos Minerais (PRSEIERM) – Resolução nº. 21/2014 de 16 de Maio. Sendo o primeiro instrumento legal do âmbito geral por incluir a indústria mineira e a indústria de petróleo e gás e, o segundo instrumento legal específico para a indústria dos recursos minerais. Com efeito, os dois instrumentos têm a mesma origem de que abordamos no ponto anterior.

O número 2 do artigo 43 da Lei nº. 14/2002 – Lei de Minas, estabelece que “o uso de terra para explorações mineiras tem prioridade sobre os outros usos da

terra quando o benefício económico e social relativo as operações mineiras seja superior". A referida disposição legal, coloca claramente em segundo, terceiro planos o uso de terra para a habitação, agricultura, pastagens, pesca, etc., que têm sido as principais actividades desenvolvidas pelas famílias nas zonas onde se instalam os mega-projectos de mineração.

Numa leitura moral e social, pode-se inferir uma pouca boa fé por parte do legislador, visto ser comum que os mega-projectos de mineração não se realizam nas zonas urbanas, mas sim, nas zonas onde habitam populares de baixa renda, e que a sua sobrevivência depende essencialmente da produção que a terra lhes dá em agricultura e outras formas artesanais de explorar a terra.

Comummente tem se notado que os reassentamentos que dão lugar aos mega-projectos de mineração são os mais problemáticos e polémicos, pois acontecem sem que estejam criadas as condições necessárias mínimas para a vida dos populares. Ou seja, são deslocados das suas terras férteis para a agricultura para zonas menos férteis e com distanciamento longo relativamente a outras instituições como hospitais, escolas, mercados, o que torna a sua renda de vida logicamente mais baixa, passando para os níveis de pobreza cada vez mais graves.

Mário (2015), faz uma alusão aos reassentamentos começando por distinguir que existem os chamados reassentamentos *benignos* e os reassentamentos *malignos*. Logicamente que os benignos são os advindos da realização de grandes projectos para a economia do país, que mudam a vida dos populares reassentados para o melhor. Os malignos são os que ocorrem em consequência dos fenómenos naturais como cheias, ciclones, entre outros. Este autor constata que os reassentamentos benignos em Moçambique também são malignos: a vida do povo agrava a pobreza.

O maior, mais mediático e também mais violento protesto contra as más condições de reassentamento e falta de cumprimento das promessas feitas por um investidor num grande projecto mineiro (companhia brasileira Vale), aconteceu em Janeiro de 2012, quando centenas de famílias transferidas de Moatize para Cateme decidiram impedir a circulação de comboios com carvão na linha férrea que liga Moatize ao porto da Beira (a chamada Linha de Sena) (Mosca & Selemene, 2013, p. 11).

Ora, a alínea a) do ponto 2 da Resolução nº. 89/2013 de 31 de Dezembro, sobre a pertença dos RN, refere que os recursos minerais que se encontram no solo e subsolo, nas águas interiores, no leito mar territorial, na zona económica exclusiva e na plataforma continental da República de Moçambique, incluindo os recursos minerais situados no leito marinho e no subsolo do leito marinho do mar territorial, são propriedade do Estado”. Pelo entendimento teórico que se tem do Estado, ele é formado pelo povo, poder político e o território, o que à partida confere plenos direitos e deveres aos populares, bem como a sua dignidade de intervir nos projectos de mineração.

A respeito da dignidade, a alínea a) do ponto 3 sobre os princípios da política na Resolução nº. 21/2014 de 16 de Maio, refere que “as actividades de exploração dos recursos minerais devem ser conduzidas com base no respeito permanente pela dignidade e direitos humanos, pelo direito à estabilidade social das comunidades locais, e pelo direito ao progresso económico e social de todos os cidadãos nacionais”. Esta disposição conflitua com os cenários que se tem assistido nas comunidades onde se instalam os mega-projectos.

Um denominador comum tem caracterizado estes processos de ‘desenraizamento comunitário’: estes têm sido conduzidos de forma profundamente autoritária, em que em nenhum momento a opinião das comunidades afectadas é tida em consideração, e, mais grave ainda, com perturbações graves no gozo de direitos humanos básicos, como o direito a habitação e alimentação condignas; acesso a terra arável, a serviços mínimos de saúde e de educação e a meios de vida essenciais. Nesse sentido, e visto que o anúncio da exploração de recursos naturais coincide com o anúncio da remoção das comunidades locais para outras regiões, geralmente muito pobres em recursos básicos como água e terra arável, o primeiro impacto sobre os primeiros ‘donos’ é um sentimento de que ser originário de uma região rica em recursos é uma maldição, que leva ao sofrimento, através de desterro, para terras pobres e isoladas (Mário, 2013, p. 34).

Portanto, a polémica dos reassentamentos deve estar clarificada no quadro legal, podendo estabelecer os pontos principais de que se deve conduzir, as exigências que se devem cumprir, e criar comités de monitoria e avaliação destas acções, que devem incluir todas as partes interessadas, nomeadamente os investidores, o governo (representação do Estado), as comunidades afectadas, a

sociedade civil. A inclusão da sociedade civil, enquanto instituições com um entendimento considerável, será de ajudar na salvaguarda dos interesses das comunidades afectadas pelos mega-projectos, porque como se tem assistidos são comunidades na sua maioria formadas por pessoas desprovidas de conhecimento da legislação, direito e outras garantias que se lhes devem ser preservadas.

3.2.A transparência

O tema da transparência constitui um debate antigo e permanente na esfera pública e privada em África e particularmente em Moçambique. Tem-se falado muito da transparência nos processos de governação, da gestão da coisa pública e da necessidade de haver maior afluência de informação e comunicação entre as instituições e o público em geral.

A SCM tem insistido nos esforços de alertar a necessidade de transparência e publicação dos contratos de mineração na íntegra, de tal forma que as comunidades e pessoas interessadas possam consultar para seu uso e contribuir activamente na vida do Estado. Entretanto, da leitura que se faz sobre os principais dispositivos legais nacionais sobre a indústria extractiva é quase que omissa a estratégia de comunicação com as comunidades sobre os mega-projectos.

A lei nº. 34/2014 de 31 de Dezembro – Lei do Direito à Informação, estabelece no seu artigo 13 que “o exercício do direito à informação compreende a faculdade de solicitar, procurar, consultar, receber e divulgar informação de interesse público”. Porém, quando são solicitadas informações, mesmo que sejam no âmbito de elaboração de trabalhos científicos para interesses académicos, várias organizações declinam-se a faltar a informação ou mesmo forjam os dados.

No âmbito da indústria extractiva não há uma disposição legal ainda, que obrigue os mega-projectos a divulgar os seus relatórios contabilísticos, planos e acções em RSE, resultados de produção, mercados a explorar, etc. Comumente os mega-projectos entendem-se como autónomos na produção e prestação de contas. Estes actos questionam o princípio de ‘bom comportamento ético’ que se propaga na nossa praça.

Contrariamente à demanda da SCM que tem insistido na necessidade de uma maior transparência nos negócios de mineração, divulgação na íntegra dos contratos, assiste-se um cenário em que o artigo 23 da Lei nº. 15/2011 de 10 de

Agosto – Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP), limita-se na exigência da publicação dos termos principais do contrato, do relatório e do balanço contabilístico das actividades e, não vai a fundo das questões mais essenciais que têm sido o principal foco dos problemas vividos nas comunidades afectadas pelos mega-projectos, problemas de fiscalidade e geração de receita.

Para Langa e Massingue (2013, p. 233), “PRSEIE é retrógrada em relação à tendência actual de tornar públicos os contratos de exploração mineira e petrolífera conforme consta das propostas de revisão das leis de minas e petróleos, apresentadas pelo governo”. Aliás, o quadro constitucional do país já se refere ao direito do acesso à informação, o que também já é estabelecido por uma lei própria.

Pode-se esperar que haja alguma resposta à inquietação da SCM nos próprios tempos, sobre esta matéria em particular, se se considerar que a Lei do Direito à Informação também é produto de uma longa caminhada de apelação da SCM para que o Estado legislasse sobre a matéria. Contudo, considerando ser o presente o piloto da indústria extractiva, é urgente que a legislação obrigue a uma maior transparência e partilha de informação, que permitirá melhor monitoria e acompanhamento por parte da SCM e todos os actores sociais interessados.

4. Os incentivos fiscais aos mega-projectos

Um dos principais debates em volta dos mega-projectos no país centra-se na fiscalidade, enquanto a capacidade que os Estado têm, por meio das legislações diversas, para arrecadação dos impostos dos mega-projectos e contribuir significativamente para o crescimento económico (CE) do país. Todavia, as definições estabelecidas nas legislações, deixam uma preocupação para os académicos e a SCM sobre como será possível a arrecadação de maiores receitas com estas legislações que estabelecem quase paraísos fiscais.

Nuvunga (2013), faz uma leitura segundo a qual a forma como as legislações lidam com a fiscalidade nos mega-projectos, poderá acabar os RN sem pagar os impostos devidos aos cofres do Estado Moçambicano. Existe uma série de incentivos que a legislação oferece aos mega-projectos em mineração, sobretudo nas primeiras fases de exploração, que pelo tempo que é oferecido, sente-se que a sociedade pouco ganha em impostos destes mega-projectos.

Numa outra análise é preciso notar que a falta de transparência na gestão dos negócios de mega-projectos de mineração, faz com que a SCM e todas as forças vivas da sociedade não tenham os dados exactos sobre a exploração mineira e o que o Estado poderia reter na fonte como impostos. O que torna o trabalho de monitoria da indústria extractiva para o CE do país, de difícil acesso.

O anúncio de renegociação de algumas cláusulas contratuais de alguns dos grandes projectos é um passo importante para o desenvolvimento do país, todavia incerto por ocorrer num contexto de falta de transparência. O entendimento é o de que antes da renegociação, o governo devia publicar os contratos que assinou com as empresas multinacionais para, numa base independente, se aferir a medida em que são ou não um bom negócio para o país. Recorde-se que o governo recusa publicar os contratos, alegadamente para não criar um ambiente de tensão na sua relação com as empresas, uma vez que os contratos contêm informação estratégica comercial e concorrencial. Mesmo perante o argumento de que outros países em vias de desenvolvimento, incluindo Africanos, publicaram os contratos e não houve tensão com as empresas, o governo se mantém irredutível (Nuvunga, 2013, p. 1).

De certo modo infere-se que o Estado (ou o Governo) compactua com o secretismo nos negócios de mineração. Embora se verifiquem volumes de exportação de produtos mineiros, ao analisar os gráficos de crescimento do PIB, não se nota uma maior contribuição da indústria extractiva. Referem Brynildsen e Nombora (2013, p. 13), que “olhando para Moçambique, verifica-se que, conquanto o sector extractivo tenha representado 10% das exportações do país em 2010, contribuiu apenas com 3,3% das receitas fiscais totais”.

As EMN's possuem uma série de isenções e reduções dos impostos, tal é o caso do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), que têm completa isenção em todas as suas transacções, os Impostos sobre os Rendimentos também têm isenções e reduções. Estão igualmente criadas as zonas francas, em que as EMN's maioritariamente fazem parte.

Ora, num contexto em que a contribuição da pessoa colectiva é muito reduzida e com isenções, a pessoa singular é a que mais contribui. Ou seja, há um certo agravamento no Imposto sobre Rendimento da Pessoa Singular (IRPS), que é deduzido directamente do salário do trabalhador. A isto, Brynildsen e Nombora (2013, p. 12), considerando o exemplo da mineradora Kenmare, referem que “entre

2009 e 2011, o IRPS agregado pago pelos trabalhadores foi 2,5 vezes maior do que a carga fiscal agregada do grupo empresarial”.

A Lei nº. 28/2014 de 23 de Setembro, estabelece o Regime Específico de Tributação e Benefícios Fiscais da Actividade Mineira, onde regulamenta as taxas, e os impostos que as mineradoras devem ao Estado, como Imposto Sobre a Produção Mineira (IPM), o Imposto Sobre a Superfície (ISS), o Imposto sobre a Renda do Recursos (IRRM), e as respectivas isenções, tal como se ilustra no número 1 do artigo 12 da Lei nº. 28/2014.

Quadro 2 – Sobre as taxas do Imposto Sobre a Produção Mineira

| Minerais | Taxa |
|---|-------------|
| Diamantes | 8% |
| Metais Preciosos, pedras preciosas e semi-preciosas e areias pesadas | 6% |
| Metais Básicos, carvão, rochas ornamentais e restantes produtos mineiros | 3% |
| Areia e pedra | 1,5% |

Fonte: Artigo 1 da Lei nº. 28/2014 de 23 de Setembro.

Já na alínea b) do mesmo artigo 12, estabelece que todos os produtos extraídos para a utilidade do desenvolvimento local, beneficiam-se de uma taxa de isenção em 50%. Ora, esta disposição conquanto que motivadora para o desenvolvimento do país, pode ser problemática, pois a falta de transparência na divulgação dos relatórios financeiros destas empresas em cada exercício económico, leva-nos a um desconhecimento do quanto se investe ou extrai para o desenvolvimento local.

Sobre o ISS, o artigo 19 da mesma lei o define como sendo o que corresponde ao número de hectares da área sujeita à licença de prospecção e pesquisa, concessão mineira ou certificado mineiro. Estas taxas são pagas anualmente e calculadas em razão de cada hectare.

Tabela 2 – Sobre as taxas do Imposto Sobre a Superfície

| Descrição | Taxas/hectar |
|--|---------------------|
| Licença de Prospecção e pesquisa para todos os minerais | |
| No 1º e 2º ano | 17,50MZN |
| No 3º ano | 43,75MZN |
| No 4º e 5º ano | 91,00 MZN |
| No 6º ano | 105,00 MZN |
| No 7º e 8º ano | 210,00 MZN |
| Concessão Mineira | |
| Para água mineral | 85.000,00 MZN |
| Para os demais recursos minerais | |
| Do 1º ao 5º ano | 30,00 MZN |
| Do 6º ano em diante | 60,00 MZN |
| Certificado Mineiro | |
| Do 1º ao 5º ano | 17.500,00 MZN |
| Do 6º ano em diante | 25.000,00 MZN |

Fonte: Artigo 19 da Lei nº. 24/2014 de 23 de Setembro.

O IRRM é o imposto que incide sobre o fluxo caixa líquido ao abrigo de um título mineiro, a partir do momento em que esse fluxo dê origem a uma taxa interna de retorno, antes do IRPC, igual ou superior a 18%. Nos termos do artigo 46 da Lei nº. 24/2014 de 23 de Setembro, o IRRM é fixado a uma taxa de 20%.

5. O paradoxo da maldição dos recursos naturais

Nos últimos tempos, a ciência económica constatou que os países abundantes em RN tendem a crescer mais lentamente do que os países com limitação de RN. Por exemplo, de acordo com Sachs e Warner (1995), países ricos em RN, como Venezuela, Nigéria, Zâmbia, Kuwait, Arábia Saudita teriam apresentado, entre 1970 e 1989 taxas de crescimento do PIB comparativamente baixas, enquanto que economias com limitação de RN tais como os referidos tigres da Ásia: Hong Kong, Coreia e Singapura, experimentaram taxas de crescimento mais altas no mesmo período. Contudo, “exceções a este fenómeno podem ser encontradas, por exemplo, em países como Botswana, Canadá, Austrália e Noruega, ricos em RN conseguiram alcançar um bom desempenho das economias” (Papyrakis e Gerlagh, 2004, p. 190).

A maior parte das pesquisas económicas realizadas nas últimas décadas apoia a tese de Sachs e Warner (1995), de que países ricos em RN (como petróleo) tendem a crescer menos do que países relativamente menos dotados desse tipo de recurso e em igual estágio de desenvolvimento. O estudo de Cruz e Ribeiro (2009), por exemplo, indica (para uma amostra de 144 países, entre 1975 e 2005) uma relação negativa entre taxa de crescimento da economia e abundância de RN, medida em participação de bens primários nas exportações, tal como no trabalho original de Sachs e Warner. Collier e Goderis (2007), encontram fortes evidências que apoiam a hipótese da maldição. Particularmente a expansão dos recursos naturais tem um efeito positivo sobre o produto no curto prazo, porém, tem também efeitos adversos sobre o produto no longo prazo.

Em contrapartida, outros estudos como o de Mehlum *et al.* (2006), têm relacionado o baixo desempenho económico de países ricos em RN a factores políticos e institucionais, como a qualidade de suas instituições (e regimes políticos) e a intensidade dos incentivos à corrupção. Segundo eles, a abundância de RN não causa inevitavelmente uma deterioração institucional, mas coloca sob teste a qualidade das instituições do país.

O facto é que a maioria dos Estados africanos com abundância dos RN ainda desafiam-se com a qualidade das instituições e dos recursos humanos para responder às necessidades da exploração dos RN. As instituições são no seu todo, tanto as fiscalizadoras, as que devem prover os serviços, bem como as instituições para regular a comercialização. Isto, é o que em parte dita a vulnerabilidade económica destes Estados.

Se as instituições são fortes e atraem empreendedores produtivos, a abundância relativa de RN gera crescimento (como no caso da Noruega); em caso contrário, se as instituições são fracas, os agentes privados preferem se engajar em actividades não produtivas de *rent-seeking*^[2] para se apropriar de parte da riqueza em vez de gerar riqueza (Gobetti, s/d, p. 10).

A literatura sugere que as abundâncias dos RN produzem efeitos adversos sobre o desempenho económico apenas para determinados países. Existem experiências de países em que os RN constituem maldição, catapultando violências, guerras civis e erradicando cada vez mais a pobreza. Outrossim, existem experiências em que países abundantes em RN tenham neles uma bênção para as suas economias e alavanquem o nível de vida das populações.

6. A volatilidade dos preços básicos

Uma explicação para o paradoxo da maldição dos RN é a volatilidade dos preços dos bens básicos. O grau de flutuação dos preços dos bens básicos é bastante elevado. O gás natural e o petróleo apresentam os preços mais voláteis do mercado mundial, seguidos pelo preço do alumínio.

No início de 2008, o preço do barril do petróleo estava em torno de 70 USD, e, em Julho, ultrapassou a barreira dos 150 USD, para logo depois cair abruptamente, na esteira da crise internacional, até a faixa dos 40 USD ao final do ano. Em 2009, o preço voltou a crescer, atingindo 70 USD em Julho-Agosto (Gobetti, s/d, p. 10).

A extracção do carvão mineral de Moatize em Moçambique, também sofreu alguma queda em consequência da queda do preço de carvão no mercado internacional. Isto, ditou despedimentos colectivos de trabalhadores, bem como baixas significativas da retenção dos impostos para o país, o que trouxe consequências directas no comportamento do PIB.

Na prática, a volatilidade surge pelo facto dos RN (especialmente o petróleo) apresentarem baixas elasticidades-preço da procura e oferta no curto prazo. Ligeiras flutuações na procura ou oferta requerem grandes alterações nos preços para reequilibrar a procura e oferta. Segundo Frankel (2007), as elasticidades-preço da procura são baixas no curto prazo, em grande parte, porque o stock de capital

em qualquer ponto no tempo é fisicamente desenhado para operar com um determinado rácio de energia para produção.

Ainda de acordo com Frankel (2007), as elasticidades-preço da oferta são também baixas no curto prazo, dado que leva tempo a ajustar a produção, especialmente se já se tiver atingido a capacidade instalada, sendo que a expansão exige novas perfurações e novos oleodutos.

Considerações finais

Nos últimos anos África tem conhecido significativas descobertas de recursos naturais, que são potenciais factores para o desenvolvimento e consequente criação de riquezas no continente. Contudo, estes recursos têm tido pouca visibilidade no crescimento económico e no PIB dos países devido a vários factores os quais discutiremos nos capítulos seguintes.

Os RN foram, durante muito tempo, utilizados como instrumento para depor, manter e colocar líderes ou governo, dependendo das alianças estabelecidas, por um lado. Por outro lado, a descoberta e a exploração dos RN trazem elevadas expectativas nas populações, uma vez que eles podem trazer o bem-estar, desenvolvimento e segurança económica das populações e dos Estados. Todavia, há uma enorme apreensão e receios quanto aos efeitos negativos que a exploração e gestão dos recursos possam ter nas populações e nos Estados.

Em Moçambique a esperança de que os recursos naturais seriam o alavancar da economia era maior, contudo ao se instalarem e desenvolverem as suas actividades, começa o grande paradoxo se são bênção ou maldição. Uma vez as comunidades não poderem se beneficiar directamente dos resultados da exploração mineira através da RSE que é observada com deficiência, parecem os RN tenderem mais a uma dimensão maldita.

A exploração do RN e as iniciativas de desenvolvimento local, seja através da RSE bem como das leis fiscais, defrontam-se com o problema da natureza de leis, na sua forma de regulamentar, que são caracterizadas por disposições para alimentar os interesses subjectivos das elites políticas que se figuram como sendo corruptas.

O poder económico dos mega-projectos e sua influência na política internacional, condicionam os Estados africanos nas suas formas de lei e actuação. Os problemas de reassentamentos assistidos nas zonas em que os mega-projectos são instalados, não são simplesmente impulsionados pela falta de pragmatismo nas leis. São sobretudo fundados na má fé dos investidores, e na segurança de que o poder político nada fará contra os mega-projectos.

É um cenário de falta de solidez das posições tomadas, em que o Estado peca por não exercer o seu poder. A lei é bastante clara nestes aspectos, mas o Estado também sente-se limitado, pois falta também a imacudez dos administradores públicos para legitimar as suas posições. Outrossim, refira-se que o artigo 25 da Lei n. 20/2014 de 18 de Agosto refere que deve-se criar uma Alta Autoridade para a Indústria Extractiva, num prazo de doze meses (que ainda não aconteceu), organismo competente pela fiscalização, auditoria, recolha de receita na indústria extractiva.

Facto é que há um vazio em técnicos especializados na extracção, bem como em gestores capazes de capitalizar os ganhos da indústria extractiva para o desenvolvimento dos Estados. Isto permite que os concessionários façam pactos com os governos locais, que assolados pela ambição e corrupção, acabam cedendo partes significativas de recursos para a exploração e os países pouco ganham em receitas. Realidades raras de recursos explorados e com efeitos abonatórios no crescimento económico dos países são os de Botswana, República Sul Africana, onde é fácil notar que as indústrias mineiras locais geram significativos ganhos para as populações.

É preciso potenciar os recursos humanos africanos e moçambicanos sobre a exploração de recursos naturais e a capacidade de gestão para o enriquecimento dos próprios países. Chama-se a isto, empregando expressão de Mazula (2005), de criação de riqueza. Não se trata de potenciar os recursos humanos apenas para o combate contra a pobreza, mas sim numa actividade positiva, onde potencializa-se todas as formas possíveis para que o continente conheça a mais largos passos de desenvolvimento.

Referências Bibliográficas

Brito, L. (2012). *Pobreza, Parpas e Governação*. In Desafios para Moçambique 2012. Maptuto: IESE.

Brynildsen, O.& Nombora, D. (2013). *Mineração sem desenvolvimento: o caso da mina de Kenmare em Moma, Moçambique*. Maputo: CIP/Eurodad.

Carvalho, P. (2012). *Estudos Económicos e Financeiros de Moçambique*. Maputo: BPI.

Castel-Branco, C. N. (2008). *Os Mega-Projectos em Moçambique: Que Contributo para a Economia Nacional?* Comunicação apresentada no Fórum da Sociedade Civil Sobre a Indústria Extractiva. Maputo: IESE.

Castel-Branco, C. (2012). *El milagro económico de Mozambique: una visión crítica*. In Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), ed. *Claves de la Economía Mundial*. Madrid: Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX).

Castel-Branco, C. (2013). *Economia Extractiva e Desafios de Industrialização: para além de rendas dos recursos naturais*. Comunicação apresentada na Conferência Internacional sobre a Governação da Economia Extractiva "Recursos Naturais: Benção ou Maldição?". 22 de Maio de 2013. Maputo: IESE.

Centro de Integridade Pública (CIP). (2016). *Os Custos da Corrupção para a Economia Moçambicana: Por quê é que é importante combater a corrupção num clima de fragilidade fiscal*. Maputo: CIP.

Frankel, J. (2007). *On The Rand: Determinants of the South African Exchange Rate*. South African Journal of Economics, Economic Society of South Africa.

Frankental, P. (2001). *Corporate social responsibility – a PR invention*. International Journal, Vol. 6 Issue.

Friedman, T. (2006). *The first law of petropolitics*. Foreign Policy, May&June.

Gobetti, S. W. (s/d). *Mitos e verdades sobre os royalties no contexto do debate sobre o Pré-Sal*. Rio de Janeiro: Campos do Goytacazes.

Governo de Moçambique. (2002). *Contrato de Prospeção, Pesquisa, Desenvolvimento e Produção de Mineais Pesados nas Areias Pesadas de Moma, Congolone, Quinga, entre o Ministério dos Recursos Minerais e Energia e Kenmare Moma Mining Ltd*. Maputo: MIREME.

Governo de Moçambique (2012). Decreto n. 31/2012 de 8 de Agosto, aprova o *Regulamento sobre o Processo de Reassentamentos Resultante de Actividades Económicas*. Maputo: Ministério dos Recursos Minerais.

Governo de Moçambique (2010). *Recursos Minerais para o Desenvolvimento de Moçambique*. Maputo: Ministério dos Recursos Minerais.

Governo de Moçambique (2006). *Plano de Acção para a Redução de Pobreza Absoluta 2006 – 2009 (PARPA II)*. Maputo.

Governo de Moçambique (2013). *Política de Recursos Minerais e a Estratégia da Política de Recursos Minerais: Recursos Minerais Rumo ao Desenvolvimento Socioeconómico*. Maputo: Ministério dos Recursos Minerais.

Governo de Moçambique. (2013). *Política de Responsabilidade Social Empresarial para a Indústria Extractiva de Recursos Minerais*. Versão de 9 de Outubro de 2013. Maputo: Ministério dos Recursos Minerais

Governo de Moçambique. Resolução nº. 21/2014 de 16 de Maio. *Política de Responsabilidade Social Empresarial para a Indústria Extractiva de Recursos Minerais*. Maputo: Ministério dos Recursos Minerais.

Governo de Moçambique (2016). *Proposta de Política de Emprego: Promovendo mais e melhores empregos em Moçambique*. Maputo: Ministério do Trabalho, Emprego e Segurança Social.

Governo de Moçambique (2017). *Relatório de Execução do Orçamento do Estado de Janeiro à Setembro de 2017*. Maputo: MEF.

Governo de Moçambique (2016). *Relatório de Pobreza e Bem-Estar em Moçambique: Quarta Avaliação Nacional – Inquérito de Orçamento Familiar – IOF 2014/15*. Maputo: Ministério de Economia e Finanças.

Governo de Moçambique. Resolução nº. 89/2013 de 31 de Dezembro. *Política e Estratégia dos Recursos Minerais*. Maputo: Ministério dos Recursos Minerais.

Iniciativa de Transparência na Indústria Extractiva (ITIE). (2015). *Sexto Relatório da ITIEM – Anos 2013 e 2014*. Maputo: Intellica.

Instituto Observatório Social (2011). *ISSO 26000 Norma Internacional de Responsabilidade Social: um guia para entendê-la melhor*. São Paulo: Daniele Martins.

Langa, E.& Massingue, N. (2014). *Indústria Extractiva e Desenvolvimento Local: o Papel da Responsabilidade Social Empresarial*. In Desafios para Moçambique 2014. Maputo: IESE.

Lei nº. 6/2004 de 17 de Junho – Introduz Mecanismos Complementares de Combate à Corrupção.

Lei nº. 14/2002 de 26 de Junho – Lei de Minas (antiga lei).

Lei n. 20/2014 de 18 de Agosto – Lei de Minas.

Lei nº. 15/2011 de 10 de Agosto – Lei das Parcerias Público-Privadas.

Lei nº. 24/2014 de 23 de Setembro – Estabelece o Regime Específico de Tributação e Benefícios Fiscais da Actividade Mineira.

Lei nº. 34/2014 de 31 de Dezembro – Lei do Direito à Informação.

Lei nº. 15/2010 de 31 de Dezembro – Lei das Parcerias Público-Privadas

Mário, T. V. (2015). *Indústria Extractiva e Comunidades Locais*. Maputo: Sekelekani.

Mazula, B. (2005) *Ética, educação e criação da riqueza*. (2ª ed). Maputo: Imprensa universitária UEM.

Mehlum, H. *et al.* (2006). *"Institutions and the Resource Curse"*. The Economic Journal.v. 116 (January), p. 1–20.

Mosca, J. (2012). *Mega-projectos no meio rural, desenvolvimento do território e pobreza: o caso de Tete*. In *Desafios para Moçambique*, Maputo: IESE.

Mosca, J. & Selemene, T.(2012). *Mega-projectos no meio rural, desenvolvimento do território e pobreza: o caso de Tete*. In *Desafios para Moçambique*, Maputo: IESE.

Mosca, J.& Selemene, T. (2013): *Os mega projectos e a segurança alimentar em Moçambique*. Lisboa: Revista Internacional em Língua Portuguesa. Segurança Alimentar.

Nuvunga, A. (2013). *Mega-projectos têm muitos e excessivos incentivos fiscais*.Maputo: CIP.

Oomes, N.&Kalcheva, K. (2007).*Diagnosing Dutch Disease: Does Russia Have the Symptoms?IMF Working Papers 07/102*, International Monetary Fund.

Organização das Nações Unidas (ONU). (1974). Resolução nº. 1803, sobre o Princípio de Soberania Permanente.

Papyrakis, E.& R. Gerlagh, (2004).*The Resource Curse Hypothesis and its Transmission hannels*.Amsterdam: *Journal of Comparative Economics*, v. 32 (1).

República de Moçambique (2004). *Constituição da República de Moçambique*.

Sachs, J.& Warner, M. (1995). *Natural Resource Abundance and Economic growth*. Cambridge: National Bureau of Economic Research.

Saggi, K. (2002). *On technology transfer from trade and foreign direct investment*. World Bank Research Observer, 17.

Selemane, T. (2010). *Questões à volta de mineração em Moçambique: relatório de monitoria das actividades mineiras em Moma, Moatize, Manica e Sussundenga*. Maputo: CIP.

Sen, H. (1998). *Different arguments for and against the role and impact of foreign direct investment on the development potentials of developing countries: an overview*. Journal of Economics and Administrative Sciences, 13 (1).

Schroeder, J.& Schroeder, I. (2004). *Responsabilidade Social Corporativa: Limites e Possibilidades*. ERA-electrónica.

Venture, L. (2006). *Recurso Natural: a reconstrução de um conceito*. São Paulo: GEOUSP – Espaço e Tempo.

Zeca, E. J. (2013). *Exploração de Recursos Energéticos, Privação Relativa, Conflito e Segurança*. Maputo : CEEI – ISRI.

Pesquisa de Internet

Castel-Branco, C. (2010). *Economia Extractiva e Desafios de Industrialização em Moçambique*. Cadernos IESE. Recuperado de:.

Martins, V. (2016). *Abundância de recursos naturais: maldição africana?* Recuperado de, acessado a 03 de Julho de 2017, às 08H:21.

Perspectivas Económicas em África (2013). Recuperado de: <http://www.africaneconomicoutlook.org/po/paises/southern-africa/mocambique/>.

Vieira, S. (2010). *Areias Pesadas de Moma*. Recuperado de http://macua.blogs.com/moambique_para_todos/2010/04/areias-pesadas-de-moma.html, acesso a 15 de Fevereiro de 2018.

[1]Do inglês traduzido *Organização Internacional para a Padronização*.

[2]*Rent-seeking* é o comportamento que surge quando os agentes económicos engajam-se em actividades não produtivas, como a corrupção e conflitos, para se apropriar da riqueza existente. “Os incentivos para o *rent-seeking* surgem quando os lucros esperados nas actividades não produtivas são superiores aos lucros esperados nas actividades produtivas”. (Oomes & Kalcheva, 2007, p. 6).

SEXISMO - REFLEXÕES ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOB O ASPECTO HISTÓRICO

TELMA APARECIDA ROSTELATO: Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE - Bauru/SP. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional de Sorocaba/SP. Professora da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva/SP. Procuradora Jurídica Municipal.

RESUMO: O artigo investiga o desenvolvimento histórico da luta encravada pela sociedade para assegurar o tratamento de gêneros, de forma igualitária, constatando disponibilizar-se, em âmbito mundial, de um arcabouço protetivo à mulher, mas que não se pode desvencilhar de constantes reivindicações, para que se torne eficaz e atinja seus propósitos, que norteiam precipuamente à salvaguarda da dignidade da pessoa humana, conclamada tanto pela nossa Constituição Federal, quanto pelas declarações de Tratados Internacionais, sob o enfoque de direitos humanos.

Palavras-chave: Sexismo; Direitos humanos; Dignidade humana.

ABSTRACT: The article investigates the historical development of the struggle imprisoned by society to ensure the treatment of genders, in an egalitarian way, noting that a protective framework for women is available at the global level, but can not be freed from constant demands, so that to be effective and to achieve its purposes, which are directed at safeguarding the dignity of the human person, called for both by our Federal Constitution and by the declarations of International Treaties, under the human rights approach.

Key words: Sexism; Human rights; Human dignity.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Escorço histórico dos direitos da mulher; 3. Direitos Humanos Fundamentais e a Mulher; 4- Considerações Finais; 5. Referências.

1- INTRODUÇÃO

A autora discorre sobre as contendas registradas na história mundial, motivadas pelo propósito de assentar tratamento equânime entre homens e mulheres.

O Brasil não é o único País que enfrenta a desmesurada resistência em respeitar as mulheres; o epílogo é que a discriminação esteia-se meramente no fato de ser mulher, tornando-se irrelevante sua capacidade intelectual, esforço físico e dedicação extremada, para o cumprimento diário de uma tripla jornada.

2- ESCORÇO HISTÓRICO DOS DIREITOS DA MULHER

Na seara do direito internacional, aponta-se como tendo sido o marco declaratório, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o assentamento do direcionamento formal à questão da luta contra o sexismo; não obstante, é de se ponderar que esta contemplou herança de resquícios de aludida preocupação, havida na França, cujas discussões eram voltadas especificamente ao anseio de atingimento de uma sociedade ideal, por ocasião da revolução francesa (1789)[1].

À partir daí, foram elaborados diversos tratados internacionais protetores de Direitos Fundamentais, conclamada esta proteção a nível de Nações Unidas, estando assim destacados os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, além de instrumentos especificamente criados para proteger determinados temas, como a tortura, discriminação racial, discriminação contra a mulher, violação dos direitos da criança e outros, de tal maneira que grupos certos e individualizados é que passam a receber a proteção, tanto em âmbito interno, quanto externo, em sede de tratados internacionais.

Em decorrência destas declarações internacionais dos direitos das mulheres, é de se salientar que tais desideratos traçados não se demonstraram suficientemente eficazes, pois tais instrumentos protetivos genéricos, careciam recorrer à especificação do sujeito de direito, como assevera Flávia Piovesan (2003,

p. 206). Considerada a importância do significado e abrangência dos direitos humanos, pode-se valer do escólio de Antonio Enrique Pérez Luño (2003, p. 109).[\[2\]](#)

Com referência à proteção da mulher, em 1975, ao qual foi atribuído como título “Ano Internacional da Mulher”, neste mesmo ano realizou-se no México, a 1ª Conferência Mundial sobre a Mulher e tendo sido aprovada pelas Nações Unidas, em 1989 uma Convenção nominada Convenção à Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ratificada pelo estado brasileiro, em 1984) daí iniciando-se os primeiros acontecimentos de valor histórico, na seara mundial, versando sobre o tema. Esta Convenção, veio disciplinar a obrigatoriedade de eliminação da discriminação e da desigualdade. Observa-se que seu objetivo visava ressaltar que qualquer ato discriminatório à mulher repercutia em desigualdade, logo aliado está, o anseio de protegê-las, afastando a discriminação, para em contrapartida, assegurar a igualdade de tratamento. Em julho de 2001, a Convenção já contava com 168 Estados-partes[\[3\]](#).

Nos anseios presentes nestes Estados-partes encontravam-se o resguardo da igualdade formal perante a lei, abarcado o direito de a mulher de decidir sobre o direito de reproduzir-se ou não, além do direito de acesso às oportunidades sociais e econômicas, o direito de dispor de seu próprio corpo e outros mais.

Reconhecido no próprio texto da Convenção, que a proibição da discriminação por si só, não se bastaria para assegurar esta igualdade de gêneros. Esta é, mais uma forma de consagração das famigeradas ações afirmativas, que podem ser compreendidas como sendo políticas públicas feitas pelo governo ou pela iniciativa privada com o objetivo de corrigir desigualdades presentes na sociedade, acumuladas ao longo de anos, sejam tais desigualdades consubstanciadas em raça, sexo, idade, etc. As ações afirmativas buscam oferecer igualdade de oportunidades a todos.

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade que as ações afirmativas são constitucionais e políticas essenciais para a redução de desigualdades e discriminações existentes no país. Importa salientar que uma ação afirmativa não deve ser vista como um benefício, ou algo injusto, a ação afirmativa só se faz necessária quando percebemos um histórico de injustiças e direitos que não foram assegurados.[\[4\]](#)

A compreensão da vivência histórica do País, a respeito do tema que requer a criação de ações afirmativas é o instrumental justificador de sua necessidade. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial permite a discriminação positiva, significando que os Estados podem adotar temporariamente, técnicas que visem conscientizar celeremente e realizar técnicas para equiparar homem e mulher e tão logo atinja tal intento, as técnicas/medidas cessam. Como consigna Flávia Piovesan (2003, p. 209), são estas “medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas (...)”, posto que representam hoje, o cenário discriminatório encarado pelas mulheres, a herança do passado discriminatório vivenciado.

É possível afirmar que diversos instrumentos jurídicos vieram regulamentar a temática, em 1993, com a Conferência de Direitos Humanos, realizada em Viena, ocasião em que foram uma vez mais disseminadas concepções reflexivas, ansiando conscientizar os países membros, para que implementassem medidas tendentes à garantir o direito igualitário de gênero, além de ter sido reivindicada a necessidade de ratificação universal da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher; disciplinado no art. 39 da Declaração de Viena. Em 12 de março de 1999, por ocasião da 43ª. Sessão da Comissão do status da Mulher da ONU, foi adotado o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, tendo sido consignados 2 itens fiscalizatórios de importância salutar, quais sejam, o mecanismo de petição, que permite o encaminhamento de denúncias de violação de direitos enunciados na Convenção à apreciação do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e um procedimento investigativo, que habilita o Comitê a investigar a existência de grave e sistemática violação aos direitos humanos das mulheres. Pondera Piovesan (2003, p. 206) que para acionar aludidos mecanismos de monitoramento, faz-se necessário que o Estado tenha ratificado o Protocolo Facultativo, que reaviva o ideário internacionalmente buscado, que denota a significância dos direitos humanos das mulheres, constituindo-se uma real garantia voltada a assegurar o pleno e equânime exercício dos direitos humanos das mulheres e sua não discriminação.^[5]

Neste panorama histórico, a proteção das mulheres fora reforçada por ocasião da Declaração e Programa de Ação de Viena, em 1993 e pela Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, de 1995. Nestes importantes eventos a

compreensão dos direitos das mulheres, subsumidos no entendimento de que inexistente salvaguarda aos direitos humanos, acaso haja insuficiência no respeito aos direitos das mulheres, ou seja, a atribuição do significado humano, como gênero, razão porque a busca pela salvaguarda à igualdade de gêneros justifica-se sob esta conotação.

3- DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E A MULHER

Em pleno século XXI, por razões evidentes é que a compreensão dos Direitos Fundamentais requer uma interpretação diversa daquela que se empregava no momento da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no da outorga da própria Constituição vigente, o que justifica a transmutação dos Direitos Fundamentais através de suas dimensões, porque não se está mais objetivando resguardar unicamente o direito de existir, mas de se assegurar uma existência digna, respeitosa e feliz, a todos.

A mulher busca ter acesso ao mercado de trabalho em condições equânimes às dos homens, esta é a "bandeira" que se levantou durante anos, para que os governantes se preocupassem não apenas com a edição de leis protetivas, mas também com a fiscalização para seu cumprimento; ocorre que recentemente está-se deparando com noticiários que estão a veicular a informação acerca de episódios ocorridos na Copa do Mundo de Futebol, na sede dos jogos, na Rússia, que denotam inegável retrocesso às conquistas alcançadas pelas mulheres e o que causa maior ranço é que se trata de desrespeito à pessoa, preconceito e violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, conclamado como baluarte dos princípios constitucionais, por alicerçar o cumprimento aos demais direitos fundamentais.

Não se trata de afronta ao direito de perceber remuneração, mas desrespeito à condição humana, em si. A dignidade da pessoa humana, disciplinada no Art. 1º, inc. III da Constituição Federal constitui um dos baluartes do Estado Democrático de Direito, se analisado sob o enfoque da proteção da pessoa humana. Segundo Erasmo Carlos, em sua música Mulher (sexo frágil), lançada em 1981 [6], ao afirmar que a mulher é o sexo frágil, ao mesmo tempo adverte dizendo que é uma mentira absurda e de fato, apesar da aparente delicadeza, as mulheres em sua grande maioria desenvolvem jornada laboral tripla (e com maestria), face a necessidade de gerir as prendas domésticas e familiares (com os filhos e marido), paulatinamente trabalhando fora de sua casa, para auxiliar na renda familiar,

elevando-as à categoria de verdadeiras heroínas, porque é praticamente inexistente o sexo masculino que desempenhe as funções acima citadas, concomitantemente.

Não se está pregando um discurso feminista ou sexista, com o intuito de defender as mulheres, não se quer colocá-las num patamar acima, mas ao lado, em grau de igualdade ao dos homens. Ocorre que os atos discriminatórios e preconceituosos fazem "saltar os olhos", ocasionando sentimento repulsivo e uma revolta grandiosa assola a sociedade, que também é composta de mulheres filhas, mulheres mães, mulheres irmãs, mulheres avós, mulheres tias, mulheres sobrinhas, enfim, mulheres...Aqui ou ali o homem depara-se com um familiar ou amiga, mulher, é para isso que se está alertando, a luta não é em prol do sexo feminino, mas em prol da sociedade como um todo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Notórios avanços são detectados na história, que nos conduzem a identificar extraordinários textos legais conclamando a igualdade de gêneros, objetivando extirpar o sexismo.

Reconhecidos como Direitos Humanos, Tratados Internacionais versam sobre o tema, tendo o Brasil erigido à seara de Direitos Fundamentais, consagrado na Constituição Federal, além das legislações extravagantes, reafirmando expressamente este desiderato.

Apesar de todo este empenho legislativo, que em suma visa assegurar o exercício do princípio da dignidade humana, é lamentável concluir-se porém, que a obstinada discriminação ainda existe hodiernamente, não se podendo interromper as campanhas de conscientização.

5- REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

CAMPOS, Amini Haddad e; CORREA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

KOSOVSKI, Ester. **Minorias e discriminação**: direito das minorias. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 2ª. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Max Limonad, 2003.

[ROSTELATO, Telma Aparecida](#). **O direito humano de ser mulher: a proteção consagrada pelo Código Civil pátrio, em observância aos Tratados Internacionais**. Lex Humana, v. 8, p. 137-155, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Apresentação e comentários de Jean-François Braunstein. Tradução de Maria Cristina Roveri Nagle e Iracema Gomes Soares. Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Trad. Pedro Scherer de Mello Aleixo; Rita Dostal Zanini. **Dimensões da Dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NOTAS:

[1] Disponível em <http://www.economist.com/node/21591749/print> "in" Cultura Francesa: Bleak Chique: The Economist 21.dez 2013. Paris. Acesso em 21. mar 2016.

[2] Tradução livre da autora: "De modo que seja possível se falar sobre direitos humanos, não basta admitir determinadas faculdades ao indivíduo,

porém que as mesmas tenham relação direta e imediata com a sua própria qualidade de ser humano e se reputeem imprescindíveis para o desenvolvimento de suas atividades pessoais e sociais. Daí que a positivação dos direitos fundamentais é o produto da dialética constante entre o desenvolvimento progressivo no plano técnico dos sistemas de positivação, e o afirmar-se paulatino no terreno ideológico das idéias de liberdade e dignidade humanas”.

[3] Disponível em <http://www.unhchr.ch/pdf/report.pdf>; [12.07.2001]. Acesso em 21. mar 2016.

[4] Disponível em <http://www.seppir.gov.br/assuntos/o-que-sao-acoes-afirmativas>. Acesso em 13. abr 2016.

[5] O Protocolo entrou em vigor em 22 de dezembro de 2000 e foi ratificado pelo Brasil em 28 de junho de 2002.

[6] Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Mulher_\(%C3%A1lbum\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Mulher_(%C3%A1lbum)). Acesso em 23. jun 2018.

USUCAPIÃO POR ABANDONO DE LAR

BRUNA SPAGNOL: Advogada, cursando Doutorado pela Universidade Federal de Mar del Plata - Argentina.

Resumo: O presente trabalho busca explicar a nova modalidade de aquisição originária de propriedade, denominada de usucapião familiar, trazendo as divergências doutrinárias, assim como os requisitos para obtenção da mesma e esclarecendo qual seria a competência judicial para tratar de tal assunto.

Palavras Chaves: usucapião, relação familiar, abandono de lar.

Resumen: El presente trabajo busca explicar la nueva modalidad de adquisición originaria de propiedad, denominada de usucapión familiar, trayendo las divergencias doctrinales, así como los requisitos para la obtención de la misma y aclarando cuál sería la competencia judicial para tratar de tal asunto.

Palabras Claves: usucapión, relación familiar, abandono de hogar.

Sumário: Introdução 1. Conceito de Usucapião 2. Espécies de Usucapião 2.1. Usucapião por Abandono de Lar 3. Divergência doutrinária sobre a expressão “abandono de lar” 3.1. Requisitos para usucapião por abandono do lar 3.2. Competência Judiciária 4. Conclusão 5. Referência 6.

1. Introdução

A usucapião familiar trata-se de usucapião entre ex-casais, ou seja, uma nova modalidade de aquisição de propriedade através da usucapião em face do ex-cônjuge que abandonou o lar por período superior a dois anos e que portanto não tem mais interesse no convívio familiar e tampouco coopera com a manutenção do imóvel.

Sendo assim trataremos de explicar superficialmente as modalidades de usucapião e logo após traremos as divergências doutrinárias sobre a usucapião por abandono de lar, além disso iremos analisar seus requisitos e por último esclarecer qual é a competência judiciária para tratar desse assunto.

2. Conceito Usucapião

A lei prevê que usucapião é a posse mansa e pacífica de um bem, em um período de tempo determinado, sendo que essa circunstância pode acarretar que a propriedade passe para o domínio de quem detém a propriedade, ou seja, a situação que era de fato passou a ser de direito, figurando assim a usucapião.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, "A usucapião é também chamada de prescrição aquisitiva (...) é modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais suscetíveis de exercício continuado (entre eles, as servidões e o usufruto) pela posse prolongada no tempo, acompanhada de certos requisitos" (GONÇALVES, 2012, p. 94).^[1]

Portanto a usucapião é um modo de aquisição de propriedade que se dá pela posse prolongada da coisa, e outros requisitos legais, sendo também denominada de prescrição aquisitiva.

2.1 Espécies de Usucapião

O Código Civil Brasileiro de 2002, traz no seu Capítulo II Seção I as formas de Usucapião e os requisitos para obtê-lo.

A Usucapião *do artigo 1238* do Código Civil, *também chamado pela doutrina de Usucapião Extraordinário*, tem como requisitos a posse ininterrupta de 15 anos, exercida de forma mansa e pacífica com ânimo de dono, que segundo o parágrafo único do mesmo artigo poderá ser reduzida para 10 anos nos casos em que o possuidor estabelecer no imóvel a sua moradia habitual ou nele tiver realizado obras e serviços de caráter produtivo.

Já o artigo 1239 traz a *Usucapião Rural*, que tem como requisitos a posse por 5 anos ininterruptos e sem oposição, de área rural não superior a cinquenta hectares, desde que não seja possuidor de qualquer outro imóvel, seja rural ou urbano e ainda apresenta como requisito o dever de tornar a terra produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia.

No artigo 1240 do Código Civil Brasileiro temos a chamada *Usucapião Urbana*, tendo como requisitos a posse sem oposição de área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados por 5 anos ininterruptos, utilizando-a como moradia sua ou de sua família, sendo vedada a posse de qualquer outro imóvel.

E por último o Código Civil Brasileiro de 2002 traz a chamada, pela doutrina, Usucapião *Ordinária* prevista no artigo 1242 que tem como requisitos a posse contínua, exercida de forma mansa e pacífica pelo prazo de 10 anos, o justo título e a boa-fé, reduzindo esse prazo pela metade no caso de o imóvel, "ter sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante em cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico", nos termos do artigo 1242, parágrafo único do CC.

Mas no ano de 2011 o Código Civil Brasileiro teve uma alteração significativa a qual tem gerado muitas dúvidas, revolta e um certo conforto para quem é beneficiário.

O artigo 1240 A foi incluído pela Lei nº 12.424, de 2011 que tem como requisito a posse direta, sem oposição por prazo ininterrupto de 2 anos sobre bem imóvel urbano de até 250 metros quadrados, cuja propriedade deva ter sido dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro e que o bem sirva de moradia para o solicitante ou sua família e desde que não possua outro bem imóvel urbano ou rural.

Portanto o novo artigo do Código Civil Brasileiro visa proteger o cônjuge, que mesmo após o divórcio, tenha permanecido no imóvel que pertencia ao casal, desde que essa posse seja por dois anos ininterruptos e sem oposição da outra parte.

3. Usucapião por Abandono de Lar

3.1 Divergência doutrinária sobre a expressão "abandono de lar"

Desde a inclusão do artigo 1240 A do CC a divergência entre os doutrinados está no significado de "abandono de lar", existindo assim duas correntes.

A primeira corrente é da Doutora Maria Berenice Dias, segunda a doutrinadora tal expressão, "abandono de lar", estaria ressuscitando o artigo 1573, inciso IV do Código Civil que, ao tratar da separação judicial, diz que o abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo, poderia caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida.

O artigo 1573 do CC., restringia vários direitos, principalmente para quem era mais vulnerável, na época as mulheres, pois impedia que a pessoa se afastasse do lar já que poderia perder vários direitos inclusive sobre o imóvel.

Sendo assim, se o intuito da nova lei fosse a de se comparar ao antigo 1573 do CC teríamos aqui uma inconstitucionalidade já que a Emenda Constitucional 66/2010 deixa claro que não importa quem deu causa ao divórcio, pois o motivo da ruptura do vínculo não importa ao judiciário.

Já para a segunda corrente, a expressão “abandono de lar”, nada tem a ver com a já inaplicada expressão presente na separação judicial.

Ricardo Henrique Pereira, interpreta o abandono de lar da seguinte forma: “Colimando a pretensão social ao expurgo da culpa do direito de família e a mens legis voltada à Justiça Social, temos que o abandono de lar deve ser analisado sobre a vertente da função social da posse e não quanto à moralidade da culpa pela dissolução do vínculo conjugal. Ou seja, não é de se analisar se o abandono de fato caracterizou culpa, ou se, ao evadir-se, foi legítimo ou até mesmo urgente. Buscará apenas qual dos dois permaneceu dando destinação residencial ao imóvel e pronto, independente da legitimidade da posse e do abandono.”^[2]

Sendo assim entende-se que a segunda corrente é mais correta, pois o abandono, pelo proprietário, do bem imóvel é requisito para usucapião, visto que a finalidade da usucapião é tutelar a segurança das relações que se prolongam no tempo, não sendo assim meio de sanção para àquele que perde a propriedade.

Diante disso, o abandono deve ser considerado como a inércia de se praticar os atos de proprietário, ou seja, não usar ou gozar do bem.

3.2 Requisitos para usucapião por abandono do lar

Como já mencionado, para que se tenha direito à usucapião por abandono de lar, é necessário que o indivíduo: 1- mantenha-se na posse direta do imóvel, 2- posse não inferior a dois anos, 3- sem qualquer tipo de interrupção, 4- imóvel urbano com no máximo 250m², (a lei não menciona imóvel rural), 5- direito exclusivo do ex-cônjuge ou ex-companheiro, (não há que se falar em direito de descendentes), 6- não possuir outro bem imóvel.

A inércia na reivindicação do imóvel pelo ex-cônjuge, por período igual ou maior que dois anos, é um dos principais requisitos para o deferimento da usucapião, pois verificasse, nesse caso, a falta de interesse na manutenção do imóvel e até mesmo do convívio familiar.

Não há que se falar em inércia do ex-cônjuge caso este tenha proposto ação judicial ou até mesmo esteja promovendo a manutenção do imóvel ou tenha de qualquer forma reivindicado a posse, venda ou partilha do bem, devendo sempre haver a comprovação do seu interesse sobre o imóvel, através de testemunhas, notificação extrajudicial ou qualquer outro meio.

Em se verificando a falta de interesse do ex-cônjuge sobre o imóvel surge o direito a usucapião por abandono de lar. Tal instituto visa proteger quem permaneceu no imóvel e assumiu todas as despesas, além disso evita que a pessoa seja refém das vontades de quem abandonou o lar.

4. Competência Judiciária

Tendo em vista que a usucapião por abandono de lar só pode ser aplicada diante do reconhecimento da relação familiar, entende-se que a competência para julgar tal ação é das varas de família.

Assim é o entendimento do doutrinador Cristiano Farias: "Trata-se, inclusive, de regra de competência absoluta, não admitindo prorrogação pelo interesse das partes e podendo ser conhecida de ofício pelo magistrado ou suscitada pelo Ministério Público, quanto participar do processo como custos juris (fiscal da ordem jurídica). Isso porque a causa de pedir da usucapião decorrente do abandono de lar é uma relação familiar, justificando a fixação da competência em razão da matéria." (FARIAS, pg. 138, 2013)[3]

No mesmo sentido temos o entendimento da Juíza Maria Aglaé, Titular da 15ª Vara de Família da capital do Rio de Janeiro: "A solução mais indicada deverá ser aquela existente nas Varas de Família. É por isso que temos a especialização da justiça. O foco do juízo de família tem algumas peculiaridades diferentes do juízo cível. A partilha do imóvel comum, a doação da parte de um dos cônjuges ou de ambos para os filhos, o uso da totalidade do imóvel por determinado período até que os filhos cresçam, enfim, diversas são as soluções que sempre se apresentaram nas Varas de Família." [4]

Além disso julgados recentes tem entendido que o mais adequado seria o julgamento da usucapião por abandono de lar nas varas de família:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE USUCAPIÃO POR ABANDONO DO LAR CONJUGAL. COMPETÊNCIA. A ação de usucapião com base em alegação de abandono do lar conjugal envolve ex-cônjuges. Nela debate-se abandono conjugal e existência de bem comum. Em face dessas circunstâncias, entende-se que a competência para processar e julgar tal demanda é do juízo especializado de família. Essa conclusão vale especialmente para o caso concreto, já que a ação de usucapião é conexa (por identidade de objetos) à outra ação declaratória de qualidade sucessória e de exclusão de bens da herança que tramita perante o juízo de família. JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO. (Conflito de Competência Nº 70063771927, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 23/04/2015).^[5]

Sendo assim não resta dúvidas sobre a competência das varas de família para tratar da usucapião por abandono de lar, visto que por serem especializadas teriam mais eficiência em suas decisões.

5. Conclusão

Verificamos que a usucapião por abandono de lar traça requisitos bem específicos para sua concessão como; um lapso temporal razoável para que o cônjuge que saiu de casa possa reivindicar seus direitos, mas também garante que a usucapião é exclusivamente em benefício do cônjuge que permaneceu no imóvel.

Além disso, estabelece que o imóvel não pode ser superior a 250 metros quadrados e quem preiteia a usucapião não pode possuir outro bem imóvel, seja rural ou urbano, e mais, não permite uma segunda usucapião por abandono de lar, evitando assim o enriquecimento ilícito de quem propõe a ação.

Diante disso, firmamos aqui o entendimento de que a usucapião por abandono de lar é justa, visto que proporciona um prazo razoável para que aquele que abandonou o lar possa requerer o que lhe é de direito.

Proporcionando também que o cônjuge que permaneceu no imóvel possa ter o direito de dispor na integralidade do bem, sem ter que depender de uma assinatura ou até mesmo da vontade do outro.

Evitando assim as constantes lembranças das magoas que normalmente a separação acarreta, além de afastar tais emoções da relação jurídica, evitando assim um desgaste maior.

6. Referência

AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. Primeiras Impressões Sobre a Usucapião Especial Urbana Familiar e suas Implicações no Direito de Família. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20abandono%20do%20lar%2001_09_2011.pdf. Acesso em 22 de setembro de 2018.

DIAS, Maria Berenice. Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi%E3o_e_abandono_do_lar.pdf. Acesso em 22 de setembro de 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Escritos de Direito e Processo das Famílias** – Novidades e Polêmicas, 2ª Série. Editora JusPODIVM, Bahia, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2012.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Conflito de Competência : CC 70063771927 RS. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183960539/conflito-de-competencia-cc-70063771927-rs>. Acesso em: 22 de setembro de 2018.

VILARDO. Maria Aglaé Tedesco. Usucapião especial e abandono de lar – usucapião entre ex-casal. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. IBDFam. VL 27, ano 2012. Disponível em: <http://direitosdasfamilias.blogspot.com/2016/05/usucapiao-especial-e-abandono-de-lar.html>. Acesso em 22 de setembro de 2018.

NOTAS:

[1] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2012.

[2] AMORIM, Ricardo Henriques Pereira. Primeiras Impressões Sobre a Usucapião Especial Urbana Familiar e suas Implicações no Direito de Família. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20abandono%20do%20lar%2001_09_2011.pdf.

[3] FARIAS, Cristiano Chaves. **Escritos de Direito e Processo das Famílias** – Novidades e Polêmicas, 2ª Série. Editora JusPODIVM, Bahia, 2013.

[4] VILARDO. Maria Aglaé Tedesco. Usucapião especial e abandono de lar – usucapião entre ex-casal. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. IBDFam. VL 27, ano 2012. Disponível em: <http://direitosdasfamilias.blogspot.com/2016/05/usucapiao-especial-e-abandono-de-lar.html>. Acesso em 22 de setembro de 2018.

[5] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Conflito de Competência : CC 70063771927 RS. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/183960539/conflito-de-competencia-cc-70063771927-rs>. Acesso em: 22 de setembro de 2018.

CONTRATO, TITULARIDADE E RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA NO MUNICÍPIO DE PETROLINA

POALA LORENA SOARES DA SILVA:
Graduanda em Direito na Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina (FACAPE).

Coautores^[1]:
JOÃO VITOR SILVA NOVAES
JOVANNA VIANA RODRIGUES

NADIELSON BARBOSA DE FRANÇA^[2]
(Orientador)

RESUMO: O presente artigo pretende demonstrar as peculiaridades e o regime jurídico dos contratos estabelecidos com as concessionárias de serviços públicos no âmbito do município de Petrolina especialmente no que diz respeito ao saneamento básico. E ainda indicar o entendimento de quem deve pertencer a titularidade pelo tal serviço, ou seja, quem será o agente que irá prover a população com o fornecimento, a captação e o tratamento da água e que fará jus a uma contraprestação. Além disso, o trabalho objetiva evidenciar que essas empresas privadas quando substituem a atuação estatal serão inteiramente responsabilizadas quando atuarem de modo deficitário e não atenderem as condições mínimas exigidas pela lei.

PALAVRAS CHAVE: Água. Contratos. Concessionárias. Titularidade. Responsabilidade.

ABSTRACT: The present article intends to demonstrate the peculiarities and legal regime of the contracts established with the concessionaires of public services in the scope of the municipality of Petrolina especially with respect to basic sanitation. And also indicate the understanding of who should belong to such service, that is, who will be the agent that will provide the population with the supply, capture and treatment of water and will be entitled to a consideration. In addition, the objective of this work is to show that these private companies, when they replace state operations, will be fully responsible when they act in a deficit manner and do not meet the minimum conditions required by law.

KEY WORDS: Water. Contracts. Dealerships. Ownership. Responsibility.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 A NATUREZA E O REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS CELEBRADOS POR CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA. 2.2 TITULARIDADE DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA. 2.3 A RESPONSABILIDADE DOS CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DIANTE DO ATENDIMENTO INEFICIENTE. 2.4 A INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DA CONTINUIDADE. 3 METODOLOGIA. 3.1 TIPOS DE PESQUISA. 3.2 INSTRUMENTOS, TÉCNICAS E MÉTODOS DE ANÁLISE. 3.3 CORPUS DA PESQUISA. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A escolha desse tema de pesquisa contém como objeto de motivação para o determinado estudo: a investigação da natureza e o regime jurídico dos contratos celebrados por concessionários de serviços públicos de abastecimento de água, bem como a titularidade, as responsabilidades das concessionárias e também a incidência dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da continuidade do serviço.

O abastecimento de água e o esgotamento e tratamento sanitários são serviços essenciais, que são prestados mediante concessão ou permissão ou diretamente pelo Poder Público. Há previsão na Constituição Federal de 1988, a qual estabelece a competência comum para os entes da Federação, perpassando os níveis federal, estadual e municipal.

Ademais, a questão da regulação mostra-se mais acentuada não somente quanto aos contratos de concessão, mas também a eficiência e a continuidade do serviço, posto que o usuário se dispõe a pagar as tarifas pela qualidade e melhoria do serviço público objeto deste artigo. Não à toa, segundo Carvalho Filho (2013, p. 36) a "consequência lógica desse fato é a de que não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo, ao contrário, ter normal continuidade". Outrossim, vale destacar que o princípio da continuidade dos serviços públicos guarda relação com o princípio da supremacia do interesse público, pois têm por escopo que a coletividade não sofra prejuízos em razão de eventuais interesses particulares.

Portanto, o que se coloca no momento é definir as características dos contratos, os impasses da titularidade e a gestão eficiente do serviço público concedido. Nesse sentido, o presente artigo visa indagar a questão sob o enfoque da concessão do serviço de abastecimento de água no município de Petrolina, visto que estão sendo realizadas várias sessões entre a prefeitura e a Companhia Pernambucana de Saneamento (COMPESA), e aquela vem demonstrando interesse em municipalizar o serviço direcionando o recurso arrecadado com tarifas em investimentos na cidade, visto que há ausência da COMPESA no atendimento da zona rural, cujo território é maior que da área urbana, e da falta de cobertura em diversos bairros da cidade.

A contribuição social desse estudo foi promover uma visão ampla acerca dos impasses da titularidade do serviço em questão, bem como a natureza e o regime jurídico dos contratos. Ao passo que evidenciou as responsabilidades das concessionárias diante da ineficiência do serviço prestado.

No que diz respeito à relevância científica, esse estudo investiga o tema numa perspectiva acerca da contraprestação existente entre o poder concedente, a concessionária e o usuário do serviço de abastecimento de água alcançando deveres e direitos de cada polo nessa relação.

A questão problema foi: a qual ente de federação pertence a titularidade do serviço de abastecimento de água e qual o regime jurídico e a natureza dos contratos celebrados pela prefeitura com as concessionárias?

O objetivo geral do problema foi identificar a regulação dos contratos celebrados com as concessionárias tendo em conta a manutenção do serviço com qualidade, paralelamente, questionando a titularidade do serviço. Já os objetivos específicos foram: identificar a responsabilidade das concessionárias quando da transparência da prestação do serviço de abastecimento de água em confronto com os princípios da indisponibilidade do interesse público e da continuidade do serviço.

Esse estudo trabalhou com a seguinte hipótese: os contratos celebrados por concessionárias são precipuamente de regime jurídico privado e a titularidade do serviço de abastecimento de água originariamente é de competência comum dos estados e municípios, outrora, era controverso e se justificava pela interpretação dos dispositivos mencionados, mas que o Supremo Tribunal Federal pacificou.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 A NATUREZA E O REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS CELEBRADOS POR CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

A natureza e o regime jurídico dos contratos celebrados por concessionários de serviços públicos.

É dever do Estado prestar serviços públicos a coletividade, podendo oferecer serviços diretamente por meio dos seus órgãos públicos, por meio das suas pessoas jurídicas, ou o estado mantém vínculo com uma empresa privada na forma de concessão de serviços públicos, e essa empresa irá prestar serviços a população, normalmente recupera o seu investimento e tira o seu lucro cobrando uma tarifa do seu usuário. Ou seja, se tem uma forma de delegação de competências publicas a particulares que é concessão. É um desdobramento que se encontra na Constituição Federal de 1988, no art. 175:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado

Como um exemplo de concessão, a prestação de serviços de abastecimento de água, em que o particular deverá fazer um elevado investimento para prestar um serviço público na área de abastecimento de água.

A natureza da concessão de serviço público é de contrato administrativo, com tal, exige licitação previa na modalidade concorrência. O contrato de concessão de serviços públicos é administrativo por prazo determinado e excelência, normalmente o prazo é longo para que a tarifa seja pequena.

O Estado pode antes o prazo encerrar o contrato de concessão, mas se não houver nenhuma culpa pelo rompimento do contrato em relação ao concessionário, este particular terá direito a uma indenização pela quebra do equilíbrio econômico financeiro.

Sempre haverá licitação para escolher a concessão, a norma geral para escolher o concessionário e a obrigatoriedade de autorização legislativa se encontra na Lei 8987/95, em seu art. 2º, sendo vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº [8.987/95](#).”

2.2 TITULARIDADE DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

Nesse quadrante, é de trivial sabença, a possibilidade de realização de contrato para a concessão de serviço de abastecimento de água. Por esse motivo surge a seguinte indagação: a qual ente da Federação residiria o dever de prestar o serviço público de abastecimento de água? A questão surge certamente do fato de que, na maioria dos estados da Federação, há uma Companhia Estatal, constituída, na maior parte dos casos, sob a forma de Sociedade de Economia Mista, incumbida da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água. É o caso da COMPESA (Companhia Pernambucana de Saneamento), responsável, atualmente, pelo fornecimento de água potável ao município de Petrolina. No entanto, não é difícil encontrar Municípios em que o fornecimento de água se dá sem qualquer envolvimento do Estado ou de empresa estadual. Nestes casos, são frequentes duas situações: na primeira, o Município atua por meio de autarquia ou empresa municipal, com o emprego de recursos públicos; já na segunda situação tem-se a concessão dos serviços a um privado que através de Licitação demonstre possuir a proposta mais vantajosa e preencha as condições para prestação dos serviços e realização dos investimentos, passando a ser remunerado por meio das tarifas pagas pelos usuários (e, eventualmente, complementado por parte do Poder Público).

Entretanto, o abastecimento de água é um serviço estadual ou municipal? Conforme a Constituição Federal de 1988, em seu art. 23, inc. IX, a competência é comum para a União, Estados e Municípios para a promoção de melhorias nas condições de saneamento básico. Vale ressaltar que o conceito de saneamento básico abrange água, esgoto, gestão de resíduos sólidos e drenagem de água de chuva, tal definição decorre da previsão expressa do art. 3º da Lei Federal 11.445/2007, atual marco regulatório dos serviços de saneamento básico do Brasil. No entanto, não há, na Constituição Federal a expressa designação da titularidade destes serviços.

Sendo assim, verifica-se duas teses possíveis: a primeira que defende ser do Município a titularidade dos serviços de saneamento básico, resultando da interpretação do art. 30, inc. V da Constituição Federal de 1988, segundo o qual "compete aos Municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial". Já a segunda resulta da interpretação do art. 25, § 3.º da Constituição Federal de 1988, defendendo a titularidade estadual dos serviços, sendo reforçada nas décadas de 1970 e 1980 pela política instituída pelo PLANASA (Plano Nacional de Saneamento – Lei Federal n.º 6.528/78) que condicionava o repasse de recursos da União para saneamento à existência de Companhia Estadual.

Contudo, a questão foi definitivamente pacificada pelo Supremo Tribunal Federal por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINs) 1826, 1843 e 1906 que também foram analisadas em conjunto com a ADI 1842/RJ na mesma sessão, em razão da existência de conexão entre os temas tratados nesses processos, visto que versavam, direta ou indiretamente, sobre a titularidade do serviço de saneamento básico. Assim decidiu-se que, em regra, a titularidade dos serviços de saneamento básico é municipal e somente no caso das regiões Metropolitanas haverá o compartilhamento da titularidade entre o Estado e os Municípios.

Pelo exposto, somente é possível a atuação dos Estados no campo do abastecimento de água mediante a delegação municipal destes serviços à Companhia Estadual. Todavia, vale destacar que o ministro Joaquim Barbosa no julgamento da ADI 1842 defendeu a criação de entidades com personalidade jurídica própria, mas que não seja política, que reúnam integrantes de prefeituras e

do governo estadual para tratar questões sobre serviços públicos integrados, como o saneamento básico. Assim, afirmou o ministro supracitado “o tribunal decidiu que não pode haver (na gestão) preponderância nem do estado e nem do município”.

2.3 A RESPONSABILIDADE DOS CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DIANTE DO ATENDIMENTO INEFICIENTE

Todo serviço público, ou seja, aquele que é essencial e necessário à vida do cidadão deve ser prestado da forma mais eficiente possível. Assim, tanto o usuário quanto o terceiro que sofre dano causadas por uma prestação falha nos serviços concedidos a uma empresa privada pelo Estado podem ser indenizados e as concessionárias serem responsabilizadas civilmente.

Atualmente, o saneamento e distribuição de água no estado de Pernambuco fica a cargo de uma empresa chamada Compesa. Esse é um exemplo em que o Brasil, por meio das privatizações, ao se buscar a maximização e o melhoramento dos serviços ofertados, concedeu à iniciativa particular o domínio sobre tal atividade. No entanto, o que vê na mídia e nos canais de televisão é a insatisfação da população diante de descasos, como esgotos correndo pelas ruas de várias cidades, algo intolerável nos tempos de hoje.

O problema de muitas empresas é a resistência de adaptação das normas internas, de seguir os valores estabelecidos na Constituição Federal e nas leis, e de se vincular aos precedentes judiciais. Embora possuam personalidade jurídica de direito privado elas devem seguir as normas e princípios de direito público, tais como a legalidade, proporcionalidade, a motivação e a finalidade.

A prestação de serviços públicos de qualidade, é um direito da sociedade que tem como objetivo alcançar o bem comum e uma qualidade de vida digna. Está positivado na Carta Magna no art. 175, que o serviço público deve ser prestado de forma adequada, assim, quando tal preceito não for observado os usuários tem a prerrogativa de exigir o cumprimento sob pena de indenização.

Segundo o art 6 § 1º da Lei nº 8.987/95, lei de concessões, serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Regularidade se traduz pela não oscilação das características técnicas de prestação ao usuário. Continuidade quer dizer que os serviços não devem ser

interrompidos abruptamente pegando os usuários de surpresa, principalmente em relação àqueles indispensáveis a vida da pessoa. Eficiência significa que a prestação deve atender a finalidade e os parâmetros de qualidade do serviço estabelecidos pelo ente concedente, deve-se extrair o maior número possível de resultados positivos, evitando os negativos, buscar a otimização dos recursos disponíveis e balancear o custo/benefício. Segurança quer dizer que as concessionárias devem minimizar os riscos materiais e morais que possam atingir os usuários. Atualidade significa que os serviços devem acompanhar os avanços da tecnologia, ou seja, os equipamentos, as técnicas e as instalações devem ser modernos e atuais. Generalidade significa que o serviço deve alcançar a todos, inclusive aos usuários hipossuficientes, sem qualquer tipo de discriminação. Cortesia quer dizer que o usuário merece uma atenção especial, deve ser tratado com respeito e cordialidade em qualquer situação. Modicidade tarifária quer dizer que as tarifas impostas devem ser acessíveis ao usuário pelo uso do serviço levando-se em conta a capacidade financeira individual.

O serviço será ineficiente quando desatender aos requisitos acima expostos. O particular que cumpre com suas obrigações, como o pagamento de taxa, por exemplo, quando sentir que algum direito seu foi lesionado poderá entrar com a ação judicial apropriada, até mesmo com um mandado de segurança que visa proteger um direito líquido e certo. Entretanto, o usuário insatisfeito antes de acionar o poder judiciário, deve esgotar a via administrativa, ou seja, deve haver antes uma comunicabilidade por parte deste à empresa, fazendo uma reclamação junto ao órgão competente ou mesmo pela internet. Assim, deve-se avaliar a conduta da empresa quando soube dos fatos expostos e qual foi a sua reação no caso concreto, para se medir futuramente o dano moral, assim, aquela empresa que agiu com ignorância, não admitiu o erro, não corrigiu ou não tentou corrigir, terá sua parcela de culpa devidamente comprovada, devendo ser responsabilizada por tal falha.

A atuação em processos judiciais gera um aprimoramento dos serviços, pois obriga a concessionária infratora a cumprir com seus deveres quanto a boa qualidade dos serviços podendo ser condenada a pena de multa pela sua má execução.

É importante ressaltar que as concessionárias respondem objetivamente e integralmente pelos eventuais danos que seus agentes vierem a causar, ou seja, não

depende de culpa ou dolo. Como se observa no resumo da ementa do julgamento do REsp 287.599 do STJ abaixo transcrita.

Ainda que exerça atividade concedida pelo Estado, responde em nome próprio pelos seus atos, devendo reparar os danos ou lesões causadas a terceiros. De efeito, a existência da concessão feita pelo Estado, por si, não o aprisiona diretamente nas obrigações de direito privado, uma vez que a atividade cedida é desempenhada livremente e sob a responsabilidade da empresa concessionária.

Além disso, o Estado será responsabilizado solidariamente ou subsidiariamente, mesmo nos casos em que houve a concessão integral dos serviços. Solidariamente quando o ente político atua como fiador, ou seja, fiscalizador da regularidade desses serviços concedidos, e subsidiariamente quando ficar comprovado que a concessionária não possui meios para cumprir com a reparação devida, isso de acordo com o entendimento do STJ.

2.4 A INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DA CONTINUIDADE

Os serviços públicos, são atividades típicas do Estado realizada no exercício da sua função administrativa, que se submetem ao regime jurídico administrativo, que por sua vez, como qualquer outro regime jurídico é composto de regras e de princípios jurídicos que regulam um determinado instituto ou disciplina jurídica autônoma, por serviço público, entende José dos Santos Carvalho Filho como (2012, p.312):

Toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas à satisfação da necessidade essenciais e secundárias da coletividade.

Os princípios jurídicos, constituem a base, o alicerce inicial das regras que compõem de um determinado regime jurídico, consistindo assim como

norteadores da interpretação e aplicação das regras jurídicas bem como das lacunas existentes. Assim, os serviços públicos, no ordenamento jurídico estão sujeitos tanto aos sobreprincípios

O princípio da indisponibilidade, em decorrência de sua natureza indispensável para o suprimento das necessidades fundamentais da vida. Visa proteger o a supremacia do interesse público. Trata-se de serviços que não podem vim a sofrer interrupção em sua prestação, ou seja, são elementares para suprir as necessidades básicas da sociedade, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 84):

Um subprincípio, ou, se quiser, princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade do desempenho de atividade administrativa que, por sua vez deriva do princípio fundamental da indisponibilidade, para a Administração, dos interesses públicos.

O princípio da indisponibilidade do interesse público está diretamente presente em qualquer atuação da Administração Pública, apresenta-se como a medida do princípio da supremacia do interesse público frente aos interesses particulares é a consagração de que os interesses do povo devem sempre estar acima dos da Administração Pública. Tal princípio surge com o intuito de reafirmar a ideia de que o interesse público não está refém dos interesses de seus administradores, nem tão pouco refém de seus atos.

O princípio da continuidade do serviço público está ligado ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Ou seja, a continuidade é aplicada às atividades que se supõem legalmente definidas pelo Estado-administrador necessárias à satisfação dos interesses públicos que lhe foram confiados, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.706):

O princípio da continuidade do serviço público significa "a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido.

Sendo assim, o princípio da continuidade relaciona-se igualmente com o princípio da eficiência, em que o serviço público se constitui de um fato, e não somente um conceito. Desta forma, em ambos os casos suas marcas fundamentais estão ancoradas na continuidade e exigência de um serviço prestado de maneira eficiente, consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.113):

Em decorrência deste princípio, o serviço público não pode parar, tendo especial aplicação com relação aos contratos administrativos e ao exercício da função pública, trazendo diversas consequências aos contratos administrativos.

O art. 175, IV, da Constituição da República que consagrou o dever constitucional de manter serviço adequado, independentemente de sua forma de prestação, sendo certo que, sua regulamentação infraconstitucional constante do art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/95, onde dispõe que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato, ao definir esse modo de prestação do serviço acabou por veicular alguns a aplicação dos princípios jurídicos aos serviços públicos como a regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

O que significa que o serviço deve atuar regularmente de acordo com as entidades e estatutos que o organizam. De acordo com a lei 7783/89 o artigo 10º, são considerados serviços ou atividades essenciais: Tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; Captação e tratamento de esgoto e lixo. O abastecimento de água e o esgotamento e tratamento sanitários são serviços essenciais, que são prestados mediante concessão ou permissão ou diretamente pelo Poder Público que deve ser analisado a incidência dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da continuidade do serviço. A empresa responsável pelo saneamento básico em Petrolina, a Companhia Pernambucana de Saneamento (Compesa) é criticada por alguns moradores de bairros do município por constante falta de água além de esgotos a céu aberto e bocas de lobo estourados, em decorrência disso a prefeitura de Petrolina, com o objetivo do melhoramento na prestação dos serviços de

saneamento para comunidade, trata como prioridade do governo a municipalização do serviço

3 METODOLOGIA

3.1 TIPOS DE PESQUISA

Nesse trabalho investigativo foi usada a pesquisa qualitativa, pois não se utilizou instrumental estatístico. Assim, há uma avaliação mais detalhada dos dados sobre um menor número de pessoas casos, o que permite estudar a questão: como funciona o serviço da concessionária de abastecimento de água, em profundidade e detalhe. Além disso, envolve pequena amostra não necessariamente representativa de grandes populações, o enfoque em Petrolina, Pernambuco. Para Bogdan (*apud* MICHALISZYN, 2008, p. 105):

1°. A pesquisa qualitativa tem o ambiente natural como fonte direta dos dados e o pesquisador como instrumento-chave; 2°. A pesquisa qualitativa é descritiva; 3°. Os pesquisadores qualitativos estão preocupados com o processo e não simplesmente com os resultados e o produto; 4°. Os pesquisadores qualitativos tendem a analisar seus dados indutivamente; 5°. O significado é a preocupação essencial na abordagem qualitativa.

Quanto aos objetivos, foi utilizada a pesquisa descritiva, visando descrever a contribuição da concessionária de serviços públicos no âmbito jurídico e a característica dos contratos.

Em relação aos procedimentos, foi usado um tipo de pesquisa bibliográfica para identificar como podem ser as formas de compreensão dos contratos celebrados por concessionários de serviços públicos de abastecimento de água, inclusive a jurídica, assim tem como base tudo que foi escrito acerca do tema, mas sob novo enfoque.

3.2 INSTRUMENTOS E TÉCNICAS

Foi utilizada a pesquisa de caráter bibliográfico e abrange assuntos relevantes no campo do tema abordado, tendo como enfoque a concessão do serviço de abastecimento de água no município de Petrolina e suas contribuições para a compreensão da realidade, inclusive a jurídica. Vale ressaltar que a pesquisa bibliográfica foi importante para o exame do tema sob nova perspectiva e não mera repetição do que já foi escrito sobre o assunto. Segundo Fonseca (2002, p.32):

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto.

Quanto à técnica, foram utilizadas as publicações, que utilizam os seguintes instrumentos: livros, artigos científicos, teses, publicações avulsas, páginas de web sites, que foram de extrema relevância para a identificação da interdisciplinaridade do estudo jurídico e a aplicabilidade do Direito no âmbito contratual.

3.3 UNIVERSO DA AMOSTRAGEM

A forma inicial de acesso aos elementos da amostra foi a realização da pesquisa baseada em registros documentais e bibliográficos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, estabelece a competência comum para os entes da Federação, perpassando os níveis federal, estadual e municipal. Para que os serviços sejam dotados de efetividade, devem buscar garantir interesses coletivos, ou seja, os direitos dos cidadãos, assegurados na constituição federal. Investigação da natureza e o regime jurídico dos contratos celebrados por concessionários e também a incidência dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da continuidade do serviço. E como mencionados na lei 7783/89 o artigo 10, são considerados serviços ou atividades essenciais: Tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e

combustíveis devendo manter esse serviço adequadamente como previsto no artigo 175, IV da Constituição Federal.

Esta modalidade contratual caracteriza-se pela necessidade de um maior equilíbrio entre o poder econômico exercido pelos concessionários e o poder do Estado, sob o enfoque da concessão do serviço de abastecimento de água do município de Petrolina, uma vez que a prefeitura demonstra o interesse de municipalizar o serviço direcionando o recurso arrecadado com tarifas em investimentos na cidade.

Portanto, nas relações entre Estado e as empresas privadas prestadoras de serviço público essenciais, objeto de estudo deste trabalho, confirma-se o dever de observância de fatores que vão além da questão estritamente jurídica/ contratual envolvendo o setor público e privado, para que dessa maneira possam melhorar a qualidade dos serviços prestados, capaz de garantir a concretização de seus direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal. Assim, através da análise de algumas análises doutrinárias e da legislação, podemos perceber que os serviços prestados pelas concessionárias devem ser feitos em consonância com os princípios fundamentais garantidores de serviço verdadeiramente eficaz.

REFERÊNCIAS

/ÁGUA ONLINE,

Saneamento. Disponível em <http://aguaonline.com.br/materias.php?id=3600&cid=1&edicao=559> Acesso em 17/04/2019

Brasil, Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e outras funções. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: abril de 2019

Brasil, Lei nº 8.987, 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: abril de 2019

CARVALHO FILHO, José dos santos. **Manual de direito administrativo**, 25 ed. São Paulo: atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, **Concessão e permissão de serviços públicos**. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2017/04/10/concessao-e-permissao-de-servicos-publicos-dicotomia-inocua/> Acesso em 22/04/2019

COMPESA. **história e perfil**. Disponível em <https://servicos.compesa.com.br/historia-e-perfil/> Acesso em 15/04/2019

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 2014.

DEPIERI, Edson. **Disputa de titularidade entre os municípios e as concessionárias**. Disponível em <https://administradores.com.br/artigos/disputa-de-titularidade-entre-os-municipios-e-as-concessionarias-estatais-nos-servicos-publicos-de-agua-e-esgoto> Acesso em 20/04/2019

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA. **Princípio da continuidade**. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao> Acesso em 21/04/2019

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

MICHALISZYN, Mario Sergio. **Pesquisa: orientações e normas para elaboração de projetos, monografias e artigos científicos**. 4. Ed. Revisada e ampliada. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

NACUR REZENDE, Élcio. **Responsabilidade das concessionárias deserviços públicos**. Disponível em <http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23797/a-responsabilidade-das-concessionarias-de-servicos-publicos-quando-o-atend/> Acesso em 22/04/2019

PREFEITURA DE PETROLINA. **Municipalização**. Disponível em <http://petrolina.pe.gov.br/prefeitura-defende-municipalizacao-e-mais-investimentos-para-agua-e-esgoto/> Acesso em 16/04/2019

[1] Bacharelados em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina

[2] Advogado e professor, graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia e pós-graduado em direito público pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco.

MÍDIAS SOCIAIS, PROPAGAÇÃO DE INFORMAÇÃO E O IMPACTO SOCIAL AO DIREITO À INTIMIDADE: UMA ANÁLISE DO REPASSE DE INFORMAÇÕES NO CASO DO DESASTRE DE BRUMADINHO

RAIMUNDA DAS NEVES SANTOS:
Acadêmica do curso de Direito da
Faculdade Serra do Carmo.

LUCIANA AVILA ZONATELLI

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo buscou tratar o estudo dos Direitos fundamentais e as garantias constitucionais, dando enfoque às mídias sociais, a velocidade que as informações são repassadas, atentando-se sobre a possibilidade de limites existentes dentro das normas jurídicas brasileiras para que seja evitado o conflito entre esses direitos. Buscou-se com estudo entender onde o Direito de Informar se sobressai ao Direito à Intimidade ou vice-versa, os meios aprovados no Brasil para arbitrar esses conflitos procurando identificar em doutrinas e legislações pertinentes se há possibilidade da limitação ao direito à intimidade do indivíduo ser superado em grau de prioridade pelos interesses da coletividade para a divulgação de informações. Ao final da pesquisa verificou-se que em verdade não se concebe a colisão entre os direitos à intimidade e à liberdade de informação como conflito entre direitos fundamentais, mas sim caso em que se torna clara a devida análise ao peso de cada um dos referidos direitos, caso em que a intimidade, se sobressai ao direito à informar.

Palavras Chaves: Intimidade, Informação, Violação, Conflito de Direitos Fundamentais

ABSTRACT: The present article sought to address the study of fundamental rights and constitutional guarantees, focusing on social media, the speed that information is passed on, considering the possibility of existing limits within Brazilian legal norms to avoid conflict between these rights. The study sought to understand where the Right to Inform stands out to the Right to Intimacy or vice versa, the means approved in Brazil to arbitrate these conflicts seeking to identify in relevant doctrines and legislation if there is a possibility of limiting the right to privacy of the individual to be overcome in priority of the interests of the community for the dissemination of information. At the end of the research, it was verified that the collision between the rights to privacy and freedom of information as a conflict

between fundamental rights was not conceived, but rather a case where the proper analysis of the weight of each of the rights , in which case the intimacy, stands out the right to inform.

key words: Intimacy, information, violation, conflict of fundamental right

SÚMARIO: 1. Introdução - 2. Direito à intimidade e direito à informação: conflito de direitos fundamentais - 3. Mídias sociais, velocidade da informação e o impacto social - 4. Aspectos da sociedade digital e o repasse de informações no que concerne o facebook do caso brumadinho - 5. Análise da proteção jurídica da intimidade frente aos avanços tecnológicos da informação no ordenamento jurídico brasileiro - 6. Considerações finais - 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diz-se que a humanidade hoje vive em uma chamada modernidade líquida, onde tudo é fluido, rápido e fugaz. Ainda, com o desenvolvimento da tecnologia, e em especial da internet e da interação por meio de redes sociais, a velocidade das relações e da troca de informações se faz cada vez maior.

A vida é passada e sentida por meio das redes sociais e as informações e “julgamentos” também são feitos em tal ambiente. Nesse afã do imediatismo das comunicações e das informações, por muitas vezes se vê divulgado em redes sociais fatos relativos a terceiros pessoas, que alcançam de forma quase imediata um sem fim de pessoas interagindo.

Assim, no mês de Janeiro de 2019, após o rompimento da barragem de rejeito de minérios, localizada em Brumadinho, no estado de Minas Gerais, viu-se nas redes sociais diversas postagens trazendo relatos, fotografias, filmagens, entre outros expondo a situação das pessoas afetadas pelo desastre. Nesse contexto, se passou a perguntar se o direito de informar e ser informado, em especial no que se refere aos ambientes virtuais (redes sociais), se sobrepõe ao direito à intimidade das pessoas a quem se referem as notícias/postagens.

Na presente pesquisa, então, tratar-se-á acerca dos Direitos fundamentais e suas garantias constitucionais. Em específico sobre as mídias sociais, a velocidade

com que as informações são repassadas e Direito à Intimidade, ambos trazidos no art. 5º da CRFB de 1988.

Se busca pesquisar os limites constitucionais entre os direitos à Intimidade, direito de Informar e o direito de se informar, se estes conflitam dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que um não pode invadir os limites jurídicos do outro quando se tratar do repasse de informações de forma desarrazoada.

Diante disto, serão analisados em quais circunstâncias o direito de informar pode violar o direito de intimidade, objetivando-se com essa pesquisa entender onde o Direito de Informar se sobressai o Direito à Intimidade ou vice-versa. Também serão destacados quais são os meios vocacionados no Brasil para arbitrar esses conflitos e identificar em doutrinas e legislações pertinentes que indicarão se há possibilidade da limitação ao direito à intimidade do indivíduo ser superado em grau de prioridade pelos interesses da coletividade para a divulgação de informações.

Nesse contexto, pretende-se conduzir o presente estudo por meio de pesquisa qualitativa, utilizando o método dialético, sendo assim, desenvolvida através de pesquisa bibliográfica e de dados.

Face o exposto no trabalho far-se-á necessário uma análise dos impactos ocorridos entre os já referidos direitos fundamentais em decorrência do crescente avanço da criação de novos meios de comunicação, assim como a propagação com que circulam as informações sejam elas verídicas ou não, em especial a Internet por ter se tornado um crescente celeiro de troca de informações em tempo real.

Assim, inicialmente será abordado o contexto histórico e evolução entre intimidade e Informação, sendo que estes se consagram dentre direitos e liberdades fundamentais a serem assegurados pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

No segundo momento, será realizado um estudo referente às mídias sociais e a velocidade da propagação da informação diante dos avanços tecnológicos, principalmente no que concernem as mídias sociais facebook.

Na terceira seção serão abordados o repasse de informações principalmente no que concerne a mídia social facebook, aspectos positivos e negativos, e sua relação com o direito à intimidade dos impactados do desastre de Brumadinho.

Para finalizar, será analisada a proteção jurídica da intimidade frente ao caso de Brumadinho, o repasse de informação e a violação à intimidade das vítimas do desastre o que será desenvolvido indagando o ordenamento jurídico brasileiro na interpretação das normas legais, no intuito de indicar se há uma solução inerente para o conflito entre a intimidade e o direito de informar.

2. DIREITO À INTIMIDADE E DIREITO À INFORMAÇÃO: CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O surgimento dos direitos fundamentais se dá com o jus naturalismo, passando no século XVI, com os pensamentos de Grócio, Pufendorf, Milton e Hobbes que diziam que a pessoa humana faz jus à efetivação a proteção de seus direitos como tolerância religiosa, liberdade de imprensa e liberdade de manifestar-se oralmente.

Com os ideais do iluminismo foram reconhecidos os direitos fundamentais inalienáveis da pessoa humana ressaltando que estes não nasceram ao acaso, tão pouco sem nenhuma finalidade, mas nasceram para que todas as vezes que os direitos do indivíduo fossem suprimidos, ou surgissem ameaças colocando assim em cheque a liberdade física e moral, pudessem ser avocados por serem imprescindíveis à compreensão do ordenamento jurídico, acreditando – se com isto que, este tenha sido um marco histórico do início dos Direitos Fundamentais e conseqüentemente a conquista de diversos direitos, inerentes a condição de dignidade do homem. (SARLET, 2012).

Com isso, entende-se que os Direitos Fundamentais não nasceram da noite para o dia, sendo que estes foram conquistados de forma gradativa e lenta ao longo da história da humanidade através de intermináveis lutas com imensuráveis dificuldades, alternando-se em momentos de proteção e violação que circundam até os dias atuais da própria existência do ser humano.

Como é trazido por Bulos, que:

Direitos Fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. (2015, p.526)

Nesse diapasão, continua o autor ressaltando que os Direitos Fundamentais foram gerados no íntimo entendimento de grupos de normas e princípios que garantem pacificamente a dignidade da pessoa humana.

É de se verificar que Marmelstein, por sua vez defende o conceito de conteúdo ético e normativo. Nesse sentido:

Além do conteúdo ético (aspecto material), os direitos fundamentais também possuem um conteúdo normativo (aspecto formal). Do ponto de vista jurídico, não é qualquer valor que pode ser enquadrado nessa categoria. Juridicamente, somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como mercedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente.

Esse reconhecimento formal ocorre através da positivação desses valores por meio de normas jurídicas. Para ser ainda mais preciso, pode-se dizer que, sob o aspecto jurídico-normativo, somente podem ser considerados como direitos fundamentais aqueles valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país. (BULOS, 2015)

Em contrapartida Afonso da Silva defende a ampliação e transformação de direitos fundamentais no semântico contexto histórico:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades

fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. (2015, p.177)

Contudo, mister se faz salientar que a conceituação desses direitos divergem de acordo com entendimento de cada doutrinador, sendo que para Bulos e Afonso da Silva, os direitos fundamentais tratam de normas e princípios essenciais ao bom desenvolvimento de grupos sociais para convivência pacífica e igualitária. Porém, Marmelstein informa que os direitos fundamentais também possuem um conteúdo normativo no aspecto formal.

Nota-se que, somente serão considerados direitos fundamentais aqueles valores reconhecidos formalmente pelo povo como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente, ou seja, serão considerados valores aqueles que foram incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país.

Há de se ressaltar que doutrinadores como, Pedro Lenza, que preferem classificar os direitos fundamentais em dimensões por entender que essa divisão não acarreta a exclusão ou superação entre as dimensões, sendo que a posterior não abandonaria as conquistas da anterior (Lenza 2019).

Pautada no lema liberdade, igualdade e solidariedade, a primeira, segunda e terceira dimensão reconhecidas entre os séculos XVII a XX tinham como principal objetivo defender o real valor da liberdade, da justiça entre as classes visando à proteção individual e coletiva do homem.

Já a quarta e quinta dimensão foram definidas pela globalização política, também conhecida como: democracia, informação e pluralismo de ideias, bem como o direito à Paz entre as raças. Uma vez que a distinção entre as dimensões foi estabelecida com único propósito de diferenciar as variações existentes entre cada uma delas que surgiram com intuito de organização dos direitos instituídos pelas normas jurídicas.

Moldados no título II da Carta Magna, os direitos fundamentais foram classificados no grupo de direitos e deveres individuais e coletivos, sendo que eles não ficam restritos somente ao artigo 5º, da Constituição Federal de 88, mas em todo o texto constitucional, sejam resultantes de regime, princípios, tratados ou até

mesmo convenções internacionais em que o Brasil seja parte integrante. Sendo analisado inicialmente nesta pesquisa o inciso X, do referido artigo, onde assegura que o direito à intimidade remete à vida privada, sendo que esta última é mais ampla que a intimidade que se refere às relações íntimas e pessoais do indivíduo, seus familiares, companheiros e amigos que fazem parte do ciclo pessoal da vida íntima daquela pessoa, assim como o direito de proteção ao sigilo, tranqüilidade e divulgação de informações de cunho pessoal.

Tratando sobre o Direito à intimidade, Dotti, leciona que:

[...] a intimidade se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”, o que é semelhante ao conceito de Adriano de Cupis que define a intimidade (*riservatezza*) como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma. (DOTTI *apud SILVA*, 2015, p. 209)

No entanto, é válido ressaltar que a intimidade remete ao direito do íntimo que o indivíduo adquiriu com as normas jurídicas do país que reside, de ser e viver sua própria vida sem interferência de terceiros e não ter seus direitos íntimos violados, salvo em casos que venham comprometer a coletividade e a segurança nacional de seu país.

Previsto no ordenamento jurídico brasileiro em seu artigo 220º, Caput, o direito à informação está diretamente ligado a transparência plena de informações verídicas, da livre circulação e liberdade de expressão por profissionais habilitados para repassar os informes exigidos por sua profissão.

Art. 220. 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.

Nesse diapasão, se entra em um valoroso dilema onde um direito não pode contrapor outro, mas sem deixar de valer-se de que seu espaço seja suprimido dentro das normas constitucionais brasileiras, nessa perspectiva Marmelstein dispõe que:

Nesse caso, há conflito de dois valores: de um lado, a liberdade de expressão, elemento indispensável para o desenvolvimento das ideias e para a democracia; de outro lado, os direitos de personalidade, valores básicos para a dignidade humana. Ambos estão protegidos pela Constituição, mas um dos dois terá que ceder diante do caso concreto. (2015, p.374).

Destarte, o mencionado conflito entre o direito à intimidade e a informar ocorre na esfera constitucional e por vezes na infraconstitucional, vez que em certo momento um terá que ceder o devido espaço de acordo com caso concreto, ressaltando que o repasse de informações é considerado indispensável ao bom desenvolvimento de ideais e a construção de uma sociedade bem informada, bem como a democracia atualizada.

Em contrapartida o direito a intimidade de cada indivíduo deverá ser resguardada por ser de cunho privado e o repasse inadequado de determinadas informações poderão acarretar danos não somente a pessoa envolvida diretamente no conflito, mas as demais que fazem parte de seu ciclo familiar causando com isto danos que a depender do caso concreto podem ser irreparáveis.

3. MÍDIAS SOCIAIS, VELOCIDADE DA INFORMAÇÃO E O IMPACTO SOCIAL

Para que seja possível falar sobre a velocidade da informação nas mídias sociais, é necessário de início compreender a evolução do acesso à internet e, por conseguinte à informação.

É importante compreender que até o ano de 1991, ou seja, há 28 (vinte e oito) anos era impensável a qualquer pessoa que a informação percorreria o mundo em apenas uma fração de segundo.

Até então é preciso compreender que o controle tanto quanto à velocidade quanto do conteúdo do que era veiculado como informação estava sob o controle dos veículos de comunicação de massa, havendo certo crivo e possibilidade maior de contenção de danos por exposição demasiada.

Com a popularização da internet e do acesso à rede mundial de computadores cada vez mais se passou a difundir informações (falsas ou verdadeiras, invasivas ou não), sendo que através das chamadas mídias sociais, o controle antes detido pelos meios de comunicação de massa, passa a ser quase ínfimo, uma vez que as informações são repassadas (muitas vezes sem controle) por quem quer que seja.

Analisando as mídias sociais (esse meio tão difuso de propagação das informações), vê-se que as mesmas foram criadas com o intuito de interação social constituída por pessoas, instituições ou grupos sociais por intermédio da comunicação através do computador, gerando com isso uma considerável série de troca de informações, compartilhamento de idéias, vídeos, imagens, mensagens e opiniões, sendo assim diferenciada das mídias tradicionais por meio da abrangência de discussões e nas comunicações entre os mais variados públicos. (RECUERO, 2006, GUTERRES, 2016).

Dentre as mídias sociais há que se falar do Facebook sistema inovador criado por Mark Zuckerberg com a finalidade de análise da transição da vida escolar de adolescentes a entrada na universidade e suas principais mudanças, deu tão certo que posteriormente expandiu para o mundo inteiro. (LEITE, *et all*, 2009).

Com essa expansão as informações são repassadas em tempo real levando em consideração a acessibilidade que os usuários detêm quando estão de posse de um aparelho eletrônico como celular, notebook dentre outros, disseminando na grande maioria das vezes informações desconexas da realidade dos fatos. (HIRAYAMA, 2013).

Contudo, percebe-se que as pessoas acabam externando seus sentimentos de forma impulsiva como foi o caso de internautas que foram ao perfil da Mineradora Vale S.A atacá-la devido o incidente na cidade de Brumadinho MG, dentre estes se podem citar a indignação do internauta Pedro Lins que em seu momento de repulsa discorreu na mencionada rede social: " E aí, queridos, a intenção é destruir Minas Gerais por completo mesmo??",esses e outros comentários contribuem para uma gigantesca repercussão midiática, tendo em vista a forma com que as informações vão sendo disseminadas em sua grande maioria sem uma prévia análise concreta da situação. Causando assim, impactos

sociais duradouros e irreparáveis na vida das pessoas, afetando sua integridade moral e psicológica.

No caso de Brumadinho houve um verdadeiro desencontro de informações, momentos após do rompimento da barragem, por usuários das redes sociais postando informações que não condiziam com a realidade do desastre, como, por exemplo, o número de desaparecidos, ausência de informações por parte da mineradora para uma possível evacuação em massa da população local, assim como diversos questionamentos a respeito da existência de um plano emergencial que não funcionou, e porque não havia funcionado. Enfim, foram muitos “por que será”, “deveria que não deveria”, mas infelizmente é fato que diversas informações desconstruídas foram publicadas nas redes sociais, e em especial no Facebook. (OLIVEIRA, 2019).

Ainda há que se notar que no afã de comentar, de opinar e de participar da indignação geral quanto ao terrível fato ocorrido na cidade de Brumadinho, muitas pessoas, utilizando as redes sociais postaram diversas fotografias, expondo a dor e a intimidade de cada pessoa atingida (e de suas famílias), trazendo sofrimento prolongado pela contínua exposição a tragédia em nível nacional.

Essa propagação das informações de certo modo afetou a vida íntima das pessoas impactadas, uma vez que tiveram suas vidas expostas sem o devido cuidado e direito de proteção consagrado nas normas constitucionais brasileiras, uma vez que a Carta Magna pugna pelo devido cuidado e proteção seja da intimidade do indivíduo, seja ao meio ambiente, pois no caso em questão ambos foram lesionados e carecem de uma reparação adequada, uma vez que o artigo 225, § 1º, inciso V dispõe que todos têm direito garantido a um ambiente sadio, e qualidade de vida e ser responsabilidade do Poder Público de fiscalizar.

Art.225- Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º- Para a assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

V- controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade da vida e o meio ambiente;

É notório diante do dispositivo legal que o Poder Público tem o dever de cuidado e fiscalização para que todos tenham seus direitos garantidos quando se tratar da proteção ao meio ambiente, a vida, a produção, a comercialização, assim como o emprego de técnicas que possam colocar em risco a vida das pessoas.

Nesta tangente de proteção e prevenção que foi criada com o intuito de neutralizar, prevenir e especialmente garantir a devida proteção da intimidade como o direito de expressão, bem como estabelecer obrigações aos usuários que postarem de forma desequilibrada, informações que violem o modo de viver e agir das pessoas. Sendo assim, a lei do marco civil da internet nº 12.965/2014 dispõe que:

Art. 7º- O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I- inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Neste íterim, percebe-se a essencialidade do exercício dos serviços sociais nas mídias, porém deve haver sempre o devido cuidado de proteção no repasse das informações para que não haja violação dos direitos fundamentais das pessoas e, esta violação não cause danos que sucessivamente deverão ser reparados à pessoa afetada.

No que toca a questão do repasse de informações sejam elas positivas ou negativas sempre causaram algum impacto na sociedade analógica ou digital e, ambos irão de certo modo afetar diretamente a vida das pessoas atingidas que, devido a uma situação inesperada tiveram de se readaptar a um novo estilo de vida, superar barreiras e vencer os limites impostos pela situação ocorrida.

Não bastasse toda a tragédia sofrida, essas pessoas ainda têm que se preocupar com os diversos tipos de informações que estão sendo veiculados nos meios sociais como ocorreu no desastre Brumadinho que após o rompimento da barragem aconteceu uma verdadeira avalanche de publicações, mensagens das mais variadas e vídeos em todos os meios de comunicações, não sabendo esses

internautas que estavam de certa forma expondo a vida íntima e o sofrimento daquelas pessoas causando com esse ato danos irreversíveis como transtornos psíquicos. (CARVALHO, 2019).

Ante o exposto, subentende-se que não é somente repassar informações, e sim saber como e o que postar nas redes sociais, pois no caso de Brumadinho, seu contexto trouxe a exposição de situações de sofrimento e a intimidade das pessoas acometidas por aquela tragédia.

4. ASPECTOS DA SOCIEDADE DIGITAL E O REPASSE DE INFORMAÇÕES NO QUE CONCERNE O FACEBOOK DO CASO BRUMADINHO

A sociedade digital vem a cada dia criando meios para comunicar-se de forma mais prática e ágil com celulares de câmeras digitais de alta resolução que facilitam à agilidade no repasse de qualquer tipo de informação aliado a curiosidade das pessoas em estar ciente dos últimos acontecimentos e acessibilidade a conectividade nas redes sociais.

Com isso qual quer acontecimento vira notícia em questão de minutos, visto que em sua grande maioria essas informações são propagadas nas redes como facebook sem o devido cuidado da veracidade dos fatos como aconteceu logo após o rompimento da barragem de rejeitos de minério em Brumadinho, que devastou solo, vegetações e rios por onde passou causando com isto uma destruição em massa, prejudicando os moradores daquela região em especial a comunidade ribeirinha que tira seu sustento do campo e rios e presenciou seus principais meios de subsistência ser totalmente devastado.

Este ato destruiu não somente a fauna e a flora, mas vidas humanas que têm valor imensurável e insubstituível e causando danos irreparáveis nos familiares das vítimas, seja em decorrência da perda de familiares e amigos, seja da própria saúde, pois um desastre de tamanha proporção causa traumas não somente no físico mais também na alma de qual quer ser humano. (OLIVEIRA, 2019)

Com o intuito de noticiar em tempo real o desastre, meios de comunicação nacional e internacional adotaram nomes ao fato danoso, sendo um deles Mar de Lama devido à avalanche de rejeitos de minério de proporções consideráveis que foi lançado no solo e rios e a TV, rádio e jornais noticiavam esse rompimento da Barragem do córrego do feijão cada uma a seu modo de agir e pensar, informavam

ter sido vitimado no fato funcionários que se encontravam no refeitório e dependências do prédio da área administrativa da Mineradora Valle S.A, bem como ter atingido pousada, casas, vegetação e rios da comunidade da Vila Ferteco. (ESPINDOLA, 2019, GONÇALVES 2015).

Tendo em vista a velocidade que essas informações referentes a esse fatídico episódio foram sendo replicadas nas redes sociais percebe-se que os usuários estão cada vez mais eficientes quando se trata de proliferar fatos de tudo que está acontecendo nas redes sociais dando assim publicidade de tudo o que acontece em tempo real, sem a devida preocupação se suas atitudes estão ou não ferindo direitos e garantias fundamentais de terceiros causando com isso um prejuízo irreparável na vida dessas pessoas dado a situação dos fatos. Que diante da quantidade de lama e resíduos tóxicos lançados ao solo causou dano à vida humana, fauna e flora.

A forma como as notícias foram sendo repassadas, no mesmo instante também feriam a intimidade daqueles indivíduos, pois todos os meios de comunicação, assim como os internautas/usuários das redes sociais estavam tão somente preocupados apenas em informar a tragédia em tempo real e não se atentaram que este repasse estava violando proteção dos direitos e garantias constitucionais.

Para que seja possível quantificar a exposição e a violação da intimidade das pessoas afetadas, buscou-se no facebook a quantidade de grupos de interação relativos à mesma, bem como número de postagens sendo verificada a existência de 6 grupos específicos sobre o assunto, com o total de 7.568 (sete mil e quinhentos e sessenta e oito membros), 84 (oitenta e quatro) vídeos diferentes sobre o episódio e um número bem maior de publicações, fotografias, comentários acerca da tragédia e das pessoas afetadas.

Assim, importante destacar que por se tratar de direito a intimidade, este não esta restrito a um determinado grupo de pessoas, mas a qualquer cidadão independentemente de sua posição social, e todo aquele que viola este direito devera segundo disposição do artigo 5º, inciso V, reparar este dano por meio de indenização e ainda assegurar o direito de resposta proporcional ao agravo no veiculo de comunicação que propagou a notícia.

5. ANÁLISE DA PROTEÇÃO JURÍDICA DA INTIMIDADE FRENTE AOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS DA INFORMAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em se tratando de proteção jurídica à intimidade diante dos avanços tecnológicos da informação pode se dizer que a aplicação das normas constitucionais vem se tornando uma tarefa desafiadora para os juristas, tendo em vista a facilidade com que as pessoas têm em adquirir aparelhos eletrônicos e fácil acesso as redes sociais e conseqüentemente, essa aquisição trás consigo a disseminação de informações por meio de vídeos, mensagens dentre outros, e com isso as pessoas se tornam presas fácil nas mãos desses propagadores de informações.

No caso do desastre de Brumadinho vê-se claramente a violação dos direitos fundamentais da intimidade quando foram repassadas não somente compartilhamento de ideias, vídeos, imagens, mensagens e opiniões, mas a exposição dos fatos sem o devido cuidado da preservação das vítimas, suas dores, frustrações, sonhos que foram interrompidos, vidas que não retornaram mais a sua rotina habitual em decorrência da negligência de poucos, porém detentores do poder, e por que não dizer da ganância do homem que entrou em um ciclo vicioso de ganhar e ganhar cada vez mais. Visto que, a própria constituição federal assegura em seu artigo 5º, incisos IV, V e X que:

Artigo. 5º 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:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Haja vista, estarem tutelados nas normas constitucionais brasileiras e uma vez que foram levados a público a intimidade das pessoas, ocorrendo com este ato a violação direta dessa proteção, devendo segundo proteção legal haver a reparação, visto que as normas legais brasileira em seu Título II cuida especificamente do âmbito íntimo do indivíduo. Que no caso de Brumadinho tiveram que aprender a lidar com exposição excessiva em todos os meios de comunicação e os especuladores, que aproveitaram o momento de grande sofrimento para expor os fatos, vídeos e mensagens mesmo quando a Carta Magna prevê a proteção dessas pessoas impactadas seja no caso de tragédia ou qualquer outro meio danoso que viole esse direito.

Nesse diapasão, ainda há que se falar sobre o conflito dos direitos fundamentais quando mencionar o direito íntimo da pessoa e direito de informar e ser informado devendo ser analisado com a devida cautela por estarem no mesmo liame hierárquico dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Visto que, será possível dentro dos limites legais dizer se os princípios poderão ser analisados de forma concorrente, porém, de acordo com o caso concreto atentando sempre para a razoabilidade e proporcionalidade na resolução do conflito.

(Doc LEGJUR **103.1674.7382.1200**)

STF - Responsabilidade civil. Dano moral. Imprensa. Direito à informação e a inviolabilidade da intimidade. Hermenêutica. Conflito entre dois princípios constitucionais. Solução que se dá levando-se em conta o peso e a importância relativa de cada um. Aplicação do princípio constitucional da razoabilidade. CF/88, Arts. 5º V e X e 220.«... O voto condutor do acórdão recorrido vislumbrando conflito entre dois princípios fundamentais, o direito à informação (CF/88, art. 220) e a inviolabilidade da intimidade (CF/88, art. 5º, X), entendeu que este último encontra-se situado em patamar superior ao da liberdade de informação (fl. 478), admitindo o dano moral por entender, também, que a notícia veiculada pela recorrente teria ofendido a honra objetiva e subjetiva do recorrido. (...) Impende observar, entretanto, que não há, na verdade, conflito entre os mencionados princípios constitucionais, mesmo porque não se resolve a suposta colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será

solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada um. A solução, portanto não pode deixar de lado os conhecidos princípios da razoabilidade e ponderação dos bens envolvidos.» (Min. Ellen Gracie).»<https://www.legjur.com/jurisprudencia/busca?q=conflito-de-intimidade-e-informacao&op=com>

Conforme entendimento jurisprudencial supracitado não há que se falar em conflito entre o direito de intimidade e informação, visto que não teria como resolver o referido conflito sem um suprimir a devida importância do outro. Ademais, não há como desprezar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no caso concreto devido a sua criteriosa importância na solução de possíveis colisões de direitos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, porém, mesmo não se falando em conflito a jurisprudência e mesmo a doutrina apontam para a prevalência do direito à intimidade sobre o direito de informar, até mesmo como forma de garantia da dignidade da pessoa humana.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a proposta inicial deste presente artigo, foi verificado um breve contexto histórico dos direitos fundamentais, passando pelas mídias sociais, sendo criadas com intuito de partilhar conhecimento, divulgar material digital e agilizar a comunicação entre seus usuários, levando em consideração a abrangência das discussões e comunicações entre os seus mais diversos públicos.

Porém, com a expansão dessa propagação da informação diante dos avanços tecnológicos das redes sociais, principalmente no que concerne o facebook, que trouxeram consigo não somente o desenvolvimento digital, mas preocupações com a violação de direitos fundamentais. Dentre esses direitos, destaca-se o da Intimidade e informação. No caso do desastre de Brumadinho, quando as pessoas vitimadas tiveram suas vidas expostas em meios de comunicação áudio-visual, como: rádio, TV e mídias sociais sem o devido cuidado e proteção, assegurados pelas normas constitucionais brasileiras. Causando com estes atos danosos a violação à intimidade das vítimas divulgando fatos sem o devido cuidado e análise das informações.

Desta forma, há que se falar também da conseqüência causada com a violação de direitos e o repasse de informações descabidas como aconteceu no desastre de Brumadinho quando as famílias impactadas tiveram sua intimidade exposta com a excessiva divulgação de diversos vídeos sobre o episódio, bem como um número considerável de publicações, fotografias e comentários acerca da tragédia e das pessoas afetadas pela tragédia. Em meio ao caos ocorreu a violada da proteção dos direitos e garantias constitucionais daquelas pessoas devido à forma que foram expostos os fatos na rede mundial de computadores.

Em análise dos fatos, no caso de Brumadinho, constatou-se a inexistência de conflito entre esses direitos, vez que caso isso acontecesse ocorreria à supressão de direito dentro do ordenamento jurídico.

Ao final desta pesquisa, verificou-se que em verdade não se concebe a colisão entre os direitos à intimidade e à liberdade de informação como conflito entre direitos fundamentais, mas sim o caso em que se torna clara a adequada análise ao peso de cada um dos referidos direitos, caso em que a intimidade, se sobressai ao direito a informar.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: 23/11/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **(Doc LEGJUR 103.1674.7382.1200)** STF - Responsabilidade civil. Dano moral. Imprensa. Direito à informação e a inviolabilidade da intimidade. Hermenêutica. Conflito entre dois princípios constitucionais. Solução que se dá levando-se em conta o peso e a importância relativa de cada um. Aplicação do princípio constitucional da razoabilidade. CF/88, Arts. 5º V e X e 220. Ministra relatora. Ellen Gracie. Disponível em: . Acesso em: 04 de Jun de 2019.

CARVALHO, Délton Winter de. Brumadinho: **Análise das narrativas de uma catástrofe a partir do direito dos desastres**. Disponível em: . Acesso em 01 de Jun de 2019.

DURÃES, Cintya Nishimura. **O direito à intimidade e a evolução tecnológica** 2015. Disponível em: <<https://aberto.univem.edu.br>>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

ESPINDOLA, Haruf Salmen; GUIMARÃES, Diego Jean gregório Martins. **História Ambiental dos Desastres: uma agenda necessária**. 2019. Disponível em: .>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

FERRARI, Caroline Clariano . Direitos Sociais e políticas publicas. 2016. Disponível em: . Acesso em 03/06/19.

GONÇALVES. Antônio Baptista. **Intimidade, Vida Privada, Honra e Imagem ante as redes sociais e a relação com a internet**. Limites constitucionais e processuais, 2015. Disponível em: Acesso em: 01 de Jun de 2019.

GUTERRES, Jéssica. **Gerenciamento de crise nas mídias sociais: caso Samarco**. 2016. Disponível em: . Acesso em 31 de maio de 2019.

HIRAYAMA, Mônica Sayuri. **As Transformações Sociais Desencadeadas pela Internet e Redes Sociais nos Universos Analógico e Digital**. 2013. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/anagrama/article/view/78994>>. Acesso em: 24 de maio de 2019.

Leite, GV Santos, MM Oliveira, AN Junior. **Uso do facebook nos processos de recrutamento** - multivix.edu.br.Acesso em: 29/05/2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. 2008. São Paulo. Saraiva.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23 ed.. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br#/books/9788597015188>>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7 ed. São Paulo: Atlas. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br#/books/9788597015188>>. Acesso em: 22 de nov. de 2108.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

OLIVEIRA. Valdir de Castro. **Semântica do Eufemismo**: mineração e tragédia em Brumadinho.2019. Disponível em: <<http://homologacao-reciis.icict.fiocruz.br>>. Acesso em 27 de maio de 2019.

RECUERO.Raquel. **Comunidades em redes sociais na internet: proposta de tipologia no fotolog.com**. 2006. Disponível em: < lume.ufrgs.br>. Acesso em 29/05/19

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2015.

BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DO TRABALHADOR RURAL EM CASO DE ACIDENTE DE TRABALHO

CLEITON JUNIO DE SOUZA FRANÇA:

Bacharelado do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

JOSÉ EUSTÁQUIO DE MELO JÚNIOR [\[1\]](#)

(Orientador)

RESUMO: O artigo trata dos benefícios previdenciários do trabalhador rural em caso de acidente de trabalho mensurando a relação junto a Previdência Social frente aos direitos descritos em lei. Após um breve conceito sobre a previdência social e as leis que regem a concessão do benefício ao segurado especial. O artigo é relevante devido ao fato de a jurisprudência estar centrada na ideia de compensar as condições de trabalho adversas, preocupando-se com o direito do trabalhador em relação aos benefícios previdenciários no que diz respeito ao acidente de trabalho do trabalhador rural. Com um amparo legal da concessão do benefício previdenciário por meio de processo administrativa e judicial, como condições para propositura de ação de natureza previdenciária. Como metodologia, aplicou-se a pesquisa exploratória com abordagem qualitativa. Considera-se que é um tema delicado e complexo para os trabalhadores rurais que por muitas das vezes são negligenciados.

PALAVRAS CHAVE: Previdência Social, Direito do Trabalhador rural, Acidente de trabalho

ABSTRACT: The article deals with the welfare benefits of the rural worker in the event of a work accident, measuring the relationship with the Social security against the rights described in law. After a brief concept about social security and the laws governing the granting of the benefit to the special insured. The article is relevant due to the fact that the jurisprudence is centered on the idea of compensating the adverse working conditions, worrying about the worker's right in relation to the social security benefits with regard to the occupational accident of the Rural worker. With a legal support of granting the welfare benefit by means of administrative and judicial process, as conditions for the purpose of action of a social welfare nature. As a methodology, exploratory research with a qualitative approach was applied. It

is considered to be a delicate and complex theme for rural workers who are often neglected.

KEY WORDS: Social security, rural workers' rights, accidents at work.

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. Previdência Social, 3. Espécies de Benefícios Previdenciários dos Trabalhadores Rurais, 4. Requisitos Necessários Para a Concessão do Benefício Previdenciário no Processo Administrativo e Judicial, 5. Considerações Finais, Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao tratar como tema os benefícios previdenciários do trabalhador rural em caso de acidente de trabalho, a presente pesquisa tem a capacidade de mensurar e demarcar a relação Previdência Social e o Segurado quando este possuir direitos a benefícios descritos em lei.

Observando-o com atenção, por outro lado, a inclusão dos segurados especiais (trabalhadores rurais). Revela-se importante essa inclusão pela histórica discriminação, em termos de direitos sociais, desta classe significativa de trabalhadores.

Não podemos deslembrar, ainda, que equiparam se a acidentes do trabalho, ou seja, aqueles que decorrem do exercício do próprio labor, podendo ser classificadas em acidentes profissionais e acidentes do trabalho rural. As profissionais abrangem determinadas categorias de trabalhadores, que estão relacionadas no Decreto nº 3.048/99, no Anexo II. As do trabalho são aquelas adquiridas ou desencadeadas em função das condições especiais em que o trabalho é exercido.

Frise-se, por oportuno, que o entendimento jurisprudencial e doutrinário é cediço no sentido de que a lista constante no anexo II, do Decreto nº 3.048/99 não é extenuante, de modo que outras e novas atividades descendentes das alterações tecnológicas, por exemplo, poderão vir a ser definidas como acidentes profissionais. De outro lado, nada impede que, diante deste mesmo processo tecnológico, surjam novas atividades que passem a ser consideradas como acidente de trabalho.

Da austeridade do acidente do trabalhador rural, teremos um direito correspondente, sob o ponto de vista previdenciário. O que vale dizer, em outras palavras, se a incapacidade for temporária, caberá a concessão do auxílio-doença acidentário; se a incapacidade for total e permanente, corresponderá a aposentadoria por invalidez e, se resultar na morte do trabalhador, haverá de ser concedida a pensão por morte aos seus dependentes. São estes benefícios e outros constantes na legislação previdenciária vigente que analisaremos no respectivo trabalho.

No caso de acidente do trabalho por negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, cabe ainda a Previdência Social propor ação regressiva contra os responsáveis (artigo 120, da Lei nº 8.213/91).

2. PREVIDÊNCIA SOCIAL

Previdência Social é o nome dado ao sistema que tem como finalidade assegurar o acesso aos meios indispensáveis de manutenção aos seus segurados, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares, reclusão e morte. Está conceituada nos artigos 3º, Lei 8.212/91 e 1º da Lei 8.213/91. Nos termos do artigo 201 da Constituição Federal a Previdência Social deverá atender:

Art. 201[...]

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

– proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

– salário família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa-renda;

– pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge, companheiro e dependentes, observado o disposto no §2º. (BRASIL, 2013, página única).

Conforme concepção de Martins (2009, p. 281), "*Previdência vem do latim *previdere*, ver com antecipação as contingências sociais e procurar compô-las, ou de *praevidentia*, prever, antever*". Nesse raciocínio, é sinônimo de amparo ao trabalhador, proteção social ou mais precisamente "*seguro social*" que anseia a proteção do segurado em caso de contingência infortunistica.

Tendo de tal forma, como finalidade, assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, em razão da inatividade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte dos segurados.

Não existe no Brasil apenas um regime de previdência social. São três espécies de regimes: os regimes próprios dos agentes públicos da União, Distrito Federal, Estados e Municípios; o regime geral de previdência social, administrado pelo INSS, dos trabalhadores em geral, excluídos do regime próprio e o regime de previdência privada, nos termos do artigo 202 da Constituição Federal.

Como afirma Vianna (2012, p. 427);

A Lei nº 9.717/98 dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido da legitimidade da mesma. (2012, p. 427).

A convocação por um direito mínimo de justiça social, de bem-estar social, ecoa por todos os cantos e por esta razão, os programas sociais avançam. Iniciou-se com um simples conceito de caridade, transformou-se em solidariedade, diante dos desastres da vida, aos quais todos estão sujeitos. Deu-se, origem, então a um assistencialismo ante o abandono social decorrente da miséria, da velhice, do desemprego e da doença. Transformou-se em seguro social, prevenindo o dano, quanto aos eventos admitidos nos planos de previdência, inclusive os decorrentes

de acidentes, nos quais o trabalhador rural vem sofrendo o desamparo e a incerteza da garantia do benefício.

Combinando o Direito Previdenciário ao Direito do Trabalho, observa-se que os benefícios da Previdência Social refletem direta e indiretamente nas relações de trabalho, seja com relação ao custeio, a carência e a graça. Nota-se que esses fatores são determinantes para a concessão ou não de benefício ao segurado, pois para fazer jus a algum benefício o segurado deve enquadrar-se em alguns requisitos estabelecidos em lei.

Com relação ao custeio o art. 195, inciso I da CF/88 dispõe que:

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: – do empregador, das empresas e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

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; Receita ou faturamento; O lucro. (BRASIL, 2013, página única).

Assim sendo, tem-se o financiamento direto por contribuições e o indireto por receitas orçamentárias. Se não houver a contribuição ou pelo menos a sua presunção com a filiação na condição de empregado, não há que se falar em filiado e nem mesmo segurado, e conseqüentemente não há direito de benefício.

Desse modo é visto como um sistema de seguro social, através do qual são distribuídos direitos àqueles que contribuem. Seguro social é de natureza obrigatória a certas pessoas, como os empregados com contrato de trabalho devidamente registrados.

A Lei nº 8.213/91 (BRASIL, 2013), no artigo 1º, confere à Previdência Social a competência para assegurar aos seus beneficiários, mediante

contribuição, “meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte”. No art. 2º da referida lei, constam princípios e objetivos da previdência social na Constituição Federal.

Foi instituído o Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS, órgão colegiado, destinado a concretizar a gestão democrática e descentralizada (art. 194, VII, da CF), cujos membros são nomeados pelo Presidente da República.

O CNPS tem competências fixadas pelo art. 4º da Lei nº 8.213/91, destacando-se: o estabelecimento de diretrizes gerais e apreciação das decisões políticas aplicáveis à Previdência Social; participação, acompanhamento e avaliação da gestão previdenciária; apreciação e aprovação das propostas orçamentárias da Previdência Social, antes de sua consolidação na proposta orçamentária da Seguridade Social.

3. ESPÉCIES DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DOS TRABALHADORES RURAIS

A Lei n.º 8.213/91, inspirada no artigo 7.º da Constituição Federal, concedeu aos empregados rurais os mesmos benefícios até então conferidos aos trabalhadores urbanos. Portanto, à luz do inciso I do artigo 18 da Lei previdenciária em epígrafe, referidos trabalhadores rurais fazem jus aos seguintes benefícios, atendidas as condições impostas pela mesma lei: Auxílio-doença; Auxílio-acidente; Aposentadoria por invalidez; Aposentadoria por tempo de contribuição; Aposentadoria por idade; Salário-família; Salário-maternidade; Pensão por morte e Auxílio-reclusão.

É considerável fazer agora um breve comentário sobre os benefícios que os trabalhadores rurais têm direito, no que diz respeito à figura de segurado rurícola com destaque no acidente de trabalho.

A aposentadoria por invalidez é um benefício de pagamento continuado, de risco inesperado, devido á incapacidade presente para o trabalho. A aposentadoria por invalidez está transcrita no artigo 42, §§ 1º e 2º, da lei 8.213/91. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividades que lhe

garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição. Para requerer esse tipo de benefício é necessário exame médico-pericial, sujeitando-se a toda sorte de equívocos, má-fé e improbidades técnicas.

A carência da aposentadoria por invalidez é fixada em doze contribuições mensais, igual prazo de carência é estabelecida para os rurais, que na ocasião precisam comprovar, no mínimo, um ano da sua inscrição como segurados especiais, inclusive evidenciar a sua qualidade de segurado antes de estar acometido pelo adoecimento de incapacidade.

Os princípios que determinam do benefício são a qualidade de segurado, a carência quando exigida e a incapacidade para o trabalho, esta última apurada por meio de exame médico, promovido pela Previdência Social podendo o beneficiário, fazer o acompanhamento médico de sua confiança, com quem esteja se consultando ou se tratando, fica a critério do segurado.

O auxílio-doença é o benefício concedido para os segurados da Previdência Social atingidos pelo risco social de doença. Segundo Martins (2010, p. 322), “o auxílio-doença deve ser um benefício previdenciário de curta duração e renovável a cada oportunidade em que o segurado dele necessite. É um benefício pago em decorrência de incapacidade temporária”.

O segurado especial rural não possui pretensão de contribuições, somente precisa comprovar o exercício de atividade rural por doze meses antes do início da incapacidade, e o valor do auxílio-doença para o segurado especial rural será de um salário mínimo.

O auxílio-acidente vem substituir o auxílio-complementar que era previsto no Art. 9º da Lei 6.367/76 e indeniza o segurado da Previdência Social, quando após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar sequela definitiva, conforme disposto no Art. 86 da Lei 8.213/91; O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrente de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem em redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

A condição para o recebimento do auxílio-acidente é a consolidação das lesões decorrentes do sinistro. Sua natureza passa a ser de indenização, como menciona a

lei, mas indenização de natureza previdenciária e não civil, e seu objetivo é compensar o segurado da redução de sua capacidade laborativa. Porém, só fará jus a este benefício o segurado especial que optar por contribuir facultativamente para a previdência social, pois o valor que receberá do benefício é calculado sobre o salário de contribuição.

O regime geral da Previdência Social (RGPS), além dos benefícios para os segurados, assegura também benefícios para os seus dependentes, estabelecidos por critérios definidos no Art. 18 da Lei 8.213/91:

O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente de trabalho, expressas em benefícios e serviços.

Diante do disposto do Art. 18, no qual existem apenas 02 (dois) tipos de benefícios para dependentes, referentes aos segurados especiais rurais, um cobrindo a morte e o outro a detenção ou reclusão do segurado.

A pensão por morte é paga aos dependentes quando o segurado falecer e está previsto no Art. 74 da Lei 8.213/91, desde que comprovado a qualidade de segurado no momento do sinistro:

A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I. Do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II. Do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III. Da decisão judicial, no caso de morte presumida.

A pensão tem o mesmo valor da aposentadoria do segurado falecido ou da aposentadoria por invalidez a que teria direito e caso haja mais de um dependente com direito a pensão, o valor é repartido em partes iguais entre eles.

O § 2.º do artigo 55 da supracitada lei dispôs que o tempo de serviço do segurado empregado rural, anterior à data de início de vigência da mencionada lei, (época em que ele não vertia contribuições para a previdência) será computado, independentemente do recolhimento das contribuições a eles correspondentes, exceto para efeito de carência.

De acordo com a tabela a que alude o artigo 142, que diz; Para a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, a lei previdenciária exige 35 anos de contribuição para homens e 30 anos para as mulheres e carência de contribuições mensais dessa mesma tabela. O trabalhador rural somente conseguiu acessar a aposentadoria por tempo de contribuição a partir da competência novembro de 2001, pois neste mês e ano teria alcançado 120 contribuições.

Nos termos do art. 48 da Lei n.º 8.213/91, a aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida na lei em questão, completar 65 anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. Entretanto, o § 1º do mesmo artigo faz uma afirmação que esses limites são reduzidos para 60 (sessenta) e 55 (cinquenta e cinco) anos no caso de trabalhadores rurais, na devida ordem, homens e mulheres.

Na questão que diz sobre a aposentadoria por idade, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma infrequente, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido. Assim, o trabalhador rural não precisa comprovar a carência da tabela do artigo 142, não lhe sendo exigida a comprovação de vínculo empregatício. A previsão legal encontra-se no artigo 143 da Lei n.º 8.213/91:

Art. 143. O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea "a" do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idênticos à carência do referido benefício.

4. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

Tratando-se desse assunto será de extrema necessidade que se comprove a veracidade de alguns requisitos legais ou para a atualização de cadastro junto ao INSS, sendo a produção de provas um direito assegurado. Vale dizer que, ainda que o beneficiário não preencha os requisitos para o benefício, tem direito a prova.

No processo administrativo, são admissíveis todos os meios de prova que se destinem a esclarecer a existência do direito ao recebimento do benefício, salvo se a lei exigir forma determinada. Espécies de provas podem ser como a documental, e oral, os registros em cadastros públicos, a pesquisa externa e a perícia médica. Prova documental são os documentos apresentados pelo segurado tanto por ocasião do requerimento administrativo quanto posteriormente, por exigências formuladas como um exemplo. Prova oral é a prova colhida no depoimento de testemunha ou do próprio segurado, é a entrevista rural. Pesquisa externa são as atividades externas exercidas pelo servidor do INSS, previamente designados para atuar nas fazendas, chácaras, empresas ou em relação aos contribuintes em geral e beneficiários, com o objetivo de verificar a veracidade de documentos, conferir dados constantes nos sistemas, desempenhar atividades permanente ao sistema social. Quanto a perícia médica para a concessão do benefício auxílio-acidente os requisitos deverão ser analisados quando o segurado do INSS desenvolver sequelas permanentes que reduza sua capacidade laborativa. Este direito é analisado por um servidor autorizado no momento da avaliação pericial.

Muitos desses casos são por meio de requerimento administrativo, de maneira geral, é o direcionamento de seu pedido na esfera administrativa, antes de recorrer ao Poder Judiciário. O requerimento administrativo nada mais é do que um conjunto de atos administrativos dentro da própria autarquia previdenciária. Seu início se dá a partir da entrada do requerimento de benefício pelo segurado, com o levantamento de informações sobre o mesmo. Tem como finalidade a garantia do contraditório e da ampla defesa aos beneficiários.

Sendo assim é necessário para que a concessão do benefício na atividade rural seja dada como procedente perante o Poder Judiciário, precisa-se de comprovações não só de exercícios de atividades rurais, como por prova material plena ou por prova testemunhal. Entretanto, o início da prova material deve ser contemporâneo

e complementado por prova testemunhal para ser considerada suficiente para comprovar o labor rural pelo período necessário pela legislação previdenciária vigente.

Nesse sentido, estipula a Súmula 34 da TUN-JEF “para fins de comprovação do tempo de labor rural, o início de prova material deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar.”

O artigo 106 da lei nº 8.213/91 apresenta rol meramente exemplificativo sobre os documentos necessários para a comprovação do exercício da atividade rural, de modo que se mostra possível a apresentação de outros documentos hábeis para a comprovação dessa atividade rural além dos demais descritos. Em assim sendo, a jurisprudência do STJ admite que essa comprovação seja feita com base em quaisquer documentos que contenham fé pública, sendo que a qualificação constante dos dados do registro civil, como certidão de casamento, de nascimento e de óbito, é extensível ao cônjuge e aos filhos, sendo certo que o artigo 106 da lei 8.213/91 contém rol meramente exemplificativo e não taxativo (Resp 1081919/PB, rel. Ministro Jorge Mussi, DJ 03.8.2009).

O TRF1, em caso semelhante, tem considerado como idônea dentre outras: a ficha de alistamento militar, o certificado de dispensa de incorporação (CDI), o título eleitoral em que se conste como lavrador a profissão do segurado, a carteira de sindicato rural com comprovante de recolhimento de contribuição, a certidão de lavrador do cônjuge ou da própria parte, declaração de Sindicatos de Trabalhadores Rurais, devidamente homologada pelo Ministério Público/INSS (Apelação civil nº 0039658-26.2014.4.01.9199/TO, Rel. Conv. Juiz Federal César Cintra Jatahy Fonseca).

Entretanto nos requisitos necessários para a concessão do benefício auxílio-acidente via processo judicial, grosso modo, irá depender da perícia médica como uma forma de prova para a elucidação dos pontos controvertidos, será acrescentado provas documentais, a perícia e a prova testemunhal.

A prova documental usualmente é apresentada no processo na fase postulatória, passando a responsabilidade para o segurado do benefício apresentar uma petição inicial, com suas alegações e documentos que comprovem a origem ocupacional da lesão e a significância do quadro incapacitante. Depois de já petitionado, o beneficiário faz juntar os documentos médicos, fisioterápicos e todos

que possam demonstrar que de fato aconteceu o acidente de trabalho. A parte contrária que é o réu da ação, o INSS cabe trazer a sua peça de contestação, o procedimento administrativo, nessa contestação trará todo o histórico do segurado na sua passagem pelo órgão previdenciário, juntamente com todos os exames médicos, realizado pelo perito competente.

Merece lembrar que o interesse processual pode revelar-se como a necessidade de obtenção de uma tutela jurisdicional adequada e necessária ao caso concreto, de maneira que seria possibilitado ao magistrado um campo de maior liberdade para decidir diante dos elementos apresentados na demanda. Surge então, o questionamento se estaria presente o interesse processual diante a ausência de correspondência entre o requerimento efetuado na esfera administrativa e o pedido formulado no processo judicial.

Os Juizados Especiais Federais têm proferidos decisões no sentido que ao receber o requerimento do benefício previdenciário, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) tem por obrigação em lei de alertar o requerente acerca dos requisitos necessários para a concessão da prestação, da forma do procedimento a ser adotado, bem como de todos os direitos subjetivos que ele possui junto a previdência social destinado a sua necessidade habitual;

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA ESPECIAL. TERMO INICIAL PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ACÓRDÃO: CONCESSÃO RETROATIVA AO MOMENTO EM QUE COMPLETADOS OS 25 ANOS EXIGIDOS (28-3-1997). REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DATADO DE 10-2-2000. ARTIGO 485, V, DO CPC. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. OCORRÊNCIA. LEI Nº 8.213/91. SÚMULA 33, DO TNU. GRATUIDADE PROCESSUAL. DEFERIMENTO. PRELIMINARES REJEITADAS. 1. Rescisória ajuizada com fundamento no artigo 485, V, do CPC, ao objetivo de desconstituir Acórdão que manteve a sentença, condenando o INSS a conceder a aposentaria especial do ora Réu, com data retroativa ao momento em que implementou os 25 anos exigidos, ou seja, em 28-3-1997. 2. Acórdão rescindendo que transitou em julgado em 20-11-2006 (certidão de fl. 126). E como a Ação

Rescisória foi protocolizada neste Tribunal em 14-10-2008 - fl. 2-, descabe cogitar-se de decadência. Preliminar rejeitada. 3. Preliminar de ausência de prequestionamento explícito da matéria ora discutida, haja vista não ter sido objeto de recurso de apelação, que não se acolhe. "Não se trata de, com o seu ajuizamento, firmar-se uma espécie de efeito devolutivo, previsto no artigo 515, do Código de Processo Civil, para efeito de cognição. Trata-se de ação cognitiva negativa, ajuizada em hipóteses taxativamente clausuladas". 4. Hipótese em que, embora o Réu tenha cumprido os requisitos para a concessão da aposentadoria especial em 28-3-1997, apenas em 10-2-2000, foi protocolizado o pedido de aposentadoria, e data que deve servir como marco inicial para concessão do benefício, a teor do disposto nos artigos 49, e 57, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91. Precedentes deste Tribunal e do eg. STJ. 5. "Quando o segurado houver preenchido os requisitos legais para concessão da aposentadoria por tempo de serviço na data do requerimento administrativo, esta data será o termo inicial da concessão do benefício". - Súmula nº 33, da Turma Nacional de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. 6. Deferimento da justiça gratuita. Sem honorários de sucumbência, em virtude de o Réu porfiar sob o pálio da gratuidade processual, consoante pronunciamento do colendo Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 313.348-9/RS. 7. Procedência do pedido formulado nesta Rescisória. (TRF-5 - AR: 6090 SE 0089976-61.2008.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Augustino Chaves (Substituto), Data de Julgamento: 21/10/2009, Pleno, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 05/11/2009 - Página: 62 - Ano: 2009)

Os Tribunais pátrios vêm pacificando o entendimento de que nas ações previdenciárias a ausência de requerimento administrativo perante o órgão da Administração Previdenciária vicia a demanda por carência de ação decorrente da

falta de interesse processual, de maneira que o processo deve ser julgado extinto sem resolução do mérito. O acesso à Justiça é direito fundamental, porém não representa garantia absoluta, pois nos casos em que não resta evidenciada a lesão ou ameaça a direito não caberia sua intervenção. Dessa forma, somente após o indeferimento administrativo ou a ausência de decisão em prazo razoável, estaria caracterizado o conflito de interesse resultante de uma pretensão resistida que possibilite ao segurado socorrer-se ao Poder Judiciário. Nesse sentido é o entendimento pacificado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. SEGURADO ESPECIAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. 1. Consoante pacífica jurisprudência, quando o pedido do segurado não é requerido na esfera administrativa, e a Autarquia comparece em Juízo e não contesta o mérito da demanda, caracteriza a falta de interesse de agir da parte autora, implicando na extinção do processo, sem resolução do mérito, à luz do art. 267, VI do CPC. 2. Cabe à parte autora o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, cuja exigibilidade fica suspensa por ser beneficiária da AJG. (Desembargador Federal Luiz Alberto d’Azevedo Aurvalle. Relator).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do evidenciado, considera-se que a Previdência Social, é um direito resguardado pela Constituição de 5 de outubro de 1988, para todo trabalhador, a qual visa dar a proteção e auxílio previdenciário a todos aqueles que trabalham. É notoria a percepção de que apesar da garantia constitucional dada é também acompanhada por um procedimento burocrático. Que se desenvolve na concessão, manutenção e perda do benefício.

Ainda hoje prevalecem algumas divergência de entendimento quanto ao enquadramento de certas categorias de trabalhadores, como segurado da previdência rural ou da previdência urbana, ou seja, se deve prevalecer a natureza do serviço prestado pelo trabalhador ou a natureza da atividade desenvolvida pelo empregador. Posto que a Lei nº 8.213/91, ter sido alterada pela Lei nº 11.718/08 no

que se refere á um dos, critério para o enquadramento do produtor rural na qualidade de segurado especial da previdência social, essas matérias dificilmente deixarão de percorrer os tribunais pátrios

O Regime Geral de previdência Social (RGPS), é responsável por gerar distribuição de renda, diminuído significativamente o índice de pobreza da população menos favorecida, protegendo e oferecendo segurança aos trabalhadores em diversos momentos de sua vida. A proteção previdenciária ao trabalhador rural coloca o trabalhador mediante ao direito social previsto no direito do trabalho, qual seja: direitos básicos necessários ao bem-estar social, refletindo direta e favorável na renda da população. Assegurando dessa forma igualdade de direitos, por outro lado, compreende que a proteção previdenciária pode influenciar negativamente nas relações sociais quando o segurado não faz jus ao benefício por concessão de prazo não especificado em lei, observado que o benefício substitui ou faz parte da renda do contribuinte, e nesse caso não estaria a Previdência Social cumprindo o seu papel de proteger o seu trabalhador. Para que a cobertura do RGPS, em cumprimento a um de seus princípios básicos que é o princípio da Universalidade, possa alcançar seus objetivos, é necessário que todos os trabalhadores venham a fazer parte do universo dos segurados, sendo que de tal forma todos possam ser inclusos e protegidos pelos benefícios oferecidos aos trabalhadores.

Contudo o Brasil é ainda um país que possui um número vultoso dos chamados analfabetos funcionais ou até mesmo de analfabetos. Trata-se de uma triste realidade que mexe de forma direta na vida do segurado especial que é o caso, em sua maioria dos trabalhadores rurais e provoca reflexos na concessão dos seus benefícios em especial o benefício de auxílio-acidente, que deixa o trabalhador rural incapacitado de exercer suas atividades de labor e de gerar renda para sua família ao longo de um determinado tempo. A falta de conhecimento gerada pela falta de informação vem prejudicando ou até mesmo exterminar os direitos dos segurados da previdência social, segurado especial, trabalhador rural. Isso acontece e se anuncia o quando da solicitação do benefício é fundamental para o segurado e que ele encontra dificuldade na comprovação da sua atividade rural por meios de documentos e meios de provas testemunhas, que por si só não servem para a sua real finalidade que é conseguir o benefício. Nota-se que documentos e testemunhas que comprovem a posse ou a propriedade do segurado são os mais

apresentados, que em sua maioria, de nada resolve, então a única saída que o segurado tem é a de buscar a concessão desse benefício por via processo judicial.

No que diz respeito da concessão do benefício no processo administrativo e judicial, não basta a determinação de normas definidas para o serviço público se manifestar de forma compatível e eficaz. Os servidores públicos responsáveis pela administração do processo devem se permitir a servir os sujeitos da relação jurídica processual de uma força correta e clara, indicando os meios mais convenientes para que o direito subjetivo seja reconhecido, estabelecendo um diálogo permanente e imparcial, sem qualquer direcionamento desacertado que reflita maior onerosidade para que o segurado possa comprovar a existência do direito que alega possuir. O processo não deve servir como mecanismo de burocracia desnecessária criando bloqueios para que interesses tenham sua exigência analisada, mas sim, como instrumento do Estado Democrático de Direito que assegure a análise administrativa conforme a legislação.

A inspeção do caso concreto deve ser a primeira providência a ser analisada quanto ao pedido do benefício de auxílio-acidente do trabalhador rural feito pelo segurado junto a previdência social. Para assim o segurado que realmente precisa e que tenha limitações causados pelo sistema ou até mesmo pelas dificuldades territoriais na qual se encontra por esse nosso país, possa ter resguardar seus direitos, constituído no princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. Lei 8.213: promulgada em 14 de julho de 1991. Disponível em:. Acesso em: 22 jun. 2019.

Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF*, 25 jul. 1991. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 22 jun. 2019.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1991*, republicado em 11 abr. 1996 e republicado em 14 ago. 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm >. Acesso em: 22 jun. 2019.

Tribunal Regional Federal da 5ª Região TRF-5 - Ação Rescisória: AR 0089976-61.2008.4.05.0000 SE 0089976-61.2008.4.05.0000. Disponível em: 22 de jun. 2019

MARTINEZ, Wladimir Novais. *Princípios do Direito Previdenciário*. 4 ed. São Paulo: Ltr, 2001.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: Atlas, 2012.

NOTA:

[1] Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado do Tocantins Comarca de Xambioá, docente da Faculdade Serra do Carmo.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ATIVISMO JUDICIAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO DEMOCRÁTICO

ALICE PESSOA AIRES BARBOSA:

Advogada graduada pela PUC-Rio.

Resumo: Este artigo tem por fim demonstrar a inconstitucionalidade de determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal, apontando o risco institucional que representam em razão de seu caráter antidemocrático.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Democracia. Reserva legal.

Abstract: This paper intends to demonstrate the unconstitutionality of certain decisions of the Brazilian Supreme Court and to point out the institutional risk they represent due to its antidemocratic nature.

Keywords: Judicial activism. Democracy. Strict legality.

Sumário: 1. Introdução. 2. STF – Legislador e Constituinte. 3. “Sentença penal incriminadora”; 3.1. Princípio da Legalidade e Estado Democrático de Direito; 3.2 Separação dos Poderes. 4. Soluções. 5. Conclusão.

1 Introdução

Na maior parte da História do Brasil, segundo Rodrigo Brandão^[1], o Poder Legislativo teve precedência sobre o Judiciário. O autor afirma que, antes da Constituição de 1988, este se limitava a chancelar as deliberações do Legislativo por meio de sentenças e acórdãos que simplesmente cumpriam a lei. Após a nova Constituição, paulatinamente o Supremo Tribunal Federal foi assumindo postura mais ativista. Mais recentemente, porém, a Corte passou a ocupar o espaço do legislador, criando normas – como no caso do aborto de fetos anencéfalos, em que acrescentou uma hipótese de ilicitude inexistente no Código Penal (ADPF 54). Chegou até mesmo a decidir contra texto expresso da Constituição no caso em que “legalizou” a união estável e, conseqüentemente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo.^[2] Como sói acontecer, um movimento pendular levou-nos de um extremo – supremacia do Legislativo – ao outro – supremacia do Judiciário. Houve uma hipercorreção, tendo o Poder Judiciário partido da omissão (ou, de outra

perspectiva, da autocontenção) à usurpação da função legislativa. É preciso agora encontrar um meio-termo, um equilíbrio condizente com a Constituição.

2 STF – Legislador e Constituinte

Neste artigo, serão abordados três casos que chamam a atenção.

Em maio de 2011, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, o STF estabeleceu que os artigos do Código Civil que disciplinam a união estável devem incidir sobre a união de casais do mesmo sexo, em inegável contrariedade ao artigo 226 da Constituição, que restringe o instituto a casais heterossexuais, ao argumento de que a expressão “entre o homem e a mulher” é exemplificativa.

Pouco mais de cinco anos depois, em novembro de 2016, no Habeas Corpus 124.306/RS, a Primeira Turma do STF, liderada pelo Ministro Roberto Barroso, “revogou” os artigos 124 e 126 do Código Penal no que tange aos três primeiros meses de gestação, ao absolver os réus, acusados de aborto, calcando-se em princípios constitucionais.

Agora, em 2019, o ímpeto legiferante do Judiciário alcança o Direito Penal, com o STF avaliando a possibilidade de criar, ele próprio, um tipo penal ao decidir a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e o Mandado de Injunção (MI) 4733, sob o pretexto de suprir uma suposta omissão inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia.

No que diz respeito ao aborto, os artigos 126 e segs. do Código Penal refletem a opinião da larga maioria dos brasileiros^[3], sem vilipendiar os direitos de nenhuma minoria, e não violam, de maneira incontestada, nenhum princípio ou norma constitucional. Se por um lado há argumentos jurídicos favoráveis à posição do Ministro Barroso, também os há em relação à posição contrária – por exemplo: parcela da doutrina civilista filia-se à teoria concepcionista, entendendo que, para o Direito Brasileiro, a personalidade jurídica é adquirida no momento da concepção.^[4] Sendo assim, diante de duas interpretações igualmente defensáveis da Constituição, o Estado Democrático de Direito parece impor a adesão àquela que se alinha com o desejo da maioria e, mais importante, é *secundum legem*.

Os Ministros servem-se de princípios constitucionais, dos quais deduzem o consectário que lhes permita decidir em determinado sentido, ainda que a lei ou até mesmo a Constituição ofereça uma solução inequívoca ao caso. Esquecem-se de que, como esclarece Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “[...] a densificação dos princípios, numa democracia, cabe ao Poder Legislativo, não ao juiz. Este, quando o faz, cria norma ad hoc para o caso concreto, podendo resvalar para a arbitrariedade.”^[5] E, ao julgarem com base num princípio um caso que encontraria solução numa regra, afastam-se da democracia.^[6]

Mas por que os Ministros haveriam de refrear-se de legislar se o Tribunal Pleno já se arvorara em constituinte ao apreciar a ADI 4277 e a ADPF 132? Afinal, quem pode o mais pode o menos.

De fato, com essa decisão, os Ministros do Supremo fizeram tábula rasa não só do dispositivo que era parâmetro do controle de constitucionalidade nas ações em apreço, mas também daqueles que preveem o procedimento de emenda à Constituição. Esta, por ser rígida^[7], não tolera alterações nem sequer pela maioria simples dos 594 membros do Congresso Nacional. Por que as admitiria pela caneta de onze ou seis indivíduos que sequer foram eleitos? Acrescente-se o fato de que um entendimento minoritário pode tornar-se majoritário com a mera substituição de um único Ministro, depositando-se enorme poder em uma só pessoa^{[8][9]}.

A própria Corte, no julgamento da ADI 815, rejeitara a possibilidade de declarar inconstitucionais dispositivos inseridos pelo Poder Constituinte originário (tese das normas constitucionais inconstitucionais de Otto Bachof), rechaçando a existência de hierarquia entre as normas constitucionais originárias. Com isso, assentara que as cláusulas pétreas não poderiam ensejar a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias porque aquelas serviriam de barreira apenas ao Poder Constituinte derivado. Não obstante, o entendimento exarado no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 tem o mesmo efeito prático de uma declaração de inconstitucionalidade do artigo 226, parágrafo 3º, que contém uma norma constitucional originária.

Convém salientar, ainda, que a Constituição carrega as escolhas políticas feitas pelo povo, de quem todo o poder emana (artigo 2º). Ao STF não é dado substituir essas decisões pelas suas próprias, sob pena de usurpar o poder de seu legítimo detentor.^[10] Ainda que a eventual vagareza do processo democrático

possa significar que as mudanças desejadas serão postergadas, abandonar o debate, a persuasão, a negociação e a conciliação (compromise) em benefício de atalhos significa afastar-se da democracia – cujas falhas são inegáveis, mas que não possui substituto superior.

De resto, não há motivo para que os valores acolhidos pelos Ministros do STF sobreponham-se àqueles escolhidos pelo constituinte – representante designado pelos governados para tanto – há apenas 30 anos^[11] São eles providos da superioridade moral dos guardiães de Platão? A propósito, cabe lembrar que os filósofos que afirmaram a existência de “juízos morais absolutos” e objetivos como proposições matemáticas “fracassaram de maneira patente em demonstrar a condição absoluta e objetiva de quaisquer juízos morais específicos.”^[12] Claro que tampouco é satisfatória a ideia de que a moral é inteiramente subjetiva, mas, “entre os dois extremos, há uma série de alternativas que abrem espaço para o debate, baseado na razão e na experiência humanas.”^[13] E esse debate deve dar-se na esfera pública e por meio da política. Se os valores aceitos pela maioria tiverem mudado, que o próprio povo explicita a mudança^[14] por meio do instrumento adequado, a Emenda Constitucional, cujo procedimento visa justamente ensejar uma discussão ampla e profunda antes de uma alteração da Constituição. E tanto aqueles que são contrários quanto aqueles que são favoráveis ao reconhecimento do casamento entre homossexuais têm representantes eleitos para expor seus pontos de vista no Congresso Nacional. Além disso, até mesmo uma decisão cujo conteúdo é benéfico pode mostrar-se contraproducente se tomada precipitadamente – ou seja, sem que haja um consenso popular –, pois tende a gerar uma “polarização no debate político, já que os perdedores não se sentirão reconhecidos pelo projeto constitucional e tenderão a radicalizar seus discursos políticos.”^[15]

Ignorar o flagrante desrespeito à Constituição no caso das uniões homoafetivas – e, o mais grave, por ninguém menos que o guardião da mesma –, em nome de um bem maior ou de um conceito de justiça, equivale a aceitar a premissa de que os fins justificam os meios.^[16] E, conforme adverte Robert A. Dahl,

Levada às últimas consequências, a afirmação insistente de que os resultados substantivos têm precedência sobre os processos torna-se uma justificativa abertamente antidemocrática da guardiania e a democracia substantiva

torna-se um rótulo enganoso para algo que é, na verdade, uma ditadura. (DAHL, 2012, p. 257).

O curioso é que muitos progressistas, que antes criticavam a previsão da “moral e dos bons costumes” como parâmetro decisório, agora louvam decisões judiciais antidemocráticas porque elevam à categoria de norma sua própria visão do que é moral no momento. “Assim, o Judiciário assume um papel de ‘tutor da política, um superpoder quase constituinte’, ‘guardião da moral e dos bons costumes, uma espécie de sucessor do Poder Moderador’”.^[17] Aparentemente presumem que suas ideias sempre serão encampadas e, portanto, impostas se necessário, pelos que estão no poder, por meio de um “despotismo benevolente”^[18].

O que ignoram é que, quando a composição do Tribunal se alterar, a concepção dos novos membros acerca do que é moralmente aceitável pode ser radicalmente diferente. A História da Suprema Corte dos Estados Unidos contém inúmeros exemplos do fato de que juízes de inclinação conservadora também podem incorrer em ativismo, demonstrando que “a supremacia judicial em si é oca”^[19]. Um caso bem conhecido é o da lei do Estado de Nova Iorque que impunha limites de horas de trabalho e foi julgada inconstitucional pela Suprema Corte por violar a liberdade contratual^[20]. A verdade é que todo juiz é propenso a enxergar na Constituição suas próprias preferências e a considerar que é deletério apenas o ativismo que impõe valores diversos dos seus.^[21] Por isso, advertiu George Washington:

But let there be no change by usurpation; for though this, in one instance, may be the instrument of good, it is the customary weapon by which free governments are destroyed. The precedent must always greatly overbalance in permanent evil any partial or transient benefit which the use can at any time yield. (Transcript of President George Washington's Farewell Address).

No mesmo espírito é o alerta de Alex de Tocqueville, no famoso “Democracy in America”, sobre o que lhe pareceu um excessivo poder confiado à Suprema Corte americana:

"The President, who exercises a limited power, may err without causing great mischief in the State. Congress may decide amiss without destroying the Union, because the electoral body in which Congress originates may cause it to retract its decision by changing its members. *But if the Supreme Court is ever composed of imprudent men or bad citizens, the Union may be plunged into anarchy or civil war.*" (grifos nossos) (TOCQUEVILLE, posição 3401)

Se o STF pode desconsiderar uma norma constitucional originária para criar direitos que reputa justos, não há argumento jurídico capaz de obstar a adesão, por outra composição, por exemplo, da Análise Econômica do Direito (Law and Economics), que – numa descrição reducionista – vê no Direito um mero instrumento para o crescimento econômico[22]. Seria inútil alegar que essa perspectiva não está em consonância com o modelo adotado pela Constituição de 1988, tendo em vista o precedente do STF. E é perfeitamente possível imaginar argumentos favoráveis: por exemplo, a Constituição garante uma série de direitos sociais que o Poder Público somente poderá suprir se conseguir fazer a economia crescer, gerando emprego e aumentando arrecadação de tributos. E quem melhor para ditar o caminho do crescimento econômico do que as leis da Economia? Há divergências quanto à abordagem mais eficaz para alcançar esse fim? Certamente. Assim como há ideias conflitantes em relação aos temas citados nos parágrafos anteriores, ideias essas que foram solenemente ignoradas pelo STF.

Uma vez acatada a possibilidade de que o STF edite "lei" cujo conteúdo não se coaduna com dispositivo constitucional, não caberão protestos se porventura Ministros de matiz ideológico diverso fizerem o mesmo[23]. Como impedir que a Corte legisle quando discordamos de seus entendimentos se a deixamos livre para fazê-lo quando aprovamos o resultado? Os defensores da supremacia judicial talvez argumentem que o critério para distinguir o "legítimo" ativismo judicial do ilegítimo seria a defesa de direitos fundamentais: se a Corte não atuasse no sentido de promovê-los, estaria desrespeitando a própria razão da sua existência. Ocorre que a concepção de defesa de direitos fundamentais poucas vezes é unânime e geralmente revela uma visão de mundo. Além disso, a concessão de um direito a um indivíduo ou grupo pode acarretar a restrição ou mesmo violação do direito de outro. O Canadá oferece um exemplo emblemático disso[24]. A Suprema Corte

daquele país, no caso O'Connor, decidiu que, em nome do direito à defesa, o réu acusado de abusos sexuais deveria ter acesso aos registros das sessões de terapia de suas vítimas. O direito à privacidade de vítimas de abuso sexual foi afastado em benefício do suposto agressor. A regra, porém, foi revertida pela população graças a um mecanismo que a legislação canadense possui. Resta claro, portanto, que a questão não é simples como querem alguns.

3 “Sentença penal incriminadora”

Muito mais graves, contudo, são as ações que visam fazer incidir a Lei 7.716/89, que prevê crimes de racismo, sobre condutas que não guardam nenhuma relação com “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (art. 1º), criando, na prática, um novo tipo penal. Quando menos, pretende-se aplicar analogicamente uma norma penal incriminadora. De qualquer forma, é algo absolutamente proscrito pelo princípio da reserva legal. E é importante ressaltar que, de todos os ramos do Direito, a seara penal, como qualquer graduando sabe, é a que exige maior reverência ao princípio da legalidade. “Em termos de Direito Penal, o Estado de Direito impõe a observância da estrita legalidade para a definição dos crimes e aplicação das penas.” Isso significa que “é função exclusiva da lei a elaboração da norma incriminadora.”^[25] Ausente uma *lei prévia*, “Ainda que o fato seja imoral, anti-social ou danoso”, o autor não poderá ser penalizado criminalmente.^[26] De outro ângulo: no Brasil, segundo Guilherme Nucci, adota-se a legalidade formal ao invés da material ou substancial; a primeira não permite considerar criminosa determinada conduta que seja “lesiva a interesse juridicamente tutelado, merecedora de pena, de acordo com a visão da sociedade, independentemente da existência de lei”^[27].

O princípio da legalidade também implica o dever do magistrado – e Ministros do STF evidentemente não estão isentos – de “observar estritamente os critérios estabelecidos por lei para determinar e aplicar a pena ao condenado.”^[28]

O art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição positiva esse princípio como garantia individual ao declarar que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Como corolário do conteúdo do art. 5º, inciso XXXIX, a Constituição veda a edição de Medidas Provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal (62, §1º, I, d)^[29] e a previsão de crimes ou penas por meio de lei delegada (art. 68, §1º)^[30]. Ou seja, trata-se de reserva absoluta de lei (i. e., norma proveniente

do Poder Legislativo) “para a definição dos crimes e cominação das sanções penais, o que afasta não só outras fontes do direito, como as regras jurídicas que não são lei em sentido estrito [...]”[31]. Ainda que o Legislativo quisesse confiar a outrem essa competência, não poderia porque o caráter absoluto da reserva legal obsta a delegação.[32]

Em última instância, tais regras remetem ao art. 1º, parágrafo único, no sentido de que, “Se todo o poder emana do povo, toda a atividade repressiva decorre da soberania popular. A garantia constitucional da reserva legal tem por conteúdo material a participação popular na elaboração do preceito punitivo.” Em outras palavras, o que justifica a atribuição unicamente ao Legislativo “do poder normativo em sede penal reside em sua legitimação democrática (representatividade popular – art. 1º, parágrafo único, CF), fazendo com que seu exercício *não seja arbitrário*.”[33](grifos nossos)

Caso julgue procedentes as ações citadas, a Suprema Corte claramente ferirá uma das limitações ao poder punitivo[34] que, de acordo com a doutrina, decorrem do princípio ora em estudo: a vedação da fundamentação ou do agravamento da pena através da analogia, expressa no brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. [35] Ela proíbe a aplicação de “pena para fato não previsto como criminoso, **mesmo que seja muito semelhante a outro**, cuja previsão legal autorize a intervenção punitiva.” [36] (grifos nossos) É a chamada analogia *in malam partem*. [37] Não por acaso, admitiu-se analogia no Brasil durante a ditadura de Getúlio Vargas, no art. 5º, §3º, Decreto-lei nº 4.166, de 1942. [38] É que “A vinculação da atividade repressiva do Estado aos limites previamente estabelecidos por lei *constitui verdadeiro instrumento de contenção da tirania e do despotismo*.” [39] (grifos nossos).

Nada obstante, repentinamente, a Corte que sempre afirmou pautar-se pelo garantismo penal agora agride, de forma indubitável, a precípua garantia individual contra o arbítrio estatal, porque convém às suas predileções ideológicas. Com a decisão que está tomando forma, o STF dá razão àqueles que sustentam que a ideologia abraçada pelos juízes é o que carrega o maior peso na formação de sua convicção, e não as leis nem a doutrina [40], visto que esta é unânime – coisa rara no Direito – em repudiar analogia em *malam partem*. A instituição que tem por função impedir o arbítrio dos Poderes da República, compelindo-os a pautarem-se

pela Constituição, corre o risco de degenerar-se no maior perpetrador de arbitrariedades.

3.1 Princípio da Legalidade e Estado Democrático de Direito

José Afonso da Silva, ao dissertar sobre o art. 5º, inciso II, da Constituição (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), aponta nele duas dimensões: a primeira é o princípio da legalidade, garantia individual; a segunda é a da liberdade de ação em geral. O mestre esclarece que “Se se considerar a *lei* qualquer norma elaborada pelo Poder Público, independentemente da origem desse poder, então o princípio constitucional vale bem pouco.”^[41] O que se deduz do dispositivo, contudo, é

a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima. (SILVA, 2008, p. 236)

O princípio da legalidade “*é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria.*” Significa dizer que, sem o princípio da legalidade, não há mais Estado de Direito. Nele “quer-se o governo das leis, e não dos homens; impera a *rule of law, not of men.*”^[42] E é certo que o Poder Judiciário não paira acima dos demais, devendo também manter-se nos confins do Estado de Direito. Na verdade, juízes, por carecerem de legitimidade democrática, devem estar sujeitos a “maiores controles na sua atividade interpretativa, para que por meio dela não distorçam o conteúdo da lei ou até da Constituição.”^[43]

Permitir aos Ministros do STF simplesmente selecionar as regras constitucionais (originárias, aliás) a que se submeterão, com base em opiniões pessoais, é substituir o império da lei pelo governo de homens, o que vai de encontro à razão primordial do constitucionalismo, qual seja: a limitação do poder político.^[44] Tendo isso em vista, fica evidente que não pode o STF ser o único órgão cujo poder não se sujeita a nenhuma fronteira que não a própria vontade. É preciso

atentar ao alerta: “Respect for the limits on power are the essence of a democratic society; without it the entire democratic structure is undermined and the way is paved from Weimar to Hitler.”[45]

Nesse tocante, Chief Justice Marshall, famoso por ter defendido a constitucionalidade da *judicial review* (controle de constitucionalidade), bem disse que é inteiramente inútil demarcar por escrito limites nos quais o poder deve ser exercido se aqueles que devem ser contidos puderem transpô-los quando bem entenderem[46]. A autoridade dos juízes e das Cortes provém da Constituição, não existe fora dos contornos dados por ela.[47] Se os ocupantes de cargos eletivos se sujeitam a esses limites, com muito mais razão devem subordinar-se a eles aqueles que não passam pelo crivo periódico do voto e cuja remoção é extremamente difícil.

A existência de regras preestabelecidas é, outrossim, um pressuposto da justiça, pela mesma razão por que não se admitem tribunais de exceção. Significa que as partes não serão submetidas a regras criadas especificamente para o seu caso, tendo determinado resultado em mente. É também uma expressão do princípio da igualdade[48], pois permite que todos os que se encontram em situação idêntica sejam julgados à luz do mesmo conjunto de normas, sem espaço para tratamentos preferenciais ou arbitrariamente prejudiciais. Ausente essa premissa, abre-se a via para o despotismo.[49]

Lenio Streck levanta a seguinte questão: “Se nem uma mínima entificação (sematicidade) funciona como limite, o que impede de o STF alterar ‘qualquer preceito constitucional?’”[50] O Tribunal adquirirá “poderes permanentes de alteração da Constituição”, tornando-se uma espécie de Poder Constituinte Derivado – ou Originário, se a decisão concernente à homofobia se confirmar, já que violará cláusula pétrea – e a Constituição não passará de um “pedaço de papel”[51]. Com efeito, se o Supremo, além de ter a última palavra sobre o sentido da Constituição, não estiver sujeito a nenhum tipo de controle, nem mesmo à letra da Carta, seus Ministros terão se tornado detentores de poder político semelhante ao dos reis absolutistas; a democracia terá dado lugar a uma corruptela da guardiania vislumbrada por Platão, muito embora seja questionável que os Ministros do STF atendam às expectativas do filósofo, vez que “as exigências que [a guardiania] impõe ao conhecimento e à virtude dos guardiães é quase impossível de satisfazer na prática.”[52] Há quem pense ser tal sistema superior à democracia, mas, ainda que fosse, os governados teriam que, antes, dar seu aval.[53] Caso

contrário, em nada se distinguiria da ditadura, exceto pelo verniz intelectual. No Brasil, porém, a Constituição não admite nem mesmo a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 60, §4º, II), o que acaba por inserir a democracia no rol das cláusulas pétreas. Mas, se as escolhas ideológicas feitas pelos eleitores de nada valerem diante dos desígnios dos Ministros, a democracia será tão somente formal, pois “para termos um regime democrático é preciso que, simultaneamente, ocorram a liberdade das escolhas políticas e a representação dos interesses da maioria”.^[54]

De todo modo, Robert A. Dahl, no magistral “A Democracia e Seus Críticos”, prova que o melhor regime é o democrático, a despeito do seu potencial para produzir injustiças, na medida em que seus adversários não foram capazes de apontar “um processo alternativo viável com maior probabilidade de gerar resultados justos”^[55] Destarte, em vez de substituí-lo, a chave está em “melhorar o funcionamento do próprio processo democrático: torná-lo mais verdadeiramente democrático”^[56], fazendo, por exemplo, com que os interesses de todos os cidadãos recebam igual consideração e que todos tenham acesso aos dados necessários para tomarem decisões informadas – trata-se da compreensão esclarecida, um dos critérios que, na teoria desenvolvida por Dahl, caso satisfeitos, indicam a natureza democrática de um sistema.^[57] Tendo em vista que os índices de analfabetismo e extrema pobreza ainda são elevados no Brasil, resta evidente que estamos ainda muito distantes mesmo do patamar da poliarquia (democracia imperfeita, em contraste com a ideal, que – Dahl deixa claro – não existe e talvez nunca venha a existir).

Ademais, pode-se dizer que o Brasil se encaixa na hipótese descrita por Dahl^[58] em que é desejável a presença de uma Suprema Corte. Considerando que, como a História fartamente comprova, o governo da maioria pode despir a minoria de seus direitos, o autor reconhece que é preciso instituir algum mecanismo de prevenção. Entre as soluções aventadas está aquilo que ele denomina quase guardiania, representada por um Judiciário incumbido de invalidar leis a fim de salvaguardar preceitos constitucionais.

Para o cientista político, porém, somente faz sentido substituir a democracia pela quase guardiania (e isso ocorre, a rigor, toda vez que um colegiado de juízes invalida uma lei aprovada pelos representantes do povo, exceto para preservar direitos “intrínsecos ao processo democrático” ou “comprovadamente necessários

a ele”[59]), se demonstrado que: 1) nem todos tiveram seus interesses igualmente considerados; 2) os guardiães corrigirão isso; e 3) “o dano causado ao direito à igual consideração supera o dano causado ao direito de um povo de autogovernar-se”. Parece ser esse o caso do Brasil. Portanto, propostas como o constitucionalismo popular (que tem em Larry Kramer e Mark Tushnet seus expoentes) ou a de Jeremy Waldron – para quem o controle de constitucionalidade “padeceria inevitavelmente de um vício de ilegitimidade democrática”[60] –, que redundam na extinção do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, mostram-se inadequadas para o nosso País.

Não se contende, portanto, que é necessário haver um órgão incumbido de impedir que maiorias eventuais aprovem leis contrárias à Constituição. No entanto, é forçoso fazer duas ressalvas. Primeira: a Corte não pode, a pretexto de exercer o seu papel contramajoritário, degenerar-se num órgão autoritário, que se insurge contra a vontade dos cidadãos – expressa por intermédio de seus representantes eleitos – mesmo quando esta encontra amparo nos princípios constitucionais. Quando uma interpretação adotada pelo Legislativo ou uma norma por ele produzida em consonância com a vontade da maioria não afrontam a Constituição, mantendo-se no âmbito de um “desacordo razoável”[61], o princípio democrático sugere – ou, antes, ordena – que o Poder Judiciário as aceite. O juiz não pode esquecer-se de que “a outra face da independência judicial é a vinculação da decisão do magistrado à ordem jurídica, e, por conseguinte, à vontade do povo.”[62] A menção à função contramajoritária por vezes encobre um desprezo elitista pela opinião pública, algo incompatível com a democracia.[63]

Segunda: o Supremo Tribunal Federal não é, nem pode ser, o único baluarte contra impulsos tirânicos e violações de direitos fundamentais, haja vista que, em várias ocasiões, tribunais semelhantes falharam nessa missão. Por exemplo, nos Estados Unidos, país com sólida tradição democrática e republicana, 70.000 japoneses foram levados para campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial, por ordem de Franklin Delano Roosevelt – possivelmente o presidente americano mais enaltecido por progressistas – e com anuência da Suprema Corte.[64] Há poucos anos, a Venezuela nos deu mais uma amostra da fragilidade do Judiciário, enquanto garantia de respeito à democracia e aos direitos humanos. O então presidente, Hugo Chávez, para assegurar sua manutenção no cargo, fez o que Roosevelt ameaçou fazer em 1937 diante da insistência da Suprema Corte

americana em invalidar as leis por ele propostas: aumentou o número de integrantes do Supremo Tribunal de Justiça da Venezuela e ocupou as vagas adicionais com prosélitos seus, praticamente eliminando a possibilidade de efetivo controle de constitucionalidade de seus atos.[65] E, no Brasil mesmo, quando os militares tomaram o poder, o STF nada pôde fazer.

Não é por outra razão que Robert Dahl afirma que, antes de tudo, uma cultura política de apreço pelos valores democráticos é o verdadeiro garantidor da manutenção da democracia, especialmente no longo prazo.[66] Os Estados Unidos, quando ainda eram um país agrário (carecendo, portanto, das condições que Dahl detecta como favoráveis ao surgimento da poliarquia – nome dado pelo autor às democracias imperfeitas), já possuíam instituições democráticas sólidas, justamente porque “promovia[m] vigorosamente as convicções democráticas”, além de produzir “uma ampla dispersão do poder”. [67] Se o valor da democracia não estiver enraizado na cultura de um povo, ela está fadada a não durar.[68] Afinal, como diz Dahl, na voz do personagem Defensor: “Certamente você não espera que eu creia que uma corte suprema com autoridade para impor direitos substantivos teria evitado a derrocada da democracia pelas forças da ditadura na Itália em 1923, na Alemanha em 1933, no Chile e no Uruguai em 1973 e assim por diante!” [69]

3.2 Separação dos Poderes

Como é sabido, lei que contrarie a Constituição deve ser, mediante provocação de algum dos legitimados, declarada inconstitucional pela Corte Suprema e, por conseguinte, deixar de produzir efeitos[70]. Assim sendo, afronta o Direito – e a lógica – a ideia de que este mesmo tribunal possa emitir *decisum* claramente contrário à Carta. Ao fazê-lo, o STF coloca-se em patamar superior ao do Legislativo e do Executivo, uma vez que qualquer norma proveniente desses Poderes que violasse a Constituição seria repelida, ao passo que a “norma” produzida pelo Tribunal pode feri-la livremente. Ao agir assim, a Corte desrespeita o art. 2º da Lei Maior, que institui a independência e a harmonia entre os Poderes da República, visto que o princípio da harmonia

não significa **nem o domínio** de um pelo outro **nem a usurpação de atribuições**, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se

acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro. (SILVA, 2008, p. 111) (grifos nossos).

A separação dos Poderes, que é cláusula pétrea na Constituição de 1988 (art. 60, §4º, III), e se caracteriza não só pela divisão de funções, mas também pela presença de mecanismos de checagem mútua, é um imprescindível entrave ao despotismo de qualquer ramo do governo, inclusive do Judiciário. Nicola Matteucci ensina que

Mais que a teoria da clara distinção das funções do Estado, Montesquieu apresenta a teoria de um Governo equilibrado, em que os diversos órgãos, num sistema de pesos e contrapesos, realizam um equilíbrio constitucional capaz de obstar à consolidação de um poder absoluto. (BOBBIO et al., 1998, p. 249)

A atitude da Corte infringe também “o princípio elementar de justiça segundo o qual as leis não podem ser legitimamente impostas aos outros por pessoas que não são, elas próprias, obrigadas a obedecer a essas leis.” [71] E é essa a mensagem subjacente a algumas de suas decisões: a Constituição é cogente para indivíduos, Legislativo, Executivo e demais órgãos do Judiciário, mas não para o STF quando seus Ministros dela dissentem.

Sobre a virtual irreversibilidade das interpretações da Suprema Corte – que, segundo certa corrente, vinculariam todas as ações futuras dos demais Poderes, a menos que o próprio Tribunal ou emenda constitucional as alterasse –, Rodrigo Brandão, ao analisar os escritos de Robert Justin Lipkin, afirma: “Uma proteção tão abrangente da independência judicial não promove o equilíbrio entre independência e responsividade judicial, transformando a Suprema Corte em instituição soberana (*legibus solutus*), que, por definição, não se limita pelo direito constitucional, antes o produz.” Ele acrescenta que

“insular autoridade pública de qualquer mecanismo de accountability representa forte estímulo à adoção de posturas idiossincráticas, à confusão entre o sentido a ser atribuído a normas prévias (sobretudo quando elas forem abertas, como os princípios constitucionais) e a particular cosmovisão ou concepção de direito do tomador de decisões.” (p. 266)

Na verdade, no Brasil, há um agravante: nem mesmo Emenda à Constituição pode divergir de interpretação do Supremo Tribunal Federal se, na visão deste, desrespeitar cláusula pétrea.

Brandão entende que, diante dos fatores descritos acima, somados à judicialização das questões públicas relevantes e à adesão cada vez menor do STF aos textos normativos há uma “potencial supremacia do Judiciário – e, em particular, do STF – em relação aos demais Poderes (supremacia judicial em sentido amplo).”^[72] No entanto, ante o mais recente e despuddorado desrespeito à legalidade e à própria Constituição (ADO 26), parece patente que a potencialidade já ficou para trás.

4 Soluções

Várias soluções ao problema dos excessos do Judiciário já foram aventadas.^[73] Há, por exemplo, propostas de retorno à primazia da interpretação dada pelo Legislativo. Seus apoiadores se fundam na ideia de que esse Poder teria melhores condições de “conciliar interesses de forma a acomodá-los e a evitar o aprofundamento de antagonismos” devido ao fato de que a diversidade de visões existentes na sociedade reproduz-se na composição do parlamento e que seus membros prestam contas de suas posições aos eleitores, no mínimo a cada ciclo eleitoral. Além disso, tais propostas partem de um ceticismo em relação à suposta impermeabilidade do Judiciário às pressões políticas e acreditam que juízes, na verdade, ao formarem sua convicção, norteiam-se pelas próprias preferências ideológicas, em vez de pelo direito.^[74]

Rodrigo Brandão argui contra a prevalência do Legislativo sobre o Judiciário que, em algumas ocasiões, este, e não aquele, está em sintonia com os anseios da população. O autor cita como exemplo a decisão referente ao nepotismo.^[75] De fato, o Legislativo frequentemente atua em causa própria, em detrimento do eleitorado. Entretanto, a jurisprudência do STF está repleta de decisões que descartam a vontade popular manifestada por meio de leis que não são incontestavelmente incompatíveis com a Constituição. A lei de crimes hediondos (nº 8.072/90), por exemplo, que nasceu de uma demanda clara da sociedade por um regime mais severo para determinados crimes, foi esvaziada em decorrência de uma interpretação constitucional cuja natureza controversa é atestada pela ausência de unanimidade no julgamento (HC nº 43.938). Ademais, o argumento de

que o Judiciário seria melhor fórum para a busca do interesse público do que o Legislativo porque os políticos perseguem primeiro os próprios interesses perde força quando os Ministros do STF, alheios à crise econômica vivida pelo País, decidem, por exemplo, reajustar os próprios subsídios[76] e autorizam licitação para fornecimento de itens de luxo[77]. Isso, somado à percepção generalizada de que o Tribunal mostra leniência com criminosos – seja essa percepção real ou não –, mina a sua credibilidade, reduzindo o seu “apoio difuso”, o que pode incrementar o risco de se usarem mecanismos de reação política como o impeachment[78][79]

Outro caminho é o modelo da democracia deliberativa[80], cujos pilares, em apertadíssima síntese, são os seguintes: os cidadãos e seus representantes são obrigados a justificar suas decisões com base em princípios consensualmente reconhecidos; a tomada de decisão deve ser pública e as razões devem ser públicas – no sentido aduzido por John Rawls, de “verdades claras, hoje amplamente aceitas pelos cidadãos em geral, ou acessíveis a eles”[81]; e os resultados das deliberações podem ser revertidos.

A teoria dos diálogos constitucionais, por sua vez, reconhecendo que nenhum procedimento é capaz de assegurar resultados justos e que tanto o Legislativo quanto o Judiciário erram, propõe que a interpretação constitucional seja derivada de “uma complexa dinâmica de interação entre os Poderes Públicos, e entre eles e a sociedade civil.”[82] Para tanto, enseja a possibilidade de que decisões da Suprema Corte sejam revertidas pelo legislador. Logo, a aplicação dessa teoria dependeria da anuência do STF, abstendo-se de declará-la inconstitucional novamente.

Como demonstra Brandão, tanto os patronos da supremacia do Legislativo quanto os da supremacia do Judiciário têm uma visão romantizada do Poder que defendem e excessivamente cínica do Poder do qual desconfiam. Ambos olvidam que, conforme ressalta Dahl, todos os sistemas são passíveis de abusos, razão pela qual é imprescindível um efetivo sistema de freios e contrapesos, de modo que nenhum subjugu os demais.

Qualquer que seja a resposta correta ou mais apropriada ao cenário brasileiro, ela necessariamente passa por instar ao Poder Judiciário, em especial ao STF, uma postura de maior deferência à lei. Afinal, como ensina Lenio Streck, hoje vivemos sob a égide do Estado Democrático de Direito, no qual, à diferença do que

ocorria no “positivismo primitivo”, a moral não é excluída, mas é cooriginária com o direito. Por isso, “Obedecer ‘à risca o texto da lei democraticamente construída” [...] [83]” significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável.” [84]

5 Conclusão

A procedência das ações que pretendem criminalizar a homofobia (que já conta com seis votos favoráveis [85]) constituirá a culminação de um processo de crescente menosprezo pela lei e, conseqüentemente, pela soberania popular, o que resulta numa erosão do processo democrático. É verdade que a democracia é falha; por exemplo, ocasionalmente parte dos cidadãos não tem “oportunidades iguais e adequadas de participar das decisões” em decorrência de analfabetismo e pobreza, fato que debilita o próprio caráter democrático do processo. [86] No entanto, nenhuma das alternativas factíveis tem maiores chances de retificar tais defeitos. [87]

Com respaldo na doutrina, unânime no que tange à analogia in malam partem, não é demais concluir que se trata de uma verdadeira heresia jurídica. Diante disso, urge que os doutrinadores brasileiros protestem veementemente, sob pena de fazerem-se supérfluos os cursos de Direito e a própria doutrina, pois o “direito [será] aquilo que o judiciário diz que é” [88]. Aqueles que detêm poder raramente estão dispostos a ceder alguma parcela dele. Na verdade, costumam buscar ampliá-lo [89], de sorte que é de se esperar que os Ministros das cortes superiores aprovelem a supremacia judicial. [90] Por isso, recai sobre os demais juristas o dever de expor o erro da Corte, tornando conhecida do público a informação de que ela tem ultrapassado os limites constitucionais de suas competências. [91]

REFERÊNCIAS

BERGER, Raoul. **Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment**. 2 ed. Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 1997; edição do Kindle: 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11 ed. 1998., p 249.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CADEMARTORI, Daniela M. L. **O diálogo democrático.** 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process.** Edição do Kindle.

Dahl, Robert A. **A democracia e seus críticos.** Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** parte geral e LINDB. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Juspodium, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/karting/view/4141/2923>> Acesso em: 07 Abr. 2019.

FORMENTI, Lígia. **Só 1 em cada 4 defende direito a aborto no País, diz pesquisa.** 4 dez 2017. Disponível em <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-em-cada-4-defende-direito-a-aborto-no-pais-diz-pesquisa,70002106745>> Acesso em: 20 abr 2019.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal:** parte geral. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

KURLAND, Philip B. **Curia Regis:** Some Comments on the Divine Right of Kings and Courts to Say What the Law Is. 1981. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11807&context=journal_articles> Acesso em: 2 mai 20119.

LEVY, Leonard W. **Original Intent and the Original Intent and the Framers' Constitution**. Chicago: Ivan R. Dee. Edição do Kindle.

MELLO, Celso A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRABETE, Julio F. **Manual de Direito Penal**: parte geral, Arts. 1º a 120 do CP. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral, parte especial. 6 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts 1º a 120. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUEZ, José R. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). 1 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio L. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Edição do kindle.

_____ **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 6 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

Supremo banquete. Disponível em: <<https://istoe.com.br/supremo-banquete/>> Acesso em: 30 abr 2019.

STF retomará em junho julgamento de ações sobre criminalização da homofobia. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411995&caixaBusca=N>> Acesso em 25 mai 2019.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da Atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição do kindle.

TOCQUEVILLE, Alexis De. **Democracy in America**: Volume I and II (Optimized for Kindle). Tradução de Henry Reeve. Edição do Kindle.

TUROLLO Jr., Reynaldo. **Maioria do STF aprova proposta de reajuste de 16,38% para magistrados**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/maioria-do-stf-aprova-proposta-de-reajuste-de-1638-para-magistrados.shtml>. Acesso em: 4 jun 2019.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999. Edição do Kindle.

Transcript of President George Washington's Farewell Address (1796). Disponível em <<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=15&page=transcript>> Acesso em: 5 jun. 2019.

Notas:

[1] BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 111 e ss.

[2] Não se quer aqui questionar o mérito das causas ou mesmo a correção das ideias expostas nos acórdãos, mas sim apontar o comportamento legiferante da Corte.

[3] FORMENTI, Lígia. Só 1 em cada 4 defende direito a aborto no País, diz pesquisa. 4 dez 2017. Disponível em <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-em-cada-4-defende-direito-a-aborto-no-pais-diz-pesquisa,70002106745>> Acesso em: 20 abr 2019.

[4] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 11ª ed. rev., ampl. e atual., Juspodium, 2013, p. 315

[5] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/karting/view/4141/2923>>. Acesso em: 07 Abr. 2019.

[6] Ibid.

[7] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 42.

[8] Nessa linha, Raoul berger observa que “an ‘outcome’ that is stubbornly resisted by a dominant majority of the Court is quickly adopted upon the retirement of one or more Justices when their replacements transform the dissenting minority into a new majority. [...] Should what is ‘socially desirable’ for a nation of 200 million people turn on such accidents?” BERGER, Raoul. Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment. 2 ed. Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 1997; edição do Kindle: 2013, posição 4997.

[9] A referência a autores norte-americanos é pertinente devido à crescente aproximação entre os sistemas e à longa tradição dos Estados Unidos em controle de constitucionalidade e ativismo judicial.

[10] Ibid., posição 4605.

[11] Ibid., posições 4548, 4651

[12] DAHL, Robert A. A democracia e seus críticos. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 102.

[13] Ibid., p. 103

[14] A orientação de George Washington nesse sentido é perfeitamente aplicável ao nosso contexto: “If, in the opinion of the people, the distribution or modification of the constitutional powers be in any particular wrong, let it be corrected by an amendment in the way which the Constitution designates.” . Transcript of President George Washington's Farewell Address (1796). Disponível em
< <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=15&page=transcript>
> Acesso em: 5 jun. 2019.

[15] BRANDÃO, op. cit., p. 227-228

[16] Essa é a conclusão do professor de Harvard Raoul Berger, para quem: “the complacent assumption that constitutional limitations must yield to beneficial results, a result-oriented jurisprudence that is a euphemism for the notion that the end justifies the means.” BERGER, op. cit., posição 437

[17] TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição do kindle, posição 2725

[18] “The recognition of this power and duty to shape the law in conformity with the customary morality is something far removed from the destruction of all rules and the substitution in every instance of the individual sense of justice, the arbitrium boni viri. That might result in a benevolent despotism if the judges were benevolent men. It would put an end to the reign of law.” CARDOZO, Benjamin N. The Nature of the Judicial Process. Edição do Kindle, posição 841-847.

[19] BRANDÃO, op. cit., p. 19.

[20] BERGER, op. cit., posição 4279 e ss.

[21] “[...] the cry for self-restraint is directed to the other fellow, to decry identification of his predilections with constitutional mandates. Each Justice has a blind spot for the identification of his own predilections with constitutional dogma.” Ibid., posição 4234. O autor chegou a essa conclusão depois de analisar embate entre os Justices Black e Frankfurter, que se criticaram mutuamente, cada um insatisfeito com o ativismo do outro porque se chocava com o próprio entendimento.

[22] É como Alexandre Morais da Rosa entende o movimento. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a Law and Economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 56. *Apud* TASSINARI, op. cit., posição 2832.

[23] Isso ocorreu durante o governo Nixon nos EUA e, como era previsível, seus adversários ideológicos denunciaram o ativismo dos membros nomeados pelo Presidente Republicano: “Already there are anguished outcries that the Burger Court is acting ‘against the law.’” But the name of the game is ‘Two Can Play’; once the legitimacy of judicial policymaking is recognized, new appointees may properly carry out the policies which they were appointed to effectuate. What the ‘national conscience’ is at any given moment depends on shifting personnel and the nature of the appointees.” Berger, op. cit., posição 5083-5091.

[24] BRANDÃO, op. cit., p. 301-302.

[25] GALVÃO, Fernando. Direito Penal: parte geral. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 132

[26] MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal, v. 1, 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 55

[27] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial, 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 95

[28] GALVÃO, op. cit., 132.

[29] O próprio STF já se manifestou, no RHC 117.566/SP, 2013, no sentido de que Medida Provisória pode versar sobre matéria de Direito Penal, mas desde que beneficie o réu. Obviamente não é o caso das ações em julgamento.

[30] GALVÃO, op. cit., p. 133.

[31] MIRABETE, op. cit., p. 55.

[32] PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1º a 120. 10. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 141

[33] Ibid., p. 141.

[34] Rogério Greco denomina de funções do princípio da legalidade. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100.

[35] MIRABETE, op. cit., p. 56

[36] GALVÃO, op. cit., p. 134.

[37] PRADO, op., cit., p. 142.

[38] MIRABETE, op. cit., p. 56, nota de rodapé nº 5.

[39] GALVÃO, op. cit., p. 132.

[40] Ver BRANDÃO, op. cit., p. 278.

[41] SILVA, op. cit., p. 235.

[42] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99-100.

[43] STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - decido conforme minha consciência? 6 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 37.

[44] É o que escreve Nicola Matteucci: "o Constitucionalismo representa o Governo das leis e não dos homens, da racionalidade do direito e não do mero poder". BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. Dicionário de política. Trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11 ed. 1998, p 249.

[45] Respeito pelos limites ao poder são a essência de uma sociedade democrática. Sem isso, toda a estrutura democrática é minada e o caminho de Weimer a Hitler é pavimentado. BERGER, op. cit., posição 6528.

[46] "To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing; if these limits may at any time, be passed by those intended to be restrained?" Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176 (1803) apud ibid., posição 4498.

[47] "For judges are creatures of the Constitution and have only such authority as it confers." Ibid., posição 5573.

[48] "[...] esse princípio fundamental da Constituição inglesa [rule of law] supõe a exclusão de todo poder discricionário ou arbitrário, implicando, por isso, a igualdade dos cidadãos com o Governo perante os tribunais ordinários" BOBBIO, op. cit., p 252.

[49] "[...] we are all to be governed by the same preestablished rules and not by the whim of those charged with executing those rules. [...] The difference between rule by law and rule by fiat or discretion is largely what distinguishes the democracies of the West from the governments of most of the rest of the world." KURLAND, Philip B. Curia Regis: Some Comments on the Divine Right of Kings and Courts to Say What the Law Is. 1981. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11807&context=journal_articles> Acesso em: 2 mai 20119, p. 3

[50] STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83. jul./dez. 2009.

[51] "On this view the Constitution itself is a superfluous, even obstructive, 'scrap of paper.'" BERGER, op. cit., posição 4554

[52] DAHL, op. cit., p. 100.

[53] “If government by judiciary is necessary to preserve the spirit of our democracy, let it be submitted in plainspoken fashion to the people—the ultimate sovereign—for their approval.” BERGER, op. cit., posição 6611.

[54] CADEMARTORI, Daniela Mesquista Leutchuk de. O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba: Juruá, 2006, p. 293.

[55] DAHL, op. cit., p. 259.

[56] Ibid., p. 275.

[57] Ibid., p. 175.

[58] Ibid., p. 306.

[59] Ibid., p. 303-304.

[60] BRANDÃO, op. cit., p. 231.

[61] Ibid., p. 30.

[62] Ibid., 221.

[63] DAHL, op. cit., p. 120.

[64] BERGER, op. cit., posição 5074.

[65] Chávez aumenta número de juízes na Corte Suprema venezuelana. 25 out 2003. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2510200317.htm>> Acesso em: 20 abr 2019.

[66] DAHL, op. cit., p. 272, 282.

[67] Ibid., p. 399.

[68] Ibid., 272.

[69] Ibid., p. 273.

[70] A controvérsia quanto à natureza do ato inconstitucional não é relevante para os fins deste artigo.

[71] DAHL, op. cit., p. 169.

[72] BRANDÃO, op. cit., p. 222-223.

[73] Para uma análise compreensiva e detalhada, ver Brandão, op. cit., p. 234 e ss.

[74] Ibid., p. 253-254.

[75] Ibid., p. 309.

[76] TUROLLO Jr., Reynaldo. Maioria do STF aprova proposta de reajuste de 16,38% para magistrados. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/maioria-do-stf-aprova-proposta-de-reajuste-de-1638-para-magistrados.shtml>. Acesso em: 4 jun 2019.

[77] Supremo banquete. Disponível em: <<https://istoe.com.br/supremo-banquete/>> Acesso em: 30 abr 2019.

[78] BRANDÃO, op.cit., p. 318.

[79] Outro fator que pode solapar esse apoio difuso é a disseminação da informação de que o STF tem extravasado suas competências constitucionais. Nas palavras de Raoul Berger, "How long can public respect for the Court, on which its power ultimately depends, survive if the people become aware that the tribunal which condemns the acts of others as unconstitutional is itself acting unconstitutionally?" BERGER, op. cit., posição 6528

[80] BRANDÃO, op. cit., p. 261 e ss.

[81] Ibid., p. 262.

[82] Ibid., p. 256.

[83] STRECK, Lenio Luiz. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Edição do kindle, posição 3340.

[84] Ibid., 3345.

[85] STF retomará em junho julgamento de ações sobre criminalização da homofobia. Disponível

em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411995&caixaBusca=N>> Acesso em 25 mai 2019.

[86] DAHL, op. cit., p. 278.

[87] Ibid., p. 279.

[88] STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - decido conforme minha consciência? 6 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 91.

[89] "It is axiomatic that all wielders of power, judges included, ever thirst for more." É axiomático que detentores do poder, incluindo juízes, estão sempre sedentos por mais (tradução nossa) Berger, op. cit., posição 4101.

[90] "It would be not surprising to find judges supporting judicial supremacy; it makes their jobs more important and interesting". TUSHNET, Mark. Taking the Constitution Away from the Courts. Princeton: Princeton University Press, 1999. Edição do Kindle, Locais do Kindle 123-124.

[91] "A prime task of scholarship, therefore, is to heighten public awareness that the Court has been overleaping its bounds." BERGER op. cit., posição 6581.

APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA DE RESSOCIALIZAÇÃO DE ADOLESCENTES INFRATORES

ALLYNNE CRISTHYNE ALVES DA SILVA:

Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

SIBELE LETÍCIA RODRIGUES DE OLIVEIRA BIAZOTTO^[1]

(Orientadora)

RESUMO: Busca-se com a presente pesquisa demonstrar que a Justiça Restaurativa é o meio mais eficaz e recomendado, atualmente, para restabelecer a paz e segurança social, principalmente nas infrações cometidas por adolescentes. Por se tratar de uma nova visão e empoderamento das partes e do diálogo, as técnicas conciliatórias por meio dos círculos restaurativos possibilitam que o jovem infrator restabeleça a si mesmo, a seus relacionamentos comunitários dada a oportunidade de reconhecimento e responsabilização de seu erro com a mínima intervenção da justiça punitiva comum e, ainda, repare o dano. Assim, o principal objetivo do artigo é uma abordagem dos benefícios desse instituto, com base em uma metodologia de pesquisa na Constituição Federal, doutrina especializada e jurisprudência. Fez-se necessário, também, realizar uma análise dos dados de crianças e adolescente em cumprimento às medidas socioeducativas no Estado do Tocantins, para fins de constatação da ineficácia do modelo tradicional vigente.

PALAVRAS-CHAVE: ECA; Medidas Socioeducativas; Adolescente; Ressocialização; Justiça Restaurativa.

ABSTRACT: The aim of this research is to demonstrate that the restorative justice is the most effective and recommended means, currently, to restore peace and social security, especially in the offences committed by adolescents. Because it is a new vision and empowerment of the parties and dialogue, conciliatory techniques through restorative circles allow the young offender to re-establish himself, his community relationships given the opportunity to Recognition and accountability of your mistake with the slightest intervention of common punitive justice and yet, repair the damage. Thus, the main objective of the article is an approach to the benefits of this institute, based on a research methodology in the Federal Constitution, specialized doctrine and jurisprudence. It was also necessary to

perform an analysis of the data of children and adolescents in compliance with the socio-educational measures in the state of Tocantins, for the purpose of verifying the inefficacy of the traditional model vigorous.

KEYWORDS:ECA; Socio-educational measures; Adolescent; Resocialization; Restorative Justice.

1 JUSTIÇA RESTAURATIVA: REPARAR ERROS E TRANSFORMAR ATITUDES

O número de adolescentes infratores não só tem aumentado como se observa a elevada reincidência, chegando alguns a apresentar em seu histórico condutas semelhantes à de criminosos de alta periculosidade.

Diante desse problema social cada vez crescente e preocupante, faz-se vital a adoção de políticas públicas de tratamento adequado de conflitos aplicáveis na esfera do Direito da Infância e Juventude, vez que as medidas socioeducativas trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente demonstram serem falhas e insuficientes no tratamento e no processo de ressocialização dos adolescentes em conflito com a lei.

Com a evidente ineficácia da Justiça Penal tradicional, denominada também de retributiva, surge como predito a necessidade de recorrer a soluções alternativas que possibilitem o aperfeiçoamento do sistema disciplinar atualmente utilizado nas unidades de internação socioeducativas e no Judiciário, promovendo a pacificação social e a concretização da doutrina de proteção aos direitos humanos no que tange aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

É cediço que a Justiça Restaurativa firmou-se nas últimas décadas como uma prática inovadora ao abordar os crimes como violações de pessoas e de suas relações humanas, que acarretam a obrigação de reparar os danos e males que afetam não somente a vítima, mas também ofensor e toda a sociedade, haja vista que há um rompimento do tecido social e o conseqüente enfraquecimento dos laços comunitários.

Tal prática possibilita ao jovem delinqüente uma autorreflexão de sua conduta delituosa e a compreensão da extensão do mal ocasionado à vítima e às

pessoas afetadas por ele direta e indiretamente com a conseqüente chance de perdão e restauração.

Diante desse contexto, a presente pesquisa propõe a Justiça Restaurativa como ferramenta auxiliar nas ações de medidas socioeducativas impostas por determinação judicial em face de adolescentes infratores, visando a demonstrar resultados positivos na redução da reincidência nos casos em que se aplica esse método, o que poderia possibilitar, dessa forma, o controle da criminalidade entre aqueles que representam o futuro da nação bem como sua recuperação.

A problemática está voltada para as seguintes indagações: o modelo hodierno de disciplina cumpre sua função teoricamente ressocializadora? Um sistema pautado na repressão é o mais adequado? A Justiça Restaurativa é uma alternativa de reinserção social?

Nesse viés, o objetivo principal é verificar se a aplicação da Justiça Restaurativa no âmbito infracional mediante a autocomposição de conflitos que envolvem crianças e adolescentes é de fato eficaz quando aplicado e, mais especificamente, realizar uma análise dos dados de crianças e adolescente que cumprem as medidas socioeducativas no Estado do Tocantins, a fim de estabelecer um paralelo de soluções no bojo da justiça restaurativa infanto-juvenil.

A metodologia da pesquisa é de caráter qualitativo, possui método bibliográfico exploratório e dedutivo, utilizando como base, primordialmente, a Constituição Federal, por ser a maior Lei em vigência no País, posicionamentos jurisprudenciais, legislações que regulam o assunto, revistas científicas, periódicos, artigos e matérias relacionadas ao tema.

Além dessa breve introdução, este artigo está organizado em mais três principais seções. Na segunda, denominada novo paradigma de Justiça Penal, discutimos a importância do estudo da justiça restaurativa, dado ao caos em que está a justiça penal, a conceituação e evolução da justiça restaurativa, bem como seus valores, objetivos e princípios. Na terceira, intitulada de Justiça juvenil retributiva, trataremos sobre a eficiência e a contribuição da justiça restaurativa ao sistema tradicional de Justiça Juvenil. Finalmente, na quarta seção, a aplicação da justiça restaurativa no Tocantins como agente ressocializador, os desafios na implantação das práticas restaurativas, os procedimentos mais indicados dos

círculos restaurativos para os delitos mais recorrentes no Estado e qual deve ser a atuação no âmbito do Poder Judiciário são abordados. Em seguida, apresentamos as considerações finais e as referências.

2 NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA PENAL: JUSTIÇA RESTAURATIVA

No Brasil, há um modelo penal que objetiva a punição por violações a bens jurídicos tutelados. Nas palavras de Nucci (2018), esse sistema é voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação. Embora sua definição se concentre nos limites do poder punitivo, significando um enfoque voltado ao Direito Penal Democrático, não se há de olvidar constituir o ramo mais rígido do Direito, prevendo-se as mais graves sanções viáveis para o ser humano, como é o caso da privação da liberdade. Ao longo da História brasileira, tivemos o código criminal de 1830 e os códigos penais em 1890 e 1940, ambos, em seu campo objetivo, voltados ao combate da criminalidade. Para o autor,

Todo Direito penal responde a uma determinada Política criminal, e toda Política criminal depende da política geral própria do Estado a que corresponde [...]. Segundo nos parece, essa é a sua real importância, ao mesmo tempo em que é um problema para o Brasil. Os Poderes do Estado, particularmente o Legislativo e o Executivo, que elaboram as leis penais, não possuem uma política criminal definida. Não se sabe qual objetivo pretendem atingir, editando leis penais ora brandas demais, ora extremamente severas. O sistema legislativo brasileiro é capaz de inserir normas pertinentes ao abolicionismo penal, em determinada época, para, na sequência, criar normas equivalentes ao direito penal máximo. A ausência de uma política criminal definida espelha um ordenamento penal desconexo, repleto de falhas, lacunas e contradições, acarretando ao Poder Judiciário maior volume de trabalho, em particular, buscando interpretar coerentemente as leis penais para evitar erros e injustiças (NUCCI, 2018. p. 4).

Posto isso, é evidente que, enquanto não definida uma política nacional penal, o presente código penal continuará a ser um dispositivo cheio de emendas

e rasuras, que ora conflitam entre sim, sem tipos penais e sem execução da pena bem definidos.

Os conflitos entre os homens, na antiguidade, eram resolvidos pelas próprias mãos dos membros da comunidade, não existindo sequer um julgamento justo. Talvez a mais conhecida forma de punição seja a Lei de Talião, aplicada por Hamurabi, rei da Babilônia, o qual prescreveu penas tão cruéis que delas surgiram a expressão mais famosa de todos os tempos: "olho por olho, dente por dente". Utiliza-se, atualmente, o modelo de justiça retributivo, que diz respeito a um conjunto de normas e regras que regulam as relações humanas e, quando violadas, causam sanções que vão desde multas até a restrição de liberdade. Tal método punitivo adotado pelo Estado consiste no encarceramento, que hoje resulta em unidades superlotadas em situação degradante e desumana.

Esse sistema preocupa-se apenas em punir o delinquente infrator, solucionando a prática do crime por meio da prisão e deixando de tratar sua consequência. Há de se reconhecer que o encarceramento não atinge os resultados teoricamente esperados, além de totalmente sem estrutura, induz e fomenta o comportamento violento do ser humano, pois não oferece condições de recuperação e reinserção ao preso durante o cumprimento da pena. Ao contrário, os pequenos infratores dividem celas com grandes criminosos, que servem como verdadeiros professores do crime.

Diante dos tais problemas, cominados com a inobservância de direitos fundamentais básicos, como o princípio da presunção da não culpabilidade, a falta de dignidade humana nos encarceramentos e a busca incessante por um cumprimento de pena que seja realmente ressocializador, nasceu a Justiça restaurativa. De antemão, por ser muito usada em diversos contextos e situações, convém trazer à baila o significado da palavra "justiça", tendo em vista ser a mesma o sustentáculo do presente estudo. De acordo com dicionário, é derivada do Latim *justita*, que significa direito, administração legal, que, por sua vez, é originária da palavra justo, em latim *justus*, cujo significado correto é lei.

Nesse diapasão, o Jurista Nunes Rizzato (2017) conceitua justiça como uma qualidade subjetiva do indivíduo, uma virtude, mas virtude especial traduzida na fórmula: vontade de dar a cada um o que é seu. Logo, embora haja uma definição

para a palavra, demonstra-se totalmente relativa a depender de quem avalia a situação, ou seja, é determinada em um campo individual e subjetivo.

O método de resolução consensual de conflitos, denominado justiça restaurativa, não está disposto em nenhuma lei. O que houve foi um acordo entre os magistrados Brasileiros, o qual resultou em um protocolo de cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa, com base na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que resultou e resulta em um esforço judicial em resolver as demandas penais de forma mais equânime. Foi ainda na década de 70 que nasceram as primeiras ideias desse modelo de justiça. E, para surpresa de muitos, o movimento restaurativo iniciou-se em uma tribo indígena denominada Maoris, localizada na Nova Zelândia, cujo país é o pioneiro em adotar o sistema da Justiça Restaurativa nos tribunais e escolas como forma de resolução de conflitos e como modo de atuação frente aos atos infracionais de adolescentes (SCHMIDT, 2007).

Com base na Justiça Tribal dos aborígenes maoris, os quais se reuniam em círculos com a participação de todos da tribo para discutir eventuais contendas que ocorreram, é que se desenvolveu o método norteador da prática restaurativa. Esse mecanismo ganhou maior notoriedade quando uma escola da Austrália encaminhou um jovem a policiais, que depois de tentativas infrutíferas, procuraram a família do adolescente e chamaram a atenção para a responsabilização de sua mudança de comportamento. Após aplicar a método restaurativo ao caso, observaram que o resultado foi exitoso. Diante desse efeito, a experiência começou a ser compartilhada, sendo aderida por outros países europeus, dentre eles Alemanha, França, Bélgica, Dinamarca, Escócia, Finlândia, Holanda, Noruega, Estados Unidos e mais tardiamente alguns países sul-americanos, como Chile, Argentina, Colômbia e a passos vagarosos também o Brasil. Já o termo, qual seja, a expressão Justiça Restaurativa, foi empregada pela primeira vez, segundo Bianchini (2012), em 1950 pelo pesquisador e psicólogo americano Albert Eglash, especialista que buscava um modelo terapêutico para reabilitar os ofensores. A autora citada explica a justiça restaurativa em sua essência:

Pela raiz semântica as palavras "restaura", cuja origem no latim "restaurare" significa: obter de novo a posse; curar, recuperar, reparar, reconquistar, reaver, restabelecer, restituir, indenizar e voltar ao estado primitivo; e "tivo" formador de vocativo a partir de radicais verbais que se refere a "agente" e

o "que é próprio para". Logo, restaurativo é o restabelecimento por meio de um agente ou de alguém próprio a restaurar (BIANCHINI, 2012, p. 89).

Para alguns aplicadores da justiça restaurativa, esta tem por objetivo a promoção da reconexão entre pessoas e situações, ou ainda, superar rótulos e preconceitos de vítimas com ações voltadas a essa desconstrução social, com foco nas necessidades dos envolvidos no bojo do conflito e de forma a aproximá-los. Pinto (2008, p. 22) exemplifica brilhantemente os efeitos da justiça restaurativa ao expor que

Significa dar resposta sistemática às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significado, assim, trabalhar para restaurar, reconstruir, de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.

Em Araçatuba, interior de São Paulo, foi realizado, em abril de 2005, o I Simpósio de Justiça Restaurativa do Brasil, o qual resultou na assinatura da Carta de Araçatuba, que teve por finalidade, entre outras, definir os princípios norteadores da justiça restaurativa:

1- plena informação sobre as práticas restaurativas anteriormente à participação e os procedimentos em que se envolverão os participantes; 2 - autonomia e voluntariedade para participação das práticas restaurativas, em todas as suas fases; 3 - respeito mútuo entre os participantes do encontro; 4 - corresponsabilidade ativa dos participantes; 5 - atenção à

pessoa que sofreu o dano e atendimento de suas necessidades, com consideração às possibilidades da pessoa que o causou; 6 - envolvimento da comunidade pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação; 7 - atenção às diferenças socioeconômicas e culturais entre os participantes; 8 - atenção às peculiaridades socioculturais locais e ao pluralismo cultural; 9 - garantia do direito à dignidade dos participantes; 10 - promoção de relações equânimes e não hierárquicas; 11 - expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito; 12 - facilitação por pessoa devidamente capacitada em procedimentos restaurativos; 13 - observância do princípio da legalidade quanto ao direito material; 14 - direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo; 15 - integração com a rede de assistência social em todos os níveis da federação; 16 - interação com o Sistema de Justiça.

A carta representa um marco na aplicação da justiça restaurativa no País e, diante desse contexto, é pontual o entendimento de Biernaski (2017) de que podemos considerar a justiça restaurativa como sendo a justiça do século 21, pois podemos dizer que a justiça restaurativa é, na verdade, uma forma mais “humana” de ver o mundo. É a busca na resolução dos problemas pela sua “raiz”. Ainda, diz respeito à tentativa da conscientização para que tal situação não ocorra novamente. É a tentativa de resolver os dois lados, para que as duas partes, tanto a vítima quanto o ofensor, na medida do possível, saiam satisfeitos com a possível solução. Conclui-se, assim, que, para a Justiça Restaurativa, não basta apenas penalizar a parte que causou a ofensa, visto ser necessário ouvir e dialogar. E, diante disso, mostra-se imprescindível ver aquilo que ocorreu com os olhos da vítima. Por fim, é necessário que o causador veja e reflita sobre seus atos, conscientizando-se sobre eles.

Mormente, com base na doutrina especializada, as diferenças entre o método retributivo e restaurativo consistem na aplicação prática da lei. Na retributiva, o crime viola tanto a lei quanto o Estado, devendo tal violação ser punida pelo próprio Estado sob o foco de que o ofensor deve “pagar” o que fez. Por outro lado, na restaurativa, quando ocorrem violações, estas são contra pessoas e relacionamentos, com o foco nas necessidades dos envolvidos nos conflitos,

devendo haver um esforço conjunto para que essas relações sejam reestabelecidas e os danos reparados. A justiça Penal retributiva tem no pilar um modelo excludente, estigmatizado, desconexo e estatizado, enquanto a justiça restaurativa é multidisciplinar, inclusiva, participativa, humanizada e voltada para o futuro.

No que tange ao procedimento, a justiça retributiva tem um rito público e solene, é contenciosa, e os atores principais são o juiz, delegado e Ministério Público, os quais são responsáveis tanto pelo andamento processual, quanto pelo arcabouço decisório. Na justiça restaurativa, os personagens principais são os envolvidos e a comunidade como um todo, os quais colaboram tanto para o andamento das negociações quanto para as decisões. Com base no princípio basilar da oportunidade, o processo é participativo, colaborativo e voluntário.

Com formas tão distintas de se pensar e proceder, os resultados não teriam como, se quer, ser análogos. De acordo com a maioria da doutrina, a justiça restaurativa acaba por resultar em paz social entre as vítimas, de forma a assegurar suas dignidades, em responsabilização e reparação espontânea do infrator. Com os pedidos de desculpas e reparação devida, esse infrator é restaurado, reinserido e incluso na comunidade; enquanto na retributiva, a paz se dá de forma imposta com penas intimidatórias e excludentes, gerando um sentimento de injustiça, discriminação e desintegração social por parte do infrator, o qual, após isso, geralmente volta a delinquir, tanto por uma frustração com o sistema que em nada é ressocializador, quanto pela falta de assistência psicológica, financeira e social.

Com o intuito de reverter tais situações, o CNJ editou a Resolução nº 225/16, que determinou a implantação de programas de Justiça Restaurativa pelos Tribunais de Justiça do País, permitindo que os procedimentos restaurativos sejam utilizados em qualquer fase do processo, não havendo restrição, inclusive, nos casos envoltos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa maneira, caminhando contrariamente à justiça punitiva retributiva, encontra-se a justiça restaurativa, que embora venha sendo adotada a passos tímidos, trata-se do melhor caminho para redução da violência, na medida em que busca restaurar a ordem com a participação efetiva dos sujeitos envolvidos no litígio, em contraposição ao sistema tradicional de penalização em vigência no País, há tempos em crise.

3 JUSTIÇA JUVENIL RETRIBUTIVA

Dispõe o código penal em seu art. 27 que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, amparando os menores a uma legislação especial denominada ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, na qual se encontra um conjunto de normas que objetivam a proteção da integridade física, psíquica e moral dos menores. Na sistemática do referido estatuto infanto-juvenil, os menores, quando violados ou ameaçados em seus direitos, seja pelo Estado, por seus pais ou responsáveis ou, ainda, em razão de sua própria conduta, serão submetidos às medidas de proteção, que devem necessariamente levar em conta as necessidades pedagógicas, dando preferência às medidas que fortalecem os vínculos familiares e comunitários.

O sistema de justiça voltado à proteção das crianças e adolescentes tem um histórico interessante. Nas palavras de Macêdo (2016), é conhecido por três principais fases, quais sejam: a etapa penal diferenciada, a etapa tutelar e a etapa garantista.

3.1 ETAPA DIFERENCIADA

De acordo com Macêdo (2016), esse tratamento diferenciado consistia em uma imputação de “discernimento”, em outras palavras, punia-se a criança e o adolescente de forma igualitária com os maiores de idade para que eles pudessem amadurecer e repensar suas atitudes infantis. Explana o autor que

O marco da legislação, antes do código de Menores de 1927, era a atribuição de irresponsabilidade penal ao menor em razão da teoria da ação com discernimento. Dever-se-ia ter uma busca da consciência do menor na prática daquele delito. No Código Imperial de 1830, essa busca pelo discernimento estava adstrita aos menores de 14 anos, considerados irresponsáveis criminalmente, mas, quando se comprovasse sua capacidade de distinguir “o bom do mau”, ser-lhe-ia aplicada pena pelo juiz, desde que esta não ultrapassasse o seu 17º aniversário.⁴ Já Código Penal Republicano de 1890 trouxe como novidade a declaração de irresponsabilidade penal de pleno direito para os menores de 9 anos de idade, para a faixa dos 9 a 14 anos, prevalecia a mesma lógica anterior, busca pelo discernimento (MACÊDO, 2016).

Evidencia-se, com isso, que esse pensamento permitia poucas atenuantes, pois acreditava-se à época que os maiores de 14 anos e os menores de 17 anos tinham seu discernimento presumido. Com isso, além de serem tratados e entendidos como adultos, cumpriam suas penas com os adultos e mais experientes no crime, sem caráter algum de proteção ao seu processo de desenvolvimento. Jasmim (1986), ao explicar de igual modo a etapa baseada na teoria da ação com discernimento, enfatiza que o menor de 14 anos era considerado irresponsável e, por isso, não seria responsabilizado. Entretanto, se ficasse comprovado seu discernimento, sua “capacidade de entender o bem e o mal”, responderia como se fosse maior. Ao menor de 9 anos não se poderia imputar crime algum, entretanto dos 9 aos 14 anos era dado uma margem de pesquisa de discernimento.

Ao que parece, mesmo com a imputação de pena sendo permitida após os 14 anos, a realidade é que todos que agiam de forma delituosa após os 9 anos de idade respondiam, independentemente da idade e de igual modo dos adultos, pois violavam a segurança pública e social. Apenas com o avanço da psicologia e dos estudos da criminologia percebeu-se que crianças e adolescentes não pensam nem tampouco agem como adultos, não devendo responder de igual modo como eles, resultando, assim, na superação dessa fase, em meados do século XX.

3.2 ETAPA TUTELAR

Na corrente fase, inaugurada com o código de menores de 1927, curiosamente, nasceu a expressa “de menor” que, à época, tinha sentido pejorativo e pomenorizado, influenciando até os dias de hoje a percepção de inferioridade de um menor de idade que pratica atos infracionais. Macêdo (2016) frisa que essa fase é caracterizada pela tutela estatal, o qual assume a função de intervencionista e exerce a função de cuidar e assistir os menores, principalmente os mais vulneráveis. Com os avanços nos estudos acima evidenciados no século XX, a fase tutelar é marcada pela diferenciação na responsabilidade penal de adultos e crianças, bem como a revisão e elaboração de critérios de idade, a fim de estabelecer uma responsabilidade penal adequada. Jasmim (1986) frisa que o atual código rompeu totalmente com o regime anterior trazendo, além de uma diferenciação entre crianças e adolescentes abandonados e delinquentes, inovação referente as idades e etapas de vida, documentando que

O legislador preocupou-se em definir tratamento especial a cada uma das idades específicas da criança. Quatro idades básicas eram definidas. A primeira, a "idade de leite", compreendia o período em que a criança mama e vai até os dois anos quando nascem os dentes. A segunda, estende-se dos 2 aos 7 anos, quando a criança começa a mudar a dentição. A terceira, dos 7 aos 14 anos, termina quando começam a se acentuar os fenômenos da puberdade. Finalmente, dos 14 aos 18 anos, época em que os indivíduos dos dois sexos adquirem o desenvolvimento natural e necessário à procriação (JASMIM, 1986, p. 86).

Segue o autor dizendo que é a partir desse código que a maioridade penal foi instituída aos 18 anos, devendo somente a partir dessa idade ser entendido e responsabilizado como adulto. De 14 aos 18, a pena era atenuada, com vistas a assegurar proteção ao menor vulnerável e com base em sua faixa etária. No período dessa fase, foram publicados o Código Penal de 1940, que efetivou a maioridade penal e a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a qual objetivava organizar a política penal Nacional. Dadas as diretrizes, os Estados criaram a famosa "FEBEM" para regulamentar a execução das medidas penais em seus territórios.

É notória a preocupação em resguardar o processo de crescimento e amadurecimento de crianças e adolescentes, tanto que o código seguiu buscando preservar os abandonados, quanto ampliando a responsabilização por atos violadores dos direitos da criança e adolescentes as esferas cível e administrativa. Contudo, na prática, não se observou essa proteção e cuidado, pois as internações não cumpriram seu caráter ressocializador.

3.3 ETAPA GARANTISTA

Essa fase é inaugurada com o Estatuto da Criança e do Adolescente, baseado em convenções internacionais das nações unidas sobre direitos humanos e sobre os direitos da criança e do adolescente. Dentro de uma visão Constitucional, foram construídos princípios que norteiam todo o arcabouço jurídico voltado à proteção dos menores, resultando em uma transformação no sistema de proteção e repressão ao delito juvenil.

Em sentido discordante da etapa tutelar, a fase garantista atribuiu à proteção integral e indisponível do menor não só ao Estado, mas sim a toda sociedade e a sua família, pois ambos contribuem para o seu desenvolvimento e influência pessoal. Justifica Macêdo (2016, p.17) que

É, por este motivo, que o ECA propõe ser um novo ordenamento jurídico que se ocupa seriamente da proteção à família, aos direitos da infância e adolescência. Era urgente a necessidade de enxergar as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, cidadãos, para além da antiga percepção de coisificação da infância. Supera-se a desqualificação de crianças e jovens que agora são vistos como iguais perante a lei.

Elencando que são princípios basilares do ECA, a participação e a descentralização, segue o autor dizendo que a descentralização está voltada aos entes, a atribuição à União, aos Estados e Municípios de corroborarem para a proteção da criança e do adolescente. A participação é a materialização, pela sociedade civil, associações, ONGs e fundações, do que foi idealizado pela Constituição e todo o sistema de proteção voltado à criança e ao adolescente, os quais são responsáveis, entre outras atribuições, a de participarem na formulação de novas políticas de proteção e sua fiscalização na sociedade civil.

Dessa maneira, a atual política nacional de proteção à criança e ao adolescente está alicerçada em princípios que asseguram os direitos humanos dos menores e a proteção necessária que, independentemente do cometimento de crimes, devem ter seu desenvolvimento e crescimento saudável resguardado, afim de que tenham sua dignidade humana satisfeita e respeitada.

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA NO TOCANTINS

Nessa toada, os adolescentes que tiverem conduta descrita como crime ou contravenção penal, utilizando-se do método de justiça retributiva, responderão nos termos do art. 112 da Lei n. 8.069/1990 com advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional, além das já previstas para o jovem ofensor, de forma a assegurar que a medida aplicada ao

adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

Ocorre que, desde 1990, vêm se aplicando tais medidas aos adolescentes infratores. Ocorre que, mesmo após a nova ótica constitucional, observa-se o contínuo aumento das estatísticas de crianças e jovens escravos do crime. De acordo com o anuário da segurança pública de 2018, o número de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa no Brasil, de 1996 a 2016, passou de 4.245 internos para 26.450, mostrando claramente, a ineficácia desse modelo retributivo aplicados aos jovens contraventores.

No Tocantins, conforme as informações fornecidas pela Secretaria de Estado da Cidadania e Justiça (Seciju), responsável apenas pelas medidas em meio fechado (Internação e Semiliberdade) e a internação provisória, os atos infracionais mais comuns são roubo e homicídio, tanto na capital Palmas, quanto nas demais unidades do estado localizadas na cidade de Araguaína, Santa Fé e Gurupi.

Ainda de acordo com os dados obtidos pela secretaria por meio da Superintendência de Administração do Sistema de Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente, o número de internados até o dia 30 de abril de 2019, no Centro de Atendimento Socioeducativo – CASE era de 35 adolescentes, todos do sexo masculino. Enquanto no CEIP Central – Centro de Internação Provisória Central, encontram-se 13 internos do sexo masculino e 7 internas do sexo feminino, ressaltando que esse quantitativo é atualizado regularmente devido às entradas e saídas diárias.

Consoante ainda aos dados fornecidos pela Delegacia Especializada de Proteção à Criança e ao Adolescente (DECA), apenas na Capital Palmas, em 2018, foram 356 atos infracionais praticados por adolescentes, sendo 287 procedimentos em boletins de ocorrência circunstanciados e 69 de apuração. Conforme o anuário, o número de roubo no Estado em 2015 foi de 70 ocorrências para 94 em 2016, um expressivo aumento, sem levar em conta a taxa de reincidência.

A despeito da infeliz constatação acima descrita, de acordo com o Tribunal de Justiça do Tocantins, o Estado é um dos seis estados brasileiros a ter um representante no Comitê Gestor da Justiça Restaurativa, grupo criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O Comitê tem como objetivo desenvolver políticas públicas que visam à recuperação de detentos por meio da construção de

uma cultura de paz. A Portaria n. 43 do CNJ, publicada no dia 25 de junho de 2018, designou o juiz Antônio Dantas para compor o grupo. O magistrado foi escolhido por ter iniciado o projeto de Justiça Restaurativa no Tocantins, na Comarca de Araguaína. Entretanto, até junho de 2018, os ciclos eram aplicados apenas na referida cidade, nos processos encaminhados pela 2ª Vara Criminal e Execuções Penais, Vara da Infância e Juventude e Vara Especializada no Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Até junho de 2018, 10 infratores participaram dos círculos restaurativos de construção da paz, sendo oito adolescentes e dois adultos, estes respondendo por violência doméstica. O primeiro a concluir o processo foi um menor de apenas 15 anos. Veja-se seu depoimento:

Mudou muito a minha vida. Minha família está dando mais apoio e me visita no Centro de Atendimento Socioeducativo (Case). Os encontros me fizeram pensar na vida, como as más amizades prejudicam e o que eu quero daqui pra frente. Vou voltar a estudar e procurar um emprego.(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS, 2018).

A avó agradeceu a oportunidade de poder ver a mudança do neto:

Às vezes só a gente falar não resolve. Eu quero agradecer muito às pessoas que nos ajudaram e à Justiça que tem nos apoiado. Nós conversamos bastante e agora entendemos um pouco mais meu neto e ele também nos entende melhor. Eu acredito que se ele quiser, pode mudar. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS, 2018).

De acordo com o juiz Antônio Dantas de Oliveira Júnior (2018), titular da 2ª Vara Criminal de Araguaína e precursor do projeto no Tocantins, a Justiça Restaurativa não tira a punição do réu, mas dá a ele a oportunidade de mudar de atitude:

A Justiça Restaurativa promove o diálogo. Ela não busca culpados, mas sim a responsabilidade dos envolvidos, para que eles possam ter consciência dos seus atos. Sendo assim, esse mecanismo é também uma maneira de promover a ressocialização do infrator. Uma vez que, ao tomar consciência das consequências de seus atos, a pessoa terá avançado de alguma forma como cidadão e pensará melhor antes de fazer algo do tipo novamente.

Na capital Palmas, De acordo com o Tribunal de Justiça do Tocantins (2018) os círculos estão acontecendo desde 2017 com encontro de infratores e apoiadores indicados. O magistrado Frederico Paiva Bandeira de Souza, titular do Juizado Especial da Infância e Juventude da Comarca de Palmas, percebeu, em conversa com adolescentes em cumprimento as medidas socioeducativas, que eles aspiravam por um incentivo à reflexão e à mudança de vida: “A Justiça Restaurativa tem ajudado de forma muito positiva esses jovens, fazendo com que eles compreendam que independente da origem, classe social, dos conflitos na família, é possível dar um novo direcionamento à vida”, salienta.

Para a juíza Umbelina Lopes Pereira, que foi coordenadora do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) no ano passado, 2018:

Os círculos restaurativos vêm acontecendo nos Cejusc's como programa que auxilia, orienta e estimula a autocomposição e a paz, favorecendo inclusive a coesão social, já que podem participar até mesmo as pessoas da sociedade que não tiveram ligação direta com o ato delituoso (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS, 2018)

Vasconcelos (2018) faz algumas observações importantes que podem influenciar na demora da implantação desse instituto nos Estados Federados, evidenciando que a Justiça Restaurativa não deve ser entendida como redução de investimentos por parte do Poder Judiciário, tampouco não deve ser vista como meio de tornar a justiça mais rápida.

E esse resultado se dá, conforme explicação da facilitadora Zuleica Miranda Freitas ao Tribunal de Justiça do Tocantins (2018), devido à aplicação das três fases do processo, quais sejam a etapa pré-círculo, fase do círculo e pós-círculo. Na primeira, participam apenas o infrator e os facilitadores, ressaltando que o papel dos facilitadores não é julgá-los, mas usar técnicas que tragam conscientização e os ajudem a entender com clareza que, se continuarem trilhando pelo caminho da criminalidade, podem ter prejuízos muito maiores. Na segunda técnica, participam também convidados do infrator, como familiares, amigos e a vítima (quando esta concorda).

Ao final dessa segunda etapa, o infrator e os participantes firmam um compromisso (acordo), que pode ser a reparação do dano causado ou a adoção de uma nova postura, como voltar a estudar e arrumar um trabalho, com auxílio dos demais participantes, para êxito do convencionado. Por fim, na última fase do

processo restaurativo, os facilitadores acompanham e conferem se ocorreu o cumprimento dos compromissos assumidos.

Assim, considerando as ponderações retromencionadas e com base nos dados apontados, é emergente a necessidade da implementação das práticas de justiça restaurativa no campo da justiça infanto-juvenil em todo o Estado e no País, por se mostrar o meio mais adequado para o tratamento de adolescentes em confronto com a lei, uma vez que empodera as partes (vítima, ofensor e comunidade), oportunizando esse jovem, por meio da escuta e do diálogo, a ressocializar e restaurar os laços familiares e sociais, ao passo que também promove a reparação do delito por meio dos ciclos restaurativos. Partindo de uma ótica em que o crime passa a ser visto como uma ação violadora de relacionamentos, da sociedade e de si mesmo, a justiça restaurativa é um mecanismo poderoso que contribui para que esses jovens retornem à vida em sociedade, evitando preconceitos e sua marginalização, assim como influência de forma positiva em seu desenvolvimento e evolução pessoal e emocional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com isso, diante do exposto, a justiça penal retributiva tem se mostrado visivelmente falha em sua eficácia, dado às mazelas do sistema atual que elevam a criminalidade e, principalmente, a reincidência. A propósito, no que tange às medidas socioeducativas direcionadas aos jovens infratores, tais medidas na prática converteram-se em um Direito penal juvenil, de caráter retributivo que, ao invés de desenvolver métodos de inclusão e ressocialização, acabam estigmatizando esses adolescentes perante a sociedade que doravante, após cumprirem sua internação, são hostilizados.

De outro lado, o instituto inovador da justiça restaurativa representa a chance de um recomeço e reinserção desse infrator, que, ao passar pelos ciclos, compreende melhor a gravidade dos seus atos, como a vítima se sentiu ao ser violada e as consequências disso na vida dela, tendo a possibilidade de reparar seu erro. Estimula-se, dessa forma, a melhoria da vivência social e o amadurecimento emocional saudável desse jovem delituoso.

Conclui-se com o presente estudo que, em que pesem os dados apresentados, o estado do Tocantins bem como o Judiciário Tocantinense têm se empenhado na busca pela implantação desse modelo de justiça, tendo em vista os

notórios resultados positivos em outros estados da federação, com destaque de Rio Grande do Sul, pioneiro na aplicação do método restaurativo. Ademais, além de ser uma ferramenta efetiva na redução da reincidência, tem grande força no combate ao crime entre adolescentes, a exemplo da justiça restaurativa nas escolas, que, quando mobilizam toda a comunidade e a estrutura escolar, conseguem resolver pequenas demandas, garantindo assim, a tão sonhada pacificação social.

REFERÊNCIAS

ARAÇATUBA, **Carta de. Princípios de Justiça Restaurativa**. I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa. Araçatuba-SP. 28, 29 e 30 de abril de 2005. Disponível em: <<http://ijj.tjrs.jus.br/doc/justica-restaurativa/CARTA-DE-ARACATUBA.pdf>>. Acesso em 13 de abril de 2019.

BIERNASKI, Fátima Gogola. **A justiça restaurativa como forma de resolução dos litígios**. Universidade Tuiuti do paraná. 2017. Disponível em <<https://tcconline.utp.br/media/tcc/2018/02/A-JUSTICA-RESTAURATIVA.pdf>>. Acesso em: 01 de maio de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, 7 de dezembro de 1940**. Instituiu o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 01 de abril de 2019.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 13 de Abril de 2019.

BRASIL. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível

em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_3105_2016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 13 de abril de 2019.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça restaurativa**: um desafio à práxis jurídica. Campinas, SP. Servanda Editora, 2012.

JASMIN, Marcelo Gantus. **Para uma história da Legislação do Menor**. Rev. De Psicologia, Fortaleza, 4,81 - 103, jul/dez. 1986.

MACÊDO, Sóstenes Jesus dos Santos. **Sistema de Justiça (Penal) Restaurativo**. Algumas Reflexões do Modelo Brasileiro/Sóstenes Jesus dos Santos Macêdo -- Salvador, 2016.

NUCCI, **Guilherme de Souza Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**: com exercícios para sala de aula e lições de casa/ Rizzatto Nunes. – 14. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

PINTO, Renato Socrates G. **Justiça Restaurativa – Um Novo Caminho?** 2008. Revista IOB de direito Penal e Processual Penal. Vol 8, Ed 47. Porto Alegre. 2007/2008.

SCHMIDT, Adriana Fernanda. **Inimputabilidade da Criança e do Adolescente no Brasil**. Monografia (Graduação em Direito) – FACNOPAR – Faculdade do Norte Novo de Apucarana, Apucarana.2007.

TOCANTINS, Estado do. **Secretaria de Estado da Cidadania e Delegacia especializada da criança e do adolescente – DECA**. 22 de maio de 2019.

TOCANTINS, Tribunal de Justiça do. **Justiça Restaurativa: Círculos restaurativos promovem ressocialização na Comarca de Palmas**. Junho/2018. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/5679-justica-restaurativa-circulos-restaurativos-promovem-ressocializacao-na-comarca-de-palmas>>. Acesso em 28 de maio de 2019.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**/Carlos Eduardo de Vasconcelos. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

[1]Sibele Letícia Rodrigues de Oliveira Biazotto. Professora de Direito Penal na Faculdade Serra do Carmo – FASEC.Advogada Criminalista. E-mail: slbiazotto@gmail.com

MECANISMOS INTERNOS DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS PELO BRASIL: POLÍTICA NACIONAL, PLANO NACIONAL E LEI N. 13.344/2016

BRUNO PORANGABA RODRIGUES:

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar os mecanismos de enfrentamento ao tráfico de pessoas pelo Brasil, em especial, a política nacional, o plano nacional e a Lei n. 13.344/2016.

Palavras-chave: Tráfico de pessoas. Mecanismos internos de enfrentamento. Brasil.

INTRODUÇÃO[1]

Neste estudo, visa-se a demonstrar algumas medidas internas adotadas pelo Brasil para enfrentar o tráfico de pessoas, quais sejam: a política nacional, o plano nacional e a Lei n. 13.344/2016.

Através de uma análise histórico-reflexiva, objetiva-se analisar, em síntese, as medidas utilizadas pelo Estado brasileiro para prevenir e reprimir o tráfico de pessoas, porquanto o país se situava na lista dos principais países de origem das vítimas do tráfico de pessoas, desde a ratificação do Protocolo de Palermo, em 2004.

DESENVOLVIMENTO

Sendo o Brasil um dos principais países de origem das vítimas do tráfico de pessoas, desde a ratificação do Protocolo de Palermo pelo Estado brasileiro, em 2004, uma parceria com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (em inglês, UNODC) foi se desenvolvendo, “propiciando intercâmbio de informações, realizações de eventos e seminários sobre o tema, além da pressão para o Brasil, como signatário do referido protocolo, movesse esforços”, o que incentivou a elaboração de uma política pública contra o tráfico de seres humanos[2].

Nesse cenário, criou-se um grupo de trabalho voltado para o estabelecimento de diretrizes a serem seguidas no âmbito brasileiro relacionadas ao tráfico de seres humanos, que contou com a participação do Ministério da

Justiça, além de outros órgãos do Poder Executivo Federal, do Ministério Público Federal e Ministério do Trabalho, sem contar a participação de outras esferas de poder e da sociedade civil[3].

Como resultado prático, sobreveio, em 2006, a edição do Decreto n. 5.948, que, tendo como parâmetro o Protocolo de Palermo, tanto na definição do crime quanto na necessidade de se estabelecer um plano de ação no contexto das diversas modalidades de tráfico de pessoas, estabeleceu a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas[4]. Os princípios norteadores foram enumerados no seu artigo 3º, conforme se observa do texto a seguir[5]:

Art. 3º São princípios norteadores da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas:

I - respeito à dignidade da pessoa humana;

II - não-discriminação por motivo de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, atuação profissional, raça, religião, faixa etária, situação migratória ou outro status;

III - proteção e assistência integral às vítimas diretas e indiretas, independentemente de nacionalidade e de colaboração em processos judiciais;

IV - promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos;

V - respeito a tratados e convenções internacionais de direitos humanos;

VI - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; e

VII - transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas.

Parágrafo único. A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas observará os princípios da proteção integral da criança e do adolescente.

Percebe-se, à vista do exposto, que a primeira medida interna de grande expressão no cenário nacional, após o advento do Protocolo de Palermo, adotou, como se esperava, um conjunto valorativo plural, em observância à nova ordem de Direitos Humanos vigente.

Observa-se, ainda, uma preocupação com a cooperação bilateral ou multilateral para o enfrentamento do problema, notando-se a clara articulação com os documentos das agências das Nações Unidas^[6]^[7].

Seguindo-se a orientação do Protocolo de Palermo em adotar medidas de cunho preventivo, pode-se destacar a realização do Seminário “Desafios para o Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil”, em 2007, que se inseriu no cenário da iniciativa global das Nações Unidas e que contou com relevante apoio do Estado brasileiro ao mobilizar diversos setores sociais para debater os principais temas relativos ao tráfico de pessoas no Brasil^[8].

Sobreleva notar, igualmente, a realização e divulgação de pesquisas referentes ao tráfico de pessoas, a exemplo da Pesquisa sobre o Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Comercial Sexual, que, divulgando número desse crime no Brasil, propiciou a instauração da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre exploração sexual nos anos de 2003 e 2004^[9].

Efetivamente, as medidas de conscientização das potenciais vítimas do tráfico de pessoas permitiram que se alcançasse um maior nível de informação dos grupos vulneráveis, possibilitando, assim, o discernimento sobre a utilização dos meios dos quais os traficantes se valiam^[10].

Sob o viés repressivo, pretendia-se não apenas tipificar os delitos conexos ao tráfico de pessoas de forma independente, mas sim penalizar as condutas praticadas, as quais não eram poucas – exemplificativamente, a escravidão, os trabalhos forçados, a prostituição forçada, o casamento forçado, a tortura, o tratamento cruel, desumano e degradante, o sequestro, o confinamento ilícito^[11].

Ocorre que o tráfico de pessoas, à época tratado pelo Código Penal brasileiro de 1940 no artigo 231, tinha por sujeito passivo apenas a mulher vítima da promoção e facilitação à prostituição e não mencionava a possibilidade de tráfico de pessoas no interior das fronteiras nacionais, nos seguintes termos: “promover ou

facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro”[12].

Diante da deficiência legislativa, havia necessidade de modificação, o que veio a ocorrer com a Lei n. 11.106/2005, o qual alterou o artigo 231 do Código Penal vigente, passando a assim ser redigido: “promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha a exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro”[13].

Igualmente, criou-se um novo tipo penal referente ao tráfico de seres humanos, agora relativo ao tráfico interno, constante do artigo 231-A do Código Penal, assim redigido: “promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas que venham a exercer a prostituição”[14].

Não obstante o avanço, críticas foram tecidas em relação à negligência quanto às diretrizes emanadas do Protocolo de Palermo, dentre as quais: a nova redação do artigo 231 do Código Penal manteve a prostituição como destinação única da prática do tráfico de pessoas e o mesmo diploma normativo ignorou a utilização de artifícios de fraude ou coação em desfavor das vítimas, equiparando-se, assim, ao crime de facilitar a prostituição, embora com nova designação[15].

Há de se consignar, por último, o eixo relacionado com a assistência às vítimas, de grande importância para a reinserção social das vítimas e recuperação de traumas por elas sofridos[16].

Nesse contexto, desenvolvem-se ações que visam a proporcionar assistência jurídica, social e de saúde às vítimas, diretas ou indiretas, do tráfico de pessoas, além da assistência consular, concedida independentemente da situação migratória da vítima em seu país de origem[17].

Em continuidade ao enfrentamento ao tráfico de pessoas, o Brasil estabeleceu, através do Decreto n. 6.347/2008, o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, por meio do qual se traçou a estratégia de atuação governamental para a efetivação das medidas de combate ao tráfico, delineadas tanto pela Política Nacional e pela legislação nacional, quanto por documentos internacionais dos quais o Brasil era signatário[18].

Proveniente das atividades do Grupo de Trabalho Interministerial – composto por treze ministérios, dentre os quais, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho –, que tinha por objetivo a elaboração de um relatório final contendo um plano de ações para prevenir e combater o tráfico de pessoas, o referido Plano Nacional incumbiu-se de operacionalizar este plano de ações[19].

Tendo por objetivo conferir exequibilidade do plano de ações, foram incentivadas iniciativas de âmbito estatal pelo governo federal, visando à ampliação da finalidade de combate ao tráfico de pessoas, através da participação das unidades da federação, ou seja, através de uma execução integrada[20].

Dessa forma, “incentivava-se o desenvolvimento de planos locais de enfrentamento ao tráfico de pessoas nos Estados, municípios e Distrito Federal, assim como a participação da sociedade nos mesmos”, o que levou à assinatura de um acordo de cooperação com os estados, em dezembro de 2007, no contexto do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI), cuja finalidade consistia no agrupamento da segurança pública com políticas sociais[21].

Posteriormente, instituiu-se, através do Decreto n. 7.901, publicado em 4 de fevereiro de 2013, a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, com vistas a coordenar a gestão estratégica e integrada da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e dos Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, além do Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (CONTRAP)[22].

A título de curiosidade, vale ressaltar que a referida Coordenação é integrada, consoante o parágrafo único do artigo 1º do Decreto n. 7.901/2013, pelo Ministério da Justiça, pela Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres da Presidência da República e pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República[23].

Em que pesem os esforços para o enfrentamento do tráfico de pessoas, permanecia uma lacuna em relação ao cumprimento do constante no artigo 5º do Protocolo de Palermo, por meio do qual o Brasil se obrigou a criar uma infração penal que tivesse por escopo impedir a prática dos comportamentos previstos no já mencionado artigo 3º[24].

Por conta disso, aproximadamente 12 anos após a edição do Protocolo de Palermo, foi editada a Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016[25], a qual dispôs sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas, tendo criado o crime de tráfico de pessoas, nos moldes da legislação internacional, tipificado no art. 149-A do Código Penal, além de ter revogado as infrações penais previstas nos artigos 231 (tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual) e 231-A (tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual), do mesmo diploma normativo[26].

A partir dessa novidade legislativa, enfim, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever um tipo penal com abrangência maior, prevendo a prática de condutas criminosas não restritas à exploração sexual[27], conforme se percebe da íntegra da transcrição do multirreferido dispositivo legal, *in verbis*[28]:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alugar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência

econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Nota-se, em linha de desfecho, que ao se distanciar da concepção restrita de tráfico de pessoas, a legislação criminal brasileira avançou – ainda que tardiamente – na repressão do referido delito, reconhecendo a sua multiface, à similitude dos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

CONCLUSÃO

Considerando que o Brasil se situava no rol dos principais países de origem das vítimas do tráfico de pessoas, desde a ratificação do Protocolo de Palermo, em 2004, emergiram diversos mecanismos internos de enfrentamento ao tráfico de pessoas pelo Brasil, implementando política e plano nacionais de enfrentamento e, recentemente, a edição da Lei n. 13.344/2016, que acrescentou o artigo 149-A ao Código Penal, estabelecendo um tipo penal específico para a conduta do tráfico de pessoas.

REFERÊNCIAS

ARY, Thalita Carneiro. **O tráfico de pessoas em três dimensões: Evolução, globalização e a rota Brasil-Europa**. Dissertação (Dissertação em Relações Internacionais) – UnB, 2009.

BRASIL. **Decreto n. 5.948 de 26 de outubro de 2006**. Dispõe sobre a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5948.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

_____. **Lei n. 13.344 de 6 de outubro de 2016**. Dispõe sobre o tráfico interno e internacional de pessoas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm. Acesso em: 15 de maio de 2019.

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

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 14ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

NOTAS:

[1] O presente trabalho constitui um recorte, com modificações pontuais, da monografia do autor, cuja íntegra pode ser acessada pelo repositório institucional da Universidade Federal da Bahia, através do seguinte link: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28246>.

[2] ARY, Thalita Carneiro. **O tráfico de pessoas em três dimensões: Evolução, globalização e a rota Brasil-Europa**. Dissertação (Dissertação em Relações Internacionais) – UnB, 2009, p. 100.

[3] Idem. Ibidem, p. 100.

[4] Idem. Ibidem, p. 101.

[5] BRASIL. **Decreto n. 5.948 de 26 de outubro de 2006**. Dispõe sobre a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5948.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[6] Idem. Ibidem, p. 102.

[7] Nesse ponto, cabe ressaltar uma das diretrizes gerais no artigo 4º, *in verbis*: Art. 4º São diretrizes gerais da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas: [...] II - fomento à cooperação internacional bilateral ou multilateral. Op. cit.

[8] Idem. Ibidem, p. 103.

[9] Idem. Ibidem, p. 103.

[10] Idem. Ibidem, p. 104.

[11] Idem. Ibidem, p. 104.

[12] Idem. Ibidem, p. 105.

[13] Idem. Ibidem, p. 106.

[14] Idem. Ibidem, p. 106.

[15] Idem. Ibidem, pp. 106-107.

[16] Idem. Ibidem, p. 111.

[17] Idem. Ibidem, p. 112.

[18] Idem. Ibidem, pp. 112-113.

[19] Idem. Ibidem, p. 113.

[20] Idem. Ibidem, p. 114.

[21] Idem. Ibidem, pp. 114-115.

[22] GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 11^a ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 722.

[23] Idem. Ibidem, p. 722.

[24] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 14^a ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 766.

[25] BRASIL. **Lei n. 13.344 de 6 de outubro de 2016**. Dispõe sobre o tráfico interno e internacional de pessoas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

[26] Idem. Ibidem, p. 766.

[27] Idem. Ibidem, p. 766.

[28] Op. cit.

A IMPUTABILIDADE DAS CONDUTAS CRIMINOSAS DE PRÁTICA DE RACISMO E INJÚRIA RACIAL VIA REDES SOCIAIS

PEDRO INÁCIO CAJUEIRO: Acadêmico do curso de Direito, Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

JOSÉ EUSTÁQUIO DE MELO JÚNIOR ^[1]

(Orientador)

RESUMO: Esta pesquisa constituiu-se no Trabalho de Conclusão de Curso, de graduação em Direito, da Faculdade Serra do Carmo, e teve por objetivo verificar quais as punições presentes no ordenamento jurídico brasileiro para a prática de racismo e injúria racial via redes sociais. O referencial teórico aportou em autores que dialogam sobre a imputabilidade das condutas criminosas de prática de racismo e injúria racial via redes sociais especialmente: Fernandes e Zitzke (2012); Nogueira, Santos, Silva e Lopes (2015); Shirky, (2012); Macedo e Foltran (2007); Duarte (2006); Hartmann (2007); Costa (1996), Martins (2014); Castells (2003); Inellas (2004); Molina (2013); Pinheiro (2006); Lakatos; Marconi (2010); Silva et. al. (2018). Foram realizadas pesquisas em legislações como a Constituição Federal – Brasil (1988); Decretos e Leis. A metodologia abarcou na pesquisa bibliográfica e descritiva e à abordagem das informações foram coletadas a partir da pesquisa de revisão de literatura e análise das consequências jurídicas para cada caso citado. As análises indicam que atualmente as tecnologias estão presentes no cotidiano das pessoas, propiciando uma nova forma de viver em sociedade, por meio do espaço-tempo, das informações em tempo real e até modificou a forma de acesso aos demais meios de comunicação. Os resultados indicam que a pesquisa se torna relevante por discutir um tema que tem causado preocupações em grande parte da população brasileira. Por outro lado, a pesquisa mostra resultados, que podem ser analisados e discutidos pelo judiciário, objetivando se o proposto pela lei está se efetivando na prática. desse modo entende-se que o tema a imputabilidade das condutas criminosas de prática de racismo e injúria racial via redes sociais não se esgota apenas nessa discussão, e que o assunto deverá ser discutido em espaços como fóruns e congressos abertos aos interessados.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo. Injúria racial. Redes sociais.

ABSTRACT: This research consisted in the Work of Completion of Course, of graduation in Law, Faculty Serra do Carmo, and had as objective to verify what punishments present in the Brazilian legal system for the practice of racism and racial slurs via social networks. The theoretical reference has contributed to authors who talk about the imputability of criminal conduct of racism and racial abuse through social networks especially: Fernandes and Zitzke (2012); Nogueira, Santos, Silva and Lopes (2015); Shirky, (2012); Macedo and Foltran (2007); Duarte (2006); Hartmann (2007); Costa (1996), Martins (2014); Castells (2003); Inellas (2004); Molina (2013); Pinheiro (2006); Lakatos; Marconi (2010); Silva et. al. (2018). Searches were carried out in legislation such as the Federal Constitution - Brazil (1988); Decrees and Laws. The methodology covered in the bibliographical and descriptive research and the information approach were collected from the qualitative research and analysis of the legal consequences for each case cited. The analysis indicates that today, technologies are present in people's daily life, providing a new way of living in society, through space-time, information in real time and even modified the way of access to other media. The results indicate that the research becomes relevant for discussing a topic that has caused concerns in a large part of the Brazilian population. On the other hand, the research shows results that can be analyzed and discussed by the judiciary, aiming if the proposed by the law is taking place in practice. In this way, it is understood that the issue of imputability of criminal conduct of racism and racial stigma through social networks is not limited to this discussion, and that the subject should be discussed in forums such as forums and congresses open to interested parties.

KEYWORDS: Criminal conduct. Practice of racism. Racial Injury. Social networks.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 BREVE CONTEXTO SOBRE OS AVANÇOS DAS TECNOLOGIAS. 2.1 INTERNET: A REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. 2.2 MARCO CIVIL DA INTERNET. 2.3 INTERNET E OS CRIMES VIRTUAIS. 2.4 PRÁTICAS DE RACISMO E INJURIA RACIAL POR MEIOS ELETRÔNICOS. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Tem-se conhecimento de que os assuntos gerados nas redes sociais ganham uma dimensão cada vez maior e causam impactos profundos no mundo físico, seja como uma forma de repercussão e de alimentação para outros meios de comunicação, ou como engajamento.

Sabe-se ainda que o preconceito racial é uma ofensa e envolve aspectos subjetivos, mas isso não quer dizer que a culpa para o racismo e o preconceito existente deve ser creditada à mídia. O ser humano é um ser social e também forma suas opiniões por meio de outras pessoas.

Sabe-se que a internet ainda é tida por muitos como um território livre, sem lei e sem punição, mas a realidade não é bem assim: diariamente, o Poder Judiciário vem coibindo a sensação de impunidade que reina no ambiente virtual e combatendo a criminalidade cibernética com a aplicação do Código Penal, do Código Civil e de legislações específicas como a Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, e o artigo 1º trata as interceptações de comunicação em sistemas de telefonia, informática e telemática; a Lei nº. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador; a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil; a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

Dessa forma, o tema da pesquisa permeia discussões sobre a impunidade de certas condutas criminosas como a prática de racismo e injúria racial via redes sociais. Para tanto, a pesquisa tem como problema o seguinte questionamento: Certas punições presentes no ordenamento jurídico brasileiro para a prática das condutas criminosas como a prática do racismo e injúria via redes sociais racismo tem penas bastante branda, qual medida de endurecimento das leis referente a esse tipo de crime deveria ser tomada?

Este terá como objetivo geral verificar quais as punições presentes no ordenamento jurídico brasileiro para a prática de racismo e injúria racial via redes sociais. Em busca dessa resposta traçaram-se três objetivos específicos apresentar

a diferença legislativa e conceitual entre os crimes de racismo e injúria racial; discorrer sobre algumas práticas de racismo e injúria racial via redes sociais no Brasil; descrever quais as punições presentes no ordenamento jurídico brasileiro para a prática de racismo via redes sociais.

Para alcançar os objetivos aqui propostos, a metodologia empreendida voltou-se para análise dos dispositivos constitucionais e legais que se dará mediante coleta de dados e publicações e sobre o tema da pesquisa. Foi realizada pesquisa bibliográfica e descritiva e à abordagem das informações buscou-se a partir da pesquisa qualitativa. A pesquisa ocorreu a partir do estudo bibliográfico e análise documental, cujos dados foram coletados no período de junho a outubro de 2018.

Trata-se de uma pesquisa exploratória, descritiva do tipo pesquisa bibliográfica, com abordagem metodológica qualitativa, apropriando-se do estudo bibliográfico (de livros e artigos que tratam das condutas criminosas de prática de racismo e injúria racial via redes sociais).

Por ser relevante entender que a internet propiciou uma forma de interação social jamais vista antes, e que reflete uma mudança cultural na qual a ideia de individualidade é ameaçada pela rede e que a transformação em nossa cultura por meio da informação eletrônica está distanciando cada vez mais do que somos enquanto o indivíduo isolado justifica-se o estudo acerca do assunto.

O artigo encontra-se estruturado em subtópicos o primeiro deles descreve um breve contexto histórico sobre os avanços das tecnologias, apresentando discussões acerca do processo de evolução técnica e tecnológica e sua repercussão, destaca que a evolução do ser humano é marcada por inovações tecnológicas. Discute ainda que atualmente as tecnologias estejam presentes no dia a dia da sociedade contemporânea, e a informática disponibiliza recursos que são excelentes ferramentas que não só despertam o interesse e a concentração, mas também aperfeiçoam o desenvolvimento da criatividade e habilidade das pessoas.

Quanto ao segundo sub tópico tem como título: Internet a rede mundial de computadores e o direito, e traz uma discussão a partir da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que trata do processo judicial eletrônico, e define a Internet como uma "forma de comunicação a distância com a utilização de redes de

comunicação; discute ainda sobre os elementos que tornaram a Internet um fenômeno social; aponta que é preciso refletir que o direito é relevante para os indivíduos, na medida em que diversos aspectos da vida social vêm a ele ligar-se, requisitando o livre acesso de todos à rede mundial de computadores”.

Quanto ao terceiro subtópico discorre acerca do Marco Civil da Internet, apresenta o projeto de lei específico, surgido em 2007, que foi implementada pelo Governo Federal em função da resistência social ao Projeto de Lei nº 84/99 de crimes cibernéticos; destacando que o Marco Civil da Internet estabelecido pela Lei 12.965, de 23 de Abril de 2014 foi criado para regulamentar o uso da internet no Brasil.

O quarto sub tópico discorre sobre: internet e criminalidade eletrônica, discorre sobre racismo e preconceito racial, relata que no Brasil diversos tem sido os casos de racismo cometidos via redes sociais apresenta e apresentam leis que discutem sobre o assunto.

O quinto último sub tópico tem como título: Crimes eletrônicos de racismo e injúria racial, apresenta situações voltadas para temática, trazendo o resultado da sentença de cada caso. Além dos sub tópicos acima descrito o artigo conta em sua estrutura com o resumo; essa introdução; as considerações finais e as referências.

2 BREVE CONTEXTO SOBRE OS AVANÇOS DAS TECNOLOGIAS

Para Fernandes e Zitzke (2012), o processo de evolução técnica e tecnológica teve sua repercussão, e trouxe drásticas consequências no início da globalização. Contudo, proporcionou inúmeros benefícios em diversos setores do nosso contexto de existência. O avanço técnico-tecnológico atendeu também a população, com os novos produtos e meios de comunicação proporcionou novas formas de interação, comunicação e conhecimento, ou seja, novas formas de pensar, viver e agir.

O assunto tecnologia já vem sendo objeto de discussões e pesquisa há tempos a exemplo, em 1993 Blanco, em sua obra Diretrizes para o desenvolvimento da área de Tecnologia Educativa já trazia para o campo das discussões a origem do termo tecnologia, afirmando que o mesmo vem do grego technê arte, ofício ou logo de estudo, referia-se à fixação dos termos técnicos, designando os utensílios, as máquinas, suas partes e as operações dos ofícios.

Sendo assim, é preciso considerar-se perante uma tecnologia descritiva e enumerativa que apesar do auxílio que prestou na conquista da natureza, propiciando processos de racionalização da economia e avanços da ciência em geral, foi desconsiderada em importância e prestígio social durante muitos milênios em favor do saber intelectual.

Nisso a evolução do ser humano é marcada por inovações tecnológicas, como a roda, o papel, a escrita, a máquina, o automóvel, o rádio, a televisão e a informática, as quais exigem uma nova organização do trabalho e significativas mudanças culturais mas, na essência, não são as tecnologias que mudam a sociedade, mas a sua utilização dentro do modo de produção capitalista, que busca o lucro, a expansão, a internacionalização de tudo o que tem valor econômico.

Para Nogueira, Santos, Silva e Lopes (2015), atualmente, as tecnologias estão presentes no dia a dia da sociedade contemporânea, e a informática disponibiliza recursos que são excelentes ferramentas que não só despertam o interesse e a concentração, mas também aperfeiçoam o desenvolvimento da criatividade e habilidade do sujeito.

Nesse sentido, Corrobora Shirky, (2012 p. 93):

Nossas ferramentas sociais não são um melhoramento da sociedade moderna; são um desafio a ela. Uma cultura com gráficas é de um tipo diferente de uma que não as possui. Novas tecnologias possibilitam novas coisas: em outras palavras, quando as novas tecnologias aparecem, coisas antes impossíveis começam a acontecer. Se um número suficiente dessas coisas impossíveis têm importância e ocorre em quantidade, rapidamente, a mudança transforma-se em revolução.

Para Macedo e Foltran (2007), a sociedade contemporânea encontra-se fortemente influenciada pela presença da tecnologia. Praticamente todos os campos da ação humana estão envolvidos com mediadores informáticos ou telemáticos, que interferem nas relações humanas, levam as pessoas a imergir no mundo virtual e transformam sua visão de homem e de mundo.

Ainda do ponto de vista da autora é possível criar usos múltiplos e diferenciados para as tecnologias. A Internet possibilita a comunicação, envio e recebimento de mensagens, além da busca de informações, fazer propaganda, ganhar dinheiro, e até divertir-se pelo mundo virtual, infelizmente a internet é uma ferramenta bastante utilizada também para vários delitos e crimes virtuais na qual todos devem estar sempre em alerta.

Apesar disso, é preciso considerar que o avanço tecnológico trouxe, nos últimos tempos, uma série de vantagens para a vida do homem, e convém ressaltar que dessa maneira, é válido sentir-se representado por máquinas e realizar muitas atividades através delas: comprar produtos sem sair de casa, conversar com parentes e amigos distantes, ter acesso a informações e a literaturas de todas as partes do mundo.

Quanto à internet, esta pode ser utilizada de forma a se obter o maior proveito desses instrumentos tecnológicos. O fato é que o sujeito ainda não é suficientemente preparado para extrair as características necessárias desses instrumentos de forma a ir de encontro às necessidades específicas de cada sujeito usuário.

(Nogueira, Santos, Silva e Lopes 2015) reforçam que a internet disponibilizarecursos que são excelentes ferramentas que não só despertam o interesse e a concentração, mas também aperfeiçoa desenvolvimento da criatividade e habilidade do sujeito.

2.1 INTERNET: A REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

De acordo com Duarte (2006), antes da internet atingir uma escala global, os computadores passaram a ser produzidos não só para as empresas, como para uso pessoal. Um dos grandes responsáveis por essa mudança foi Bill Gates, que fundou a Microsoft em 1975, em parceria com Paul Allen, logo após se formar em Harvard. Em 1980, a IBM contratou a Microsoft para criar um sistema que operasse os computadores da empresa. Aí que surge o MS-DOS. Em 1983, a empresa lançou o Microsoft Word e passou a desenvolver programas compatíveis também com os computadores da Apple Computer.

Conforme Hartmann (2007), a rede mundial de computadores que se conhece hoje resulta de um projeto do governo americano iniciado durante a

Guerra Fria que pretendia criar uma rede de comunicação composta de diversas sub-redes^[2], de maneira descentralizada, permitindo a compatibilidade entre o grupo através da adoção de um mesmo protocolo de transmissão de dados.

Na lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006, trata do processo judicial eletrônico e define a Internet como uma “forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação” (artigo 1º, §2º, inc. II). Dessa maneira, por Internet, Rede ou rede mundial de computadores, convém observar a vasta coleção de redes interconectadas que usam o TCP/IP como protocolo e que evoluíram da ARPANET no final dos anos sessenta e no início dos anos setenta.

Para Hartmann (2007), os elementos que tornaram a Internet um fenômeno social são, principalmente: a relativa facilidade de adquirir acesso, a mundialidade da estrutura, a sua descentralização, a velocidade de transmissão da informação e a dupla via em que essa informação é transmitida.

O autor supracitado, afiança que ao contrário do que alguns podem afirmar o mundo virtual não é antagônico ao real, não é um mundo inexistente, imaginário. É um novo tipo de realidade, um outro eixo de existência. Esse novo plano de relações sociais provocou modificações no plano real ou tradicional de existência.

Segundo, Hartmann (2007, p. 15):

O judiciário, que sempre foi condenado por sua morosidade, já havia sido instigado pela recente emenda constitucional que instituiu o direito ao prazo razoável. De fato, apesar de possíveis longas divagações acerca da eficácia deste direito, não é muito arriscado afirmar que esta consiste na elaboração e aplicação de regras e métodos que aperfeiçoem a prestação jurisdicional, acelerando, de maneira proporcional, a tarefa de dizer o direito.

O Direito de acesso à Justiça e Processo Eletrônico encontra-se garantido na Lei 11.419, conforme descrito no Art. 8º.

Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando,

preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.

Em conclusão que a esta altura parecerá óbvia, cabe dizer que este aperfeiçoamento passa, inevitavelmente, pela implementação de um sistema processual parcialmente ou completamente virtual.

Parafraseando Hartmann (2007), é preciso refletir que o direito é relevante para os indivíduos, na medida em que diversos aspectos da vida social vêm a ele ligar-se, requisitando o livre acesso de todos à rede mundial de computadores. O conteúdo do direito é a manutenção, pelo Estado, de terminais de acesso em condições de operação.

2.2 MARCO CIVIL DA INTERNET

Ao que se refere ao assunto, a ideia de um projeto de lei específico, surgida em 2007, foi implementada pelo Governo Federal em função da resistência social ao Projeto de Lei nº 84/99 de crimes cibernéticos, que foi muito criticado por não estabelecer direitos e limitar-se a criminalizar condutas.

De acordo com Silva et. al. (2018), no dia 08 de julho de 2013, após a publicação de notícias de que as comunicações no Brasil, dentre outros países, eram alvo de espionagem eletrônica por agências do governo norte-americano, o Poder Executivo percebendo a gravidade do problema, empenhou-se na urgente aprovação do Marco Civil da Internet, com vistas a fixar, proteger e assegurar as garantias legais de direitos digitais fundamentais dos cidadãos e a soberania brasileira.

Nesse sentido, Firmino (2018, p.12) contribui afirmando que o “Marco Civil da Internet estabelecido pela Lei 12.965, de 23 de Abril de 2014, foi criado para regulamentar o uso da internet no Brasil”. Acrescenta ainda que essa lei trouxe garantias, além de direitos e deveres que deveriam ser cumpridos, a fim de manter uma relação altruísta entre usuários e a expansão da Liberdade à informação.

A referida lei em seu artigo 3º estabelece os princípios que disciplinam o uso da internet no Brasil, entre os quais, elencam-se os incisos I e VI:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; [...] .

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei [...]

Para Matos et. al. (2017), lei do Marco Civil foi criada para suprir as lacunas no sistema jurídico em relação aos crimes virtuais, num primeiro momento tratando dos fundamentos, conceitos para sua interpretação e objetivos que o norteiam, além de enumerar os direitos dos usuários, tratar de assunto polêmicos como por exemplo a solicitação de histórico de registros, a atuação do poder público perante os crimes virtuais e por último garante o exercício do direito do cidadão de usufruir da internet de modo individual e coletivo estando devidamente protegido

As autoras acrescentam ainda que os princípios que norteiam essa lei são liberdade, neutralidade e privacidade, e além disso estabelece garantias direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Entre os direitos e garantias do usuário pode-se destacar a inviolabilidade da intimidade e da vida privada; inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet; não suspensão da conexão à internet e a manutenção da qualidade contratada.

Segundo as mesmas autoras, as solicitações de informações privadas só poderão ser disponibilizadas mediante ordem judicial, sendo assim, o provedor de internet não poderá fornecer a autoridade policial as informações de IP, login e senha do criminoso sem autorização judicial, tornando o trabalho investigativo dificultoso e lento.

2.3 INTERNET E OS CRIMES VIRTUAIS

A internet possibilitou a comunicação com várias pessoas simultaneamente, em qualquer lugar do planeta, a qualquer momento, resultando em um novo mundo, denominado por Castells (2003) como a Galáxia da Internet.

Essa expressão usada por Castells (2003) visa demonstrar a amplitude que a internet como um sistema de informação tem conquistado, não apenas pelo número de usuários que cresce constantemente, mas pelas transformações culturais, econômicas, políticas e sociais que resultam desta tecnologia.

Em resumo, o paradigma da tecnologia da informação não evoluiu para seu fechamento como um sistema, mas rumo à abertura, como uma rede de acessos múltiplos. É forte e impositivo em sua materialidade, mas adaptável e aberto em seu desenvolvimento histórico. Abrangência, complexidade e disposição em forma de rede são seus principais atributos (CASTELLS, 1999, p. 113).

De acordo com Molina (2013), a internet propiciou uma nova forma de viver em sociedade, por meio da compressão do espaço-tempo, das informações em tempo real e até modificou a forma de acesso aos demais meios de comunicação.

Já para Johnson (2001), a internet propiciou uma forma de interação social jamais vista antes, que reflete uma mudança cultural abrupta, na qual a ideia de individualidade é ameaçada pela rede, ou seja, todos nós estaremos interconectados. De acordo com o autor, a transformação em nossa cultura por meio da informação eletrônica está nos distanciando cada vez mais do que éramos enquanto indivíduos isolados.

Todavia, essa mesma internet que proporciona agilidade e transforma em cultura do sujeito por meio da informação, viabiliza a criminalidade por meio das redes sociais.

Pode-se destacar que a cada dia que passa, pessoas racistas encontram maneiras diferentes de cometer crimes na internet. Muitas delas acreditam que nunca serão identificadas.

A Maurítânia foi o último país a abolir a escravidão. Esse fato histórico, aparentemente longínquo, deixou, na verdade, profundas marcas na sociedade brasileira segundo Costa (1996), pouco depois da Lei Áurea, e já na vigência do regime republicano, mais exatamente em 14 de dezembro de 1890, Ruy Barbosa, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda e Presidente do Tribunal do Tesouro Nacional, queimou documentos oficiais que eram prova da escravidão, sob a justificativa de apagar da história do Brasil um período vergonhoso.

Para Martins (2014, p. 7), o racismo

O conjunto de teorias e crenças que estabelecem uma hierarquia entre as raças e etnias. É uma doutrina ou sistema político fundado sobre o direito de uma raça (considerada pura ou superior) de dominar as outras. Por fim, é um preconceito extremado contra indivíduos pertencentes a uma raça ou etnia diferente, considerada inferior.

De acordo com o Dicionário de Política de Bobbio, Matteucci e Pasquino (2004, p. 1059), racismo pode ser definido como:

O termo Racismo se entende, não a descrição da diversidade das raças ou dos grupos étnicos humanos, realizada pela antropologia física ou pela biologia, mas a referência do comportamento do indivíduo à raça a que pertence e principalmente, o uso político de alguns resultados aparentemente científicos, para levar a crença da superioridade de uma raça sobre as demais. Este uso visa a justificar e consentir atitudes de discriminação e perseguição contra as raças que se consideram inferiores.

Fazendo um link dessa situação apresentada por Costa (1996), com a prática o racismo no Brasil via redes sociais, Duarte (2006) afirma que a internet é útil para encontrar conteúdo relacionado a uma amplitude de temas. Também é possível verificar que se trata de assuntos disponíveis, dado que ela é pública. (FIRMINO, 2018) Portanto, existem sites que apresentam conteúdos racistas e outros que pretendem combater o racismo. As iniciativas variam desde apenas a publicação de uma opinião ou informação, até grupos engajados em se manifestarem contra o preconceito racial.

No Brasil, diversos são os casos de racismo cometidos via redes sociais. É necessário analisar as consequências (positivas e negativas) que a rede mundial não só de computadores, mas de diversos outros aparelhos tecnológicos podem trazer de resultados para vida do brasileiros, pois, a internet pode acrescentar conceitos ao usuário que influenciem em sua opinião a respeito do preconceito racial no país.

Para Molina (2013), um dos problemas relacionados aos crimes cometidos pela internet é a prisão em flagrante, geralmente este tipo de delito requer investigação aprofundada das autoridades competentes e a possível identificação do autor para os procedimentos legais. Outra particularidade da rede de computadores é o fato de que ela liga vários países, pelo menos existem autoridades competentes que podem julgar os cada caso baseado nas leis vigentes.

A autora ressalta ainda:

A lei Penal prevê que se um crime for cometido no Brasil, cabe ao país julgá-lo. Mas ele também se aplica no caso de um crime ser cometido no exterior contra um brasileiro. Também é aceitável que um crime cometido fora do país seja julgado aqui, se a pena estiver prevista em alguma Convenção Internacional, da qual o Brasil seja signatário. Nesses casos, aplica-se a Teoria da Ubiquidade, prevista no artigo 6º do Código Penal: "considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado". (MOLINA, 2003, p. 26).

Outro problema apontado por Molina (2003) é a questão da autoria do crime, já que na rede, uma pessoa que comete um crime não usa a identidade real, seja por meio de dados falsos, ou por roubo da identidade de outro usuário. Quando se trata de um crime cometido por mais de uma pessoa, ocorre a coautoria, prevista no Código Penal. Esse concurso de autores pode ser direto (quando todos participam), ou parcial (quando existe uma divisão de tarefas).

Pinheiro (2006) destaca diversos tipos de crimes cometidos via internet, tais como, crimes contra a honra: são os crimes de calúnia (artigo 138), difamação (artigo 139) e injúria (artigo 140), os criminosos são incentivados pelo anonimato e os crimes podem ocorrer em chats, blogs, pelo envio de spams, através de

publicações e entre outros meios de postagem eletrônica. Esses crimes devem contar com aumento de pena no inciso III, do artigo 141, do Código Penal, pela facilidade de divulgação proporcionada pela Internet.

Crimes contra a liberdade individual: são os crimes de ameaça (artigo 147), divulgação de segredos (artigos 153 e 154), divulgação de segredos contidos ou não em sistemas de informação ou bancos de dados da Administração Pública (artigo 153, § 1º-A).

Crimes contra o patrimônio: Compreende os crimes de furto (artigo 155), extorsão (artigo 158), dano (artigo 163) e estelionato (artigo 171).

Crimes contra a dignidade sexual: são os crimes de favorecimento à prostituição (artigo 228), de escrito ou objeto obsceno (artigo 234) e a ECA Estatuto da Criança e Adolescente (artigo 241, da Lei 8.069/90); Artigo 217-A do Código Penal, que versa sobre a conjunção carnal ou praticar Outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009); artigo 218-B do Código Penal, versando que submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

No entanto, infelizmente é muito comum encontrar páginas (sites) de pornografia e de prostituição, aliás, é muito difícil fazer uma pesquisa em um site de busca, sobre qualquer tema, em que não apareça pelo menos um resultado indicando um link sobre pornografia.

2.4 PRÁTICAS DE RACISMO E INJURIA RACIAL POR MEIOS ELETRÔNICOS

Para Lima (2017), o racismo preconiza hierarquização baseada na ideia de raça relações de poder estabelecidas entre grupos que se consideram raciais, implicando na limitação de oportunidades de vida do grupo subordinado.

Além disso, o crime de racismo está previsto na Lei nº 7.716 de 05 de janeiro 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, implicando essa conduta discriminatória direcionada à determinado grupo. Pena: reclusão de

dois a cinco anos, lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997 que altera os artigos 1º e 20º da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo 3* ao artigo 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Pena: reclusão de um a três anos e multa.

A Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.

Art. 1* Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Existem diversos os crimes cometidos via redes sociais dentre eles citamos: Calúnia: Inventar histórias falsas sobre alguém; Insultos: Falar mal ou mesmo insultar uma pessoa. Difamação: Associar uma pessoa a um acontecimento que possa denegrir a sua imagem; Divulgação de material confidencial: Revelar segredos de terceiros, bem como materiais íntimos, como fotos e documentos; Ato obsceno que esta tipificado no artigo 218 C do ECA : Disponibilizar algum ato que ofenda os terceiros e Apologia ao crime: Criar comunidades que a incitação ao crime ou mesmo que divulguem atos ilícitos já realizados; o tipo penal e injúria ou racismo Fazer comentários nas redes sociais, fóruns, chats, e-mails, e outros, de forma negativa sobre religião, etnias, raças, etc; ECA : Troca de informações e imagens de crianças ou adolescentes.

Então o Judiciário tem o poder de fazer valer os comandos constitucionais vigentes, em particular os que se referem aos direitos e garantias humanas fundamentais. Uma das preocupações do legislador-constituente baseou-se no combate ao racismo, em busca de uma sociedade igualitária, pluralista e, realmente, democrática.

Desse modo, estabelece-se no art. 5º, XLII, da CF, que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". Com base nesse preceito, emergem, basicamente, duas questões: a) o significado de racismo; b) a fonte legislativa de previsão dos tipos incriminadores. Determinando-se o conteúdo do termo e podendo-se visualizar a legislação de

apoio ao texto constitucional, resta concluir serem todos os delitos de racismo inafiançáveis e imprescritíveis, necessariamente sujeitos à pena de reclusão.

Já a Injúria Racial é a ofensa feita a uma determinada pessoa, com referência à sua raça, etnia, cor, religião, deficiência, pessoa idosa e origem, e encontra-se definida pelo artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal, que estabelece a pena de 01 a 03 anos de prisão e multa.

De acordo com Duarte (2006), os crimes de Injúria Racial na internet, além de estarem previsto na Lei nº. 7.716 de 05 de janeiro 1989 também se enquadram no Código Penal de 1940. Ainda do ponto de vista da autora supracitada, um dos artigos que incluem essa infração específica é o inciso IV do artigo 3º da Constituição, que versa "Constitui objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos sem preconceitos e origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Além dele, também existe o inciso VIII do artigo 4º: "A República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos seguintes princípios: repúdio o terrorismo e ao racismo".

Sobre crimes eletrônicos de injúria racial na internet, é possível citar como exemplo o caso da jornalista Maria Júlia Coutinho da TV Globo, que foi alvo de comentários injuriosos na página do Jornal Nacional no Facebook, em post publicado em julho de 2015 alguns internautas escreveram comentários injuriosos como: não bebo café para não ter intimidade com preto, ela já nasceu de luto, só consegui-o emprego no JN por causa das cotas preta imunda. No post que tem uma foto de Maju, a polícia de São Paulo informou que identificou um adolescente de 15 anos suspeito de ter publicado agressões na internet contra a jornalista. Segundo reportagem do Jornal Nacional, o autor dos ataques criminosos mora em Carapicuíba, na Grande São Paulo. Ele foi ouvido pela polícia e liberado. O adolescente respondeu por ato infracional e sofreu alguma medida sócio educativa conforme o crime descrito no art. 140 do CPC.

Como exemplo de Injúria Racial pode-se citar o caso ocorrido em setembro de 2009, no qual o blogueiro e apresentador Paulo Henrique Amorim, publicou as afirmações injuriosas em seu blog, contra Heraldo Pereira da TV Globo, chamando-o de "negro de alma branca".

Crime este que foi julgado no dia 5 de junho de 2017, que teve como consequência jurídica a decisão proferida pelo ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, que determinou o trânsito em julgado de decisão da 1ª Turma que condenou Amorim a um ano e oito meses de prisão por injúria racial, essa pena estipulada foi convertida em restrição a direitos.

Quanto ao processual penal, agravo regimental no agravo em recurso especial, tempestividade comprovada; Agravo conhecido; Injúria racial; Crime imprescritível; Ofensa a dispositivo constitucional; Impossibilidade; Usurpação de competência; Matéria analisada em caso análogo pelo STF; agravo regimental parcialmente provido e indeferido o pedido de extinção da punibilidade, fica assim descrito:

1. Comprovada a republicação da decisão de inadmissão do recurso especial, é reconsiderada a decisão que julgou intempestivo o agravo.

2. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, com o advento da Lei n.9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão (AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Ministro Ericson Marinho (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 31/08/2015).

3. A ofensa a dispositivo constitucional não pode ser examinada em recurso especial, uma vez que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o exame de matéria constitucional, o qual já se manifestou, em caso análogo, refutando a violação do princípio da proporcionalidade da pena cominada ao delito de injúria racial.

4. Agravo regimental parcialmente provido para conhecer do agravo em recurso especial mas negar-lhe provimento e indeferir o pedido de extinção da punibilidade.(AgRg no AREsp 734.236/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018).

Ainda de acordo com o Superior Tribunal Justiça, o fundamento da decisão foi baseado nas leis, nas ocorrências de fatos ocorridos e na fragilidade que era o crime de injuria racial e as penas que eram brandas trazendo mais rigor na pratica

dessa modalidade de crime e equiparando ao crime de racismo fazendo que ele se torne um crime imprescritível tal como o crime de racismo.

Para Matos et. al.(2017), a utilização cada vez maior da tecnologia e dos avanços da “revolução digital” é fundamental para a evolução da sociedade. A Internet trouxe inúmeros benefícios a todos, entretanto ao mesmo tempo, a mesma propiciou o surgimento de novas práticas ilícitas, bem como possibilitou o avanço da execução de crimes já existentes, devido às facilidades do meio informático.

As autoras supracitadas reforçam que várias mudanças foram ocorrendo na sociedade no aspecto tecnológico e a mesma medida, o número de vítimas de crimes virtuais só aumenta no mundo todo. Percebe-se assim que há uma grande dificuldade para o ordenamento jurídico resolver tais conflitos devido a vasta proporção que a internet tomou pelo mundo ocasionando muitas mudanças, as quais acabaram não sendo acompanhadas devidamente pela legislação brasileira, ocasionando com que o jurista dentro do possível enquadre as novas condutas lesivas nos tipos penais já existentes, já que as legislações existentes e o controle das autoridades não é tão eficiente quanto parece.

A onda de crimes virtuais no Brasil é grande e a medida que cresce a inclusão digital, mais crimes aparecem, não ocorrendo só no Brasil, mas também no mundo todo. Para entender-se melhor a cerca desse assunto, é preciso ter algumas noções gerais sobre crimes virtuais, analisando suas classificações, sujeitos, lugares de atuação e demais fatos jurídicos, Matos et. al (2017).

Para Matos et. al. (2017, p 122), “há uma grande dificuldade na jurisdição brasileira em identificar os sujeitos ativos do crime devido ao grande número de usuários dessa nova tecnologia e a possibilidade de colocar informações inverídicas sobre seu endereço de IP.

Nesse sentido, contribui Kaminski (2002, p. 202), afirmando que:

Entre as inovações tecnológicas que se estendem incrivelmente, a internet acaba apresentando claros desafios à aplicação de regras jurídicas (nacionais) no seu espaço (global). Essas dificuldades, no entanto, não podem servir de justificativa para que os Estados deixem de tentar intervir

naquela dinâmica, regulamentando objetos e condutas de interesse público.

Para tanto, partindo da teoria de Matos et. al. (2017), faz-se refletir que embora o marco civil tenha trazido grandes vantagens uma evolução ao nosso país, ainda não é o bastante para coibir tais práticas ilícitas, visto que a internet, com sua vasta área, permite constantemente a criação de novos tipos penais, não tendo as autoridades do sistema jurídico o suporte, preparo e as habilidades necessárias para que possa se resolver os cybercrimes.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa constituiu-se no Trabalho de Conclusão de Curso, de graduação em Direito, da Faculdade Serra do Carmo, objetivando verificar quais as punições presentes no ordenamento jurídico brasileiro para a prática de racismo e injúria racial via redes sociais. Várias mudanças foram ocorrendo na sociedade no aspecto tecnológico e a mesma medida, o número de vítimas de crimes virtuais só aumenta no mundo todo. No Brasil as leis e a sociedade mostram que o racismo é uma atitude que deve ser abolida por completo, mas, ainda hoje, muita gente não se deu conta disso. Os preconceitos e as discriminações continuam.

Sendo assim, de acordo com a pesquisa realizada o racismo é o pensamento baseado no discurso de segregação de raças, em que há a difusão da idéia de superioridade de uma raça sobre a outra. A partir do conhecimento de como age o usuário brasileiro na rede, pode-se perceber, também, o modo como o racismo é difundido no meio. Pois ainda é difícil combater o racismo na internet.

Sendo assim, é imprescindível que atuação do Estado na esfera virtual esteja a frente tanto em conhecimento técnico quanto legislativo, para que possa oferecer um ambiente seguro aos usuários, mas não deixando de permitir a livre navegação, sem restrições enquanto lícitas e adequadas ao público.

Por fim, conclui-se que o mundo virtual está em constante evolução, porém, é notória a falta de conhecimento por parte do legislador e também da polícia em assuntos como este. As elaborações das leis que discutem acerca do assunto foram importantes, contudo, insuficientes, no sentido de que apenas alteram dispositivo que não previa, à época de sua elaboração, tais condutas, como o Código Penal,

que é da década de 1940. Nesse sentido o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014, é um importante aliado no combate às ações delitivas digitais, mesmo tendo cunho cível.

4 REFERÊNCIAS

Blanco, E. **Directrizes para o desenvolvimento da área de Tecnologia Educativa**. Braga: Universidade de Minho, 1983.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Lei nº 9.609 , de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm>. Acesso em: 28 nov.2018

_____. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 28 Nov. 2018.

_____. **Lei Nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Que dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.

_____. **Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em: Nov. 2018.

_____. Código Penal. **Decreto-Lei n. 2.848 de 1.940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 abril. 2019.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 5. ed. São Paulo: Ed. UnB, 2004. v. 1.

CASTELLS, M. **A Sociedade em Rede** (Vol. I, 14ª ed.). São Paulo: Paz e Terra, 2000.

COSTA, A. M. **A violência como marca**: a pesquisa em história. In L. M. Schwarcz & L. V. S. Reis (Orgs.), *Negras imagens: ensaios sobre cultura e escravidão no Brasil*. São Paulo: Edusp.1996.

DUARTE, Rosana Beatriz Sampaio. **A Internet como meio de propagação do racismo** Brasília, 2006. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/1669/2/20214751.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2018.

FERNANDES, Elizangela da Rocha e ZITZKE, Valdir Aquino. A evolução da técnica e o surgimento da tecnologia no contexto econômico e educacional. **ISSN 2178-1281**. Anais do III Congresso Internacional de História da UFG. 2012. disponível em: <[http://www.congressohistoriajatai.org/anais2012/Link%20\(147\).pdf](http://www.congressohistoriajatai.org/anais2012/Link%20(147).pdf)> Acesso em: 09 Dez. 2018.

FIRMINO, César Augusto Castor. **Preconceito nas redes sociais**: impunidade e anonimato favorecendo a propagação dos crimes de ódio contra os negros. Caruaru, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/1554/1/TCC%20C%C3%A9sar.pdf>>. Acesso em Nov. 2018.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **O acesso à internet como direito fundamental**. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007. Material impresso.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Crimes na internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

JOHNSON, S. **Cultura da Interface**: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

KAMINSKI, Omar. **Internet Legal: O direito na tecnologia da informação**. 1ed. Curitiba: Juruá, 2002.

LIMA, Marcia. Raça, desigualdade e política no Brasil contemporâneo. USP- Sao Paulo: 2017. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4097530/mod_resource/content/1/AUL_A2_2017.pdf>. Acesso em Março. 2019.

LAKATOS, E. Maria; MARCONI, M. de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica: técnicas de pesquisa**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACEDO, Tangreys Ehalt e FOLTRAN, Elenice Parise. **As tecnologias da informação e comunicação como ferramenta de enriquecimento para a educação**. Universidade Estadual de Ponta Grossa-2007. Material impresso. 24 p.

MARTINS, Cesar Ilton. **O racismo nas redes sociais: O mundo virtual é feito por pessoas de carne e osso!** 2014. Disponível em: <<http://www.vvale.com.br/geral/racismo-redes-sociais/>>. Acesso em 28 Março.2019

MOLINA, Márcia Cristina Gomes. **A internet e o poder da comunicação na sociedade em rede: influências nas formas de interação social**. Revista Metropolitana de Sustentabilidade - RMS, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 102-115, set./dez. 2013. disponível em: <http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/rms/article/view/202/pdf_1>. Acesso em: 28 Fev. 2019.

Ano 7 • n. 13 • jan./jun. • 2017 • p. 119 - 130 • ISSN versão eletrônica 2447-3464. • ISSN versão impressa 2237-5963.

PINHEIRO, Emeline Piva. **Crimes virtuais: uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal**. Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/emeline.pdf>>. Acesso em 28 Fev. 2019.

SHIRKY, C. **Lá vem todo mundo**. O poder de organizar sem organizações. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

SILVA, Cláudia, et. al. **A Rede Nacional de Ensino e Pesquisa – RNP e o Marco Civil da Internet – MCI. Rede Nacional de Ensino e Pesquisa**. Rio de Janeiro. Brasil-2018. Disponível em: <https://www.rnp.br/sites/default/files/artigo_-_a_rnp_e_o_marco_civil_da_internet.pdf>. Acesso em fev. 2019.

^[1] Doutorado em Direito.

^[2] Do ponto de vista do endereçamento IP uma sub-rede nada mais é do que uma Sub-divisão lógica de um endereço de rede. Do ponto de vista do endereçamento IP uma sub-rede nada mais é do que uma subdivisão lógica de um endereço de rede. À união dos campos NetID e SubnetID dá-se o nome de Prefixo de Rede Estendido (“Extended- Network Prefix”). Disponível: [https://inf.ufes.br/~zegonc/material/S.O.%20II/Sub-Redes%20\(1pag\).pdf](https://inf.ufes.br/~zegonc/material/S.O.%20II/Sub-Redes%20(1pag).pdf)>. Acesso em Nov. 2018.

A FORMAÇÃO E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E NO MUNDO

RUBIANA PADILHA DA SILVA

Resumo: o direito do trabalho como conhecemos hoje passou por diversas modificações, baseado nas primeiras relações de emprego advindas da pré-história, escravidão, servidão, corporações de ofício, começou a se desenvolver a partir das revoluções francesa e industrial e se consagrou no constitucionalismo social. Sob influência de todos esses aspectos, começou a surgir no Brasil a partir da abolição da escravidão, que possibilitou sua introdução no país, iniciando sua caminhada e desenvolvimento com a proclamação da república, bem como conseqüentemente com as constituições e revoluções sociais como a de 1930.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Relação de emprego. Pré-história. Revoluções. Constituições.

Sumário: 1. Introdução – 2. A Formação e Evolução do Direito do Trabalho no Mundo – 2.1. As Fases de Evolução do Direito do Trabalho no Mundo – 3. A Formação e Evolução do Direito do Trabalho no Brasil – 4. Considerações Finais – 5. Referências.

1 – Introdução

Em qualquer momento da história existiu o trabalho, embora possuindo diferentes características e formas. O direito do trabalho é o resultado das diversas mudanças ocorridas na sociedade, ou seja, ele nasce e se desenvolve de acordo e a partir da evolução da sociedade. O direito do trabalho remonta a pré-história, mas se intensifica e tem seu auge com a criação e implementação do capitalismo, época onde também se intensifica a busca dos trabalhadores por direitos, e assim, surgem, também, os direitos trabalhistas, não obstante, também serem produto da evolução social e, principalmente, da evolução normativa, se intensificam e ganham espaço na sociedade capitalista.

2 – A Formação e Evolução do Direito do Trabalho no Mundo

Desde os primórdios da história, o homem realizava inúmeras funções com intuito de assegurar sua sobrevivência. Desta maneira, vislumbra-se que no início, embora existisse a prática do trabalho ele não era caracterizado e compreendido como tal. O trabalho somente começará a ser assimilado e determinado como “trabalho” a partir da época da escravidão, mas apenas se assentará na sociedade a partir da Revolução Francesa e da Revolução Industrial. Desta maneira, compreende-se a existência de três fases principais da evolução do direito trabalho, quais sejam: primitiva (escravidão, servidão e corporações de ofício), as revoluções: francesa e industrial, e, o constitucionalismo social.

2.1 – As Fases de Evolução do Direito do Trabalho no Mundo

Como já mencionado, na pré-história o homem trabalhava sem ao menos compreender o que era o trabalho, visto que apenas o exercia, sem ao menos saber, para sua sobrevivência. Produzindo apenas para consumo próprio e de sua família o homem desta época desconhecia o conceito de trabalho e de mercadoria, e toda esta situação que viria, posteriormente, existir.

Surgiu então a troca ou escambo, onde as pessoas trocavam entre si as coisas (alimentos, roupas, entre outras coisas de subsistência) que tinham pelas que não tinham, agregando-se valor às coisas que trocavam e criando a fonte do conceito de mercadoria e mercado de trabalho, os quais foram desenvolvidos posteriormente.

Durante o período da escravidão, ainda não há que se falar em direito do trabalho, visto que o escravo era considerado um mero objeto de propriedade do seu “dono” (grandes fazendeiros, normalmente), sendo assim não havia porque possuir direitos ou ter direitos assegurados.

Sobreveio, então, a servidão, pessoas ou famílias que em troca de proteção trabalham nas terras dos senhores feudais, neste período o trabalho era considerado, como na escravidão, um castigo, não podendo-se falar, ainda, em direito do trabalho.

Adveio, posteriormente, as corporações de ofício, há nesta fase certa semelhança com o conceito atual de direito do trabalho, pois, em breve síntese, as corporações de ofício eram uma forma de aprendizado, onde um mestre ensinava seu aprendiz os ofícios de sua “profissão”, para que ele futuramente a exercesse,

desde que, não sendo seu filho, realizasse uma prova e fosse aprovado. Existiam outras maneira de se tornar um mestre, como por exemplo, casando com a filha do seu mestre. Porém, com o surgimento da Revolução Francesa as corporações foram extintas, principalmente com o advento da Lei de Chapelier.

Com a Revolução Francesa podemos começar a falar em direito do trabalho, pois seu ideal de liberdade do homem fez com que paradigmas fossem quebrados, abrindo caminho para novos conceitos e, porque não dizer: para uma nova sociedade.

A Revolução Industrial, no entanto, é a fase em que nasce, mesmo que de maneira tímida, o direito do trabalho. Neste estágio o trabalho manual é substituído pelas máquinas, criando, assim, diversos conflitos trabalhistas, dado que os trabalhadores começam a se associar e surgem, dessa maneira, os sindicatos dos trabalhadores, passando-se a exigir direitos e melhores condições de trabalho.

Desta maneira, o Estado deixa de se abster e começa a intervir nas relações de trabalho. Até mesmo a igreja passa a ter interesse nas relações de trabalho, tanto que expedem diversas encíclicas sobre o tema.

Desponta, por fim, a última fase da evolução do trabalho no mundo, a fase do constitucionalismo social. Com a criação e implementação das constituições os países começam a tratar sobre direitos sociais, trabalhistas e econômicos.

A primeira constituição social implementada foi a do México(1917), a qual previa alguns direitos aos trabalhadores, como redução da carga horária, proibição do trabalho de menores de 12 anos, salário mínimo, proteção da maternidade, entre outros. Após, adveio a constituição de Weimar (1919), que autorizou a coalização dos trabalhadores e criou um sistema de seguros sociais. Importante, fora também, o Tratado de Versalhes (1919), por meio do qual se possibilitou a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual imediatamente iniciou expedindo convenções e recomendações sobre os temas trabalhistas e previdenciários.

A *Carta del Lavoro* (1927) instituída na Itália, criou o sistema corporativista-fascista, o qual inspirou muitos outros sistemas políticos, principalmente o brasileiro, esse sistema visava organizar a economia ao entorno

do Estado, promovendo o interesse social e impondo regras. Esta Carta previa o sindicato único, o imposto sindical, a representação classista e a proibição da greve e do lockout.

Destarte, neste momento, sim, podemos afirmar que o direito do trabalho surgiu e começa a se desenvolver, tendo seu ápice na sociedade capitalista.

3 – A Formação e Evolução do Direito do Trabalho no Brasil

O direito do trabalho no Brasil começa a se formar sob influência do contexto histórico mundial, a partir da pré-história, e vai se desenvolvendo de acordo com as características históricas nacionais. Conforme Bezerra Leite^[1], no Brasil a história do direito do trabalho pode ser dividida em três fases:

No Brasil, podemos dividir a história do direito do trabalho em três fases: a primeira, do descobrimento à abolição da escravatura; a segunda, da proclamação da república à campanha política da Aliança Liberal; e a terceira, da Revolução de Trinta aos nossos dias.

Nas primeiras fases o direito do trabalho ainda não possuía a forma que tem hoje, somente a partir da última fase que ele se assenta no Brasil, e inicia sua fase contemporânea.

Como dito anteriormente, o direito do trabalho no Brasil começa a se formar influenciado pelo contexto histórico mundial, principalmente, das transformações que ocorriam na Europa com o crescimento dos diplomas legais sobre o tema e, inclusive, com a entrada do país na OIT (Organização Internacional do Trabalho).

Com a proclamação da república desencadeia-se no Brasil o constitucionalismo social, já vivenciado em outros países, por meio do qual os direitos trabalhistas começam a receber mais atenção, mas ainda, não toda a atenção devida.

A política trabalhista brasileira começa a ser introduzida em 1930, com Getúlio Vargas, com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Uma das primeiras constituições a tratar do direito do trabalho é a de 1934, a qual garantiu direitos aos trabalhadores, quais sejam: liberdade sindical, isonomia salarial, salário mínimo, jornada de 8 (oito) horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e crianças, repouso semanal e férias anuais remuneradas.

No entanto, a constituição de 1937, advinda do golpe de Vargas houve significativo retrocesso de tudo aquilo que foi implementado na carta magna anterior.

Um dos marcos mais importantes do direito do trabalho se deu em 1943, com a aprovação da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), a qual reuniu todas as leis esparsas existentes, sistematizando-as em uma só. O segundo, foi o advento da constituição cidadão, a constituição de 1988, por meio da qual os direitos trabalhistas adquiriram status constitucional, sendo assim devidamente consagrados no ordenamento brasileiro.

4 – Considerações Finais

A presente pesquisa buscou aludir o tema “Formação e Evolução Histórica do Direito do Trabalho no Brasil e no Mundo”, abordando num primeiro momento o contexto mundial de desenvolvimento do direito do trabalho, visto que influenciou o desenvolvimento do ramo no Brasil.

Desta maneira, a presente pesquisa esclareceu que a relação de trabalho sempre existiu, remontando a pré-história, se intensificando com as revoluções mundiais francesa e industrial e, se assentando com o constitucionalismo social; já no Brasil, influenciado por todas essas fases, inicia-se com a abolição da escravidão, desenvolvendo-se com a proclamação da república, e, conseqüentemente, sendo consagrado com as constituições e revoluções sociais ocorridas no país.

5 – Referências

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de Direito do Trabalho**. – 12 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. – 10 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Francisco Kennedy da Silva. **A Construção Histórica do Direito do Trabalho no Mundo e no Brasil e seus Desdobramentos no Modelo Trabalhista Brasileiro Pós-industrial.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj033690.pdf>> Acesso em: 24/03/19.

[1] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho.** – 10 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ABORTAMENTO NO BRASIL: SAÚDE PÚBLICA E IMPACTO FEMININO

GODOBERTO DOS REIS SANTOS NETO:

Discente do curso de Direito da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a discussão a respeito do aborto, na medicina o feto expulso do útero com menos de 20 semanas de gestação, impossibilitando a sobrevivência do mesmo. É cediço que a prática refutada é crime, encontrando previsão dos artigos 124 à 127 do Código Penal pátrio. Vale refutar que o referido artigo não tem o escopo a defesa do aborto ou ao momento que deve ser praticado, mas apenas engendrar uma ampla e construtiva indagação ao impacto da atual legislação na vida feminina e sua caracterização como problema de Saúde Pública. Entre suas problemáticas encontramos a dificuldade de realização do aborto seguro, ainda que permitido legalmente, nas hipóteses do artigo 128 (quando não há outro meio para salvar a vida da gestante ou é resultado de estupro), seja por falta de informação, preparo profissional, e preconceito, só evidenciando o desrespeito à vida digna, uma garantia constitucional.

Palavras-chave: Aborto; Crime; Legislação; Saúde pública; Vida digna.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1 O começo da vida; 2.2 Conceito de aborto; 2.3. Espécies de aborto; 2.4 O aborto e o direito à saúde da mulher; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O tema aborto compreende vários elementos, carregando consigo grande polêmica, especialmente quando coabita o ambiente familiar, religioso, adentra a liberdade corpórea feminina, o direito a vida, e a liberdade.

O objetivo principal desse estudo é promover a apreciação do tema diante a ineficácia a qual tem demonstrado o Estado na garantia ao acesso à saúde feminina, evidenciando o desuso ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, direito primordial, embaixador de todos os demais direitos constitucionais. A saúde

é o estado completo do bem estar físico mental e espiritual do homem e não apenas a ausência de afecções ou doenças (LIADI, 2000, p.1170).

Esse estudo pode ser caracterizado como expositor das múltiplas formas a qual se exterioriza a dignidade, tanto ao assegurar à saúde, educação, moradia, quanto ao orgulho e dignidade inerente a todo e qualquer indivíduo na atual realidade do país. A seleção do tema se deu graças a seguinte técnica de pesquisa: "observação", emprego dos sentidos em favor da coleta de dados e obtenção de determinados aspectos da realidade pelo exame de fatos e fenômenos.

O tema foi esmiuçado, sendo apresentadas as teorias preponderantes a elucidação do mesmo, como os tipos de aborto, suas espécies, e suas concepções doutrinárias. Com base em todo agregado, foi trabalhado o aborto voltado ao direito à saúde da mulher.

Dessa forma, o objetivo principal desse trabalho foi atingido, conseguindo brilhantemente expor a carência de meios em conservação à saúde feminina, caracterizando o máximo desrespeito à vida digna.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O começo da vida

Diante a dificuldade de se estabelecer o sublime momento do surgimento da vida humana, filósofos e cientistas ainda não chegaram a consenso quanto a fixação do exato momento que esta se inicia.

A única certeza fidedigna é a existência de diversas correntes científicas que tentam esmiuçar o tema. Aqui, serão apresentadas as três teorias, que exprimem maior relevância ao objetivo do nosso estudo: a teoria concepcionista, teoria da personalidade condicional e teoria natalista.

A teoria concepcionista, defendida pela doutrinadora Maria Helena Diniz sustenta que o início da vida se dá com a concepção, ou com outras palavras, quando o espermatozoide penetra o óvulo, ambos se fundem e formam a primeira célula e toda concepção genética do indivíduo até sua fase adulta, in versa:

Entendemos que o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida. Apenas os direitos patrimoniais, como o de receber doação ou herança, dependem do nascimento com vida, conforme a segunda parte do art. 2.º do Código Civil. (DINIZ, 2006, p. 222).

É uma das teses que mais possui adeptos, sendo defendida por grande número de Igrejas Católicas e Protestantes por todo o mundo, em liame a preceitos deontológicos, onde o correto é algo moralmente bom, justo, centrado na lei e no dever independente das consequências das ações.

Nessa perspectiva, o início da vida seria marcada pela alma, e com o recebimento da alma vem à vida, descartando toda e qualquer hipótese de aborto, surgindo um novo ser no momento do encontro do óvulo com o espermatozoide.

O Brasil é adepto a teoria concepcionista, é o que se exprime do Pacto de São José da Costa Rica e do artigo 2º do Código de Processo Civil, versando: “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. A ressalva trazida pelo código penal se refere aos direitos materiais patrimoniais, como a adoção e a herança, condicionados ao nascimento com vida.

Já no que concerne a teoria da personalidade condicional, esta começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, assim compreendida o acompanhamento de condição, termo ou encargo. Esses aspectos são de liame teleológico, ações éticas baseadas na consequência dos atos, determinando o correto a partir do bem a ser alcançado, em maximização as boas consequências da ação.

O doutrinador Flávio Tartuce ressalta a problemática da teoria da personalidade condicional do seguinte modo:

(...) o grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalta-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos. (TARTUCE, 2014, p. 79).

Apesar da crítica feita pelo doutrinador ora referido, a teoria encontra fortes adeptos como Arnaldo Rizzardo, Clovis Beviláqua, Serpa Lopes e Washington de Barros Monteiro.

A divergência entre a teoria da personalidade condicional e a natalista, que será tratado a seguir, é que enquanto aquela resguarda os direitos do nascituro desde seu nascimento com vida, esta nega qualquer direito ao mesmo.

Essa questão advém do fato da personalidade na teoria natalista se iniciar no nascimento com vida, nessa concepção o nascituro não seria considerado pessoa, não gozando do pleno direito. Assim, a expressão "nascer com vida", significa operar o funcionamento cardio- respiratório do recém nascido, sendo irrelevante a presença da forma humana e seu tempo mínimo de sobrevivência.

Na tentativa de demonstrar a discrepância nos preceitos adotados pelo legislador pátrio e ao mesmo tempo em crítica a sua existência explica o professor Clóvis Bevisláqua (1975, p. 178): "o legislador civilista teria adotado a Teoria Natalista por ser mais prática, mas cedeu aos encantos da Concepcionista em inúmeros pontos do sistema que tratam do nascituro como pessoa".

Sendo assim, é cediço aos optantes dessa teoria que a vida se inicia após o parto, só assim sendo merecedora de proteção, após a concretização do efetivo nascimento com vida.

2.2 Conceito de aborto

Apesar da tentativa de abrangência do legislador pátrio a regulamentação de matérias controversas, o Código Penal não definiu de forma clara o significado de aborto, encargo assumido pela doutrina.

A palavra aborto deriva do latim *abortus*, por sua vez originário do termo *aborior*. Trata-se de conceito usado para se referir ao oposto de *orior* (o contrário de nascer).

O aborto é a expulsão do feto do útero sem as devidas 20 semanas completas de gestação, após esse período não estaríamos diante de aborto, mas sim da hipótese de parto prematuro, conceitos que muitas vezes de forma errônea podem ser confundidos, mas que merecem total atenção de seus operadores quanto a sua distinção, ponto que não será aprofundado por não ser objetivo do presente trabalho.

Nucci (2015, p. 762) cita: "Conceito de aborto: é a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião."

Na mesma ideia a conceituação do tema, assevera Marques (Tratado de direito penal, v. IV, p. 183), citado por Greco (2017, p. 170): "Para o Direito Penal e do ponto de vista médico- legal, o aborto é a interrupção voluntária da gravidez com a morte do produto da concepção."

2.3 Espécies de aborto

Não há anuência doutrinária a cerca das espécies do aborto, entretanto visando a objetividade na exteriorização do assunto, faremos menção à classificação trazida pelo Exímio professor Rogério Greco (2017, p.526) sobre o tema, definindo-os em aborto natural ou espontâneo, e em aborto provocado.

O aborto natural ou espontâneo ocorre quando o próprio organismo materno se encarrega da expulsão do produto da concepção.

O aborto provocado por sua vez tem como objetivo eliminar o feto, se fazendo de assistência médica ou não. Essa provocação subdivide-se em: dolosa (com previsão no artigo 124 do Código Penal, remetendo ao autoaborto e ao aborto sem consentimento da gestante) e culposa (com previsão nos artigos 125 e 126 do

Código Penal, remetendo ao aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante e o aborto provocado por terceiro com o seu consentimento).

Mais a mais, fruto dos embates doutrinários acerca da questão, temos outras reconhecidas espécies: Legais (terapêutico e sentimental) e ilegais (Eugênico, social, e motivado na honra).

O aborto terapêutico é aquele praticado com o intuito de salvar a vida da mãe diante iminente risco. O sentimental é o aborto nos casos de estupro, possibilitando faculdade a mulher de não carregar em seu ventre o filho de seu agressor.

O aborto eugênico é o realizado nos casos de feto defeituoso ou até mesmo potencialmente portador de tal defeito. O aborto social o realizado por falta de recursos financeiros, é a impossibilidade de sustento. O aborto por motivo de honra é o provocado no intuito de encobrir motivos que venham a manchar a imagem da mulher perante a sociedade.

2.4 O aborto e o direito à saúde da mulher

As oposições quanto à criminalização e atipicidade do aborto no Brasil são valores que implicam análoga relevância e demandam equilíbrio, harmonia. Deve ser tratado analisando as circunstâncias de cada caso para descobrir qual dos polos detém maior relevância, demandando maior aplicabilidade ao fato.

O aborto legal ou necessário, livre de atipicidade e embasado no simples consentimento da gestante para sua validação, nem sempre é o recorrido quando oferecido em equivalência ao aborto inseguro, mais um instigante a mortalidade feminina. Mesmo que assim não fosse, a carência na efetividade da política e estruturação a aplicabilidade do aborto legal, vem demonstrando um atentado à vida e à saúde das mulheres.

Os demais casos de aborto ilícitos, que por tal fator não entram de forma direta nos anseios e cautela estatal, agravam ainda mais os notórios índices de aborto clandestino, que se assim não fosse espaçaria mais chances de ser evitado.

Se ao invés de criminaliza-lo houvesse o adentramento nas circunstâncias oriundas a decisão dessas gestantes, haveria a potencialidade de um amplo rol de aborto sem riscos, aborto englobado pelo direito à saúde.

Os países que medicalizaram o aborto tomaram como base o grande índice de mortalidade, também o fizeram baseado na laicidade estatal, possibilitando a liberdade de escolha, e não se privando a uma única visão do tema, ação que geraria o privilégio de uns sobre os outros, deixando de lado o interesse comum. A questão fundamental foi definir até que ponto não se mediria esforços a preservação da mortalidade materna e até onde vai à soberania feminina sobre seu próprio corpo.

Não há mais espaço para ignorar os fatos, a cada dia amplia-se o indispensável abrir dos olhos do atual âmbito jurídico brasileiro, no anseio a renovação de sua visão, parando de considerar de forma errônea que tudo aquilo que se proíbe não existe. Não há como negar cuidados a saúde de uma mulher que decide interromper a gravidez por seus pertinentes motivos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se, portanto, que o aborto é um problema que deve ser tratado sem ignorância de sua existência e consequências, pairada nos princípios da justiça social, direitos humanos e saúde pública.

No que tange ao caráter inerente a todos os direitos fundamentais, de não serem absolutos, temos o direito à vida, fundamental por excelência e que não recebe o devido valor axiológico quando comparado aos demais direitos. Isso porque o legislador pátrio não determinou sua hierarquização, para potencialidade de uma eventual e efetiva valoração

Destarte, evidente a necessidade de serem estudados meios que busquem a descentralização do serviço de aborto, ampliando o acesso feminino a saúde que por vezes encontra resistência nos próprios indivíduos participativos do meio, que por escusa de consciência observam o desabono de sua atuação, mesmo nas hipóteses autorizadas pela lei.

Por fim, facilitado às mulheres um efetivo acesso à saúde que possibilite o tratamento adequado as especificidades de seu caso, atrelado a efetiva amenização do preconceito e intolerância do procedimento de aborto, teremos a valoração da honra e dignidade dessas, passando a reconhecê-las como ser humano, valor axiológico supremo assente na Magna Carta de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TRUEMAN, Karen. **Descobrimos soluções comunitárias para superar barreiras no atendimento ao aborto seguro nas áreas rurais da África do Sul.** Diálogo, Rio de Janeiro, v.7. n. 1, p.1-2, ago. 2003.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**- Volume único. 4ª ed. São Paulo- SP. Método,2014,p.79.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** rev. atual. e ampl.15.ed Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil.** 12. ed. São Paulo: Saraiva. v. 1, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Comentários ao código civil.** Editora Rio. 1975. p. 178.

CASTRO, Taynara Cristina Braga. [ADI n.º 3.510: bioética e suas repercussões no ordenamento jurídico.](#) **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 19, n. 4153, 14 nov. 2014.](#) Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33465>>.

CARVALHO, Marilza Simonetti; POMIN, Andryelle Vanessa Camilo. **O direito a liberdade feminina na decisão pelo aborto: uma análise circular da n. 46/2013 do conselho federal de medicina à luz dos direitos da personalidade.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8d060abe1e38ab17>>.

ZANELLA, Liane Carly Hermes. **Metodologia de pesquisa.** Ed. Reimp. 2ª edição, 2011. Disponível em: <http://arquivos.eadadm.ufsc.br/EaDADM/UAB_2014_2/Modulo_1/Metodologia/material_didatico/Livro%20texto%20Metodologia%20da%20Pesquisa.pdf>.

FRANCO, Noce. **Métodos e Instrumentos de Pesquisa.** Disponível em: <<http://www.alexomkt.com.br/fisio/42.pdf>>.

SINÔNIMOS. Dicionário de Sinônimos Online. Disponível em: <<http://www.sinonimos.com.br/>>.

MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RONALDO CRUZ TARGINO: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande. Pós-graduado no curso de Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduado no curso de Direito Previdenciário pelas Faculdade Integradas de Patos. Exerceu o cargo de Agente Penitenciário do Governo do Estado da Paraíba. Atualmente é Oficial de Justiça Avaliador Federal no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

RESUMO: O presente trabalho teve por objetivo analisar a possibilidade de modular os efeitos temporais em sede de controle difuso de constitucionalidade, para isso utilizou-se como parâmetro a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para alcançar esse intento, foi utilizado como método de pesquisa o indutivo, fazendo-se uma análise de acórdãos da Suprema Corte brasileira. Com a pesquisa foram alcançados diversos resultados, entre eles verificou-se ser possível modular os efeitos no controle incidental, além disso, foram analisados os requisitos para se deferir essa técnica, além de se averiguar os efeitos que são alcançados com a modulação.

Palavras-chave: Modulação de Efeitos, Segurança Jurídica, Excepcional Interesse Social, Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. METODOLOGIA 3. SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 4. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE 5. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DIFUSO A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 5.1 Quais são as normas e os requisitos utilizados como parâmetros para a aplicação da modulação no controle difuso de constitucionalidade. 5.2 Quais os efeitos temporais poderão ser modulados nas decisões em sede de controle difuso. 5.3 Em que momento do julgamento poderá o Supremo Tribunal Federal dispor sobre a técnica da modulação dos efeitos temporais no controle difuso. 6 CONCLUSÃO 7 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por objetivo analisar a possibilidade de se aplicar a técnica da modulação dos efeitos temporais no controle difuso de constitucionalidade. A presente pesquisa se justifica, pois o entendimento da Suprema Corte brasileira perfilha no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade no modelo de controle incidental, produz efeitos retroativos, a data da edição da norma violadora. Todavia, deve-se observar que em alguns casos situações jurídicas foram formadas tendo como parâmetro a norma inconstitucional, e, diante disso, deverão ser respeitadas, pois sim assim não fosse restar-se-ia ferido a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Para se analisar esse instituto, deu-se preferência ao método de pesquisa indutivo, fazendo uma avaliação sobre os contornos da modulação dos efeitos temporais no controle difuso de constitucionalidade, utilizando-se sempre de critérios objetivos para se alcançar um resultado que poderá ser averiguado por qualquer pesquisador, evitando sempre que possível tecer opiniões de cunho pessoal.

Nesse sentido, o presente trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo será demonstrado o caminho trilhado para se alcançar os resultados desejados, demonstrando-se o método de pesquisa utilizado. No segundo capítulo serão avaliados os sistemas de controle de constitucionalidade tanto em sentido geral como especificamente no caso brasileiro. No terceiro, explicar-se-á a natureza jurídica da declaração de inconstitucionalidade fazendo uma análise tanto sobre a regra geral como sobre a exceção, no caso, a modulação dos efeitos temporais da decisão em sede de controle difuso. Por fim, no último capítulo teórico será estudado qual é o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de modulação dos efeitos temporais no controle incidental de constitucionalidade, fazendo-se uma análise sobre seus contornos, sua disciplina normativa, seus requisitos, os efeitos que poderão ser deferidos nessa decisão, e o momento em que poderá ser averiguado esse instituto.

2 METODOLOGIA

O presente artigo utilizou como Método de pesquisa o indutivo, tendo sido feito um levantamento de acórdãos no site do Supremo Tribunal Federal referentes a tema pesquisado no setor de jurisprudência, no qual foram utilizadas palavras-chave, adicionadas no tópico “pesquisa livre”. Além dos critérios de pesquisa “data” e “órgão julgador”.

O presente levantamento foi realizado da seguinte forma. Na aba pesquisa livre foi digitada as seguintes palavras-chave “modulação de efeitos e futuro” e “modulação de efeitos e ex nunc”. Já que após serem moduladas, as decisões deverão ter aplicabilidade, daquele momento em diante “ex nunc”, ou em uma data a ser definida “pro futuro”, expressões simbolizam os efeitos das decisões após serem moduladas.

No campo referente à data, será adotado como recorte temporal “11/11/1999”, momento em que a Lei 9.868/99 entrou em vigor após sua publicação no Diário Oficial da União, já que mesmo não tendo sido criada para tratar do controle difuso, foi a primeira norma jurídica a regulamentar os requisitos e os critérios para se realizar essa técnica de modulação. Deve-se alertar, ainda, que a lei 9.868/99, que trata das ADPF’s, também trouxe expresso em seu texto à técnica da modulação, mas tendo está apenas entrado em vigor após 06/12/1999.

Quanto ao critério de órgão julgador, foi selecionada a opção “plenário” por considerar que as decisões tomadas neste órgão refletem o posicionamento firmado por todos os membros do Supremo Tribunal Federal, diferentemente das decisões das turmas na qual a decisão é tomada por apenas parte dos ministros.

Após isso, quando pesquisado a primeira palavra-chave “modulação de efeitos e futuro”, foram encontrados os seguintes julgados: ([RE 593849 ED-segundos/MG](#); [RE 593849/MG](#); [HC 127900/AM](#); [HC 123971/DF](#); [ADI 1923/DF](#); [ARE 709212/DF](#); [ADI 5028/DF](#); [ADI 4965/PB](#); [ADI 4947/DF](#); [ADI 5020/DF](#); [Rcl 4335/AC](#); [RE 587371/DF](#); [ADI 4029/AM](#); [ADI 3791/DF](#); [RE 377457/PR](#); [ADI 3510/DF](#); [ADI 3689/PA](#); [ADI 3489/SC](#); [ADI 2240/BA](#); [RE 197917/SP](#)), **sendo que os julgados ([ADI 5028/DF](#); [ADI 4965/PB](#); [ADI 4947/DF](#); [ADI 5020/DF](#); [ADI 4029/AM](#); [ADI 3791/DF](#); [ADI 3510/DF](#); [ADI 3689/PA](#); [ADI 3489/SC](#); [ADI 2240/BA](#))**, foram excluídos da pesquisa já que **tratam de controle concentrado de constitucionalidade.**

Já sobre a palavra-chave “modulação de efeitos e ex nunc”, foram encontrados os seguintes julgados: ([RE 522897/RN](#); [ADI 3796/PR](#); [RE 377457 ED/PR](#); [ADI 3792/RN](#); [ADI 3580/MG](#); [ADI 3106 ED/MG](#); [ADI 4425 QO/ DF](#); [ADI 4639/GO](#); [ADI 4641/SC](#); [ARE 709212/DF](#); [AP 512 AgR-AgR/BA](#); [RE 658026/MG](#); [ADI 2669/DF](#); [ADI 4029/AM](#); [ADI 4416 MC/PA](#); [ADI 3791/DF](#); [ADI 2904/PR](#); [ADI 4009/SC](#); [RE 560626/RS](#); [RE 559943/RS](#); [RE 556664/RS](#); [RE 370682/SC](#); [RE 197917/SP](#)), **sendo que os julgados** ([ADI 3796/PR](#); [ADI 3792/RN](#); [ADI 3580/MG](#); [ADI 3106 ED/MG](#); [ADI 4425 QO/ DF](#); [ADI 4639/GO](#); [ADI 4641/SC](#); [AP 512 AgR-AgR/BA](#); [ADI 2669/DF](#); [ADI 4029/AM](#); [ADI 4416 MC/PA](#); [ADI 3791/DF](#); [ADI 2904/PR](#); [ADI 4009/SC](#)), **foram excluídos da pesquisa já que tratam de controle concentrado de constitucionalidade.**

De posse desses julgados será realizado a leitura das ementas, dos relatórios e se preciso dos votos proferidos pelos ministros nestes acórdãos, como meio para se avaliar a possibilidade de modulação temporal dos efeitos em sede de controle difuso.

3 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Atualmente, no mundo existem dois modelos de controle de constitucionalidade de normas: o controle difuso e o controle concentrado.

O controle difuso de constitucionalidade, também chamado de concreto e incidental, surgiu nos Estados Unidos da América, no célebre caso Marbury vs. Medison, quando em 1.803 o juiz John Marshall, utilizou a constituição norte-americana como parâmetro para declarar a inconstitucionalidade de uma norma (NOVELINO, 2012).

Já o controle concentrado de constitucionalidade, também chamado de abstrato e por via de ação, surgiu na Constituição da Áustria de 1920, obra do jusfilósofo Hans Kelsen (NOVELINO, 2012).

O Brasil adotou o controle misto de controle de constitucionalidade, tendo em seu arcabouço constitucional adotado tanto o controle difuso como o controle concentrado (MENDES, 2006).

O controle difuso de constitucionalidade foi inserido no Brasil pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, tendo ganhado status constitucional pela Constituição de 1891, obra do jurista Ruy Barbosa, inspirado no Direito Constitucional americano (BULOS, 2011, p. 196-197).

Já o controle concentrado adentrou em nosso país pela Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965, que reformou a constituição de 1946 e garantiu ao Supremo Tribunal Federal à possibilidade de declarar, de modo abstrato, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, sendo essa ação de competência exclusiva do Procurador Geral da República (BULOS, 2011, p. 198).

Sendo que, com a Constituição de 1988 esses institutos foram fortalecidos, tendo, principalmente, o controle concentrado ganhado grande repercussão. Além disso, foi a Constituição de 1988 que abriu a outros órgãos a possibilidade de propor ações de âmbito abstrato de constitucionalidade.

4 MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Tema de grande relevância trata-se sobre em que momento a norma perderá a validade diante da declaração de sua inconstitucionalidade.

Sobre esse tema os dois modelos de controle de constitucionalidade seguiram direções distintas, o modelo norte americano dispõe que a norma inconstitucional detém vício originário insanável, é um ato nulo, sem que a decisão produza efeitos retroativos à edição da norma (*ex tunc*), sendo que a decisão judicial terá natureza declaratória (NOVELINO, 2012).

Já o modelo austríaco, em sua gênese, dispunha que à natureza da inconstitucionalidade era baseada na anulabilidade da norma inconstitucional, sendo assim, a norma era anulável produzindo efeitos até que fosse declarada a sua inconstitucionalidade (*ex nunc*), sendo que a decisão judicial terá natureza constitutiva (NOVELINO, 2012).

Sobre natureza da inconstitucionalidade, o Brasil adotou, como regra, a teoria da nulidade do direito norte americano para ambos os sistemas de controle. Todavia, como exceção, em sede de controle concentrado de constitucionalidade,

o Brasil passou a mitigar o princípio da nulidade da norma, tendo no art. 27 da Lei 9.868/99 e no art. 11 da Lei 9.882, autorizado à modulação dos efeitos das decisões de controle concentrado de constitucionalidade (LENZA, 2014).

Pela clareza expressa no art. 27 da Lei 9.868/99, o artigo será transcrito na íntegra para que sejam conhecidos requisitos expressos na lei para essa espécie de modulação:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Outra norma que trouxe expresso as exigências para modulação dos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade foi no art. 11 da Lei 9.882, que trata sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que assim discorre:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Além dessas duas previsões legais que tratam sobre o controle concentrado de constitucionalidade. O novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 2015, criou outro instituto que também autoriza juízes e tribunais a realizarem a modulação dos efeitos de decisões judiciais, devendo-se esclarecer, todavia, que isso ocorrerá apenas quando houver mudança de jurisprudência, senão vejamos:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Como deixa exposto o presente artigo, quando ocorrer à alteração da jurisprudência ou modificação de enunciado de súmula dos tribunais, poderá ser deferida a modulação dos efeitos da decisão, tendo essa à finalidade de preservar a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia.

Quanto ao instituto previsto no novo Código de Processo Civil, Luiz Guilherme Marinoni (2015), se manifesta que poderá ocorrer de duas maneiras distintas: quando o tribunal muda de entendimento e aplicada de imediato o novo entendimento a casos passados que estão sendo analisado naquele momento, instituto esse conhecido como (*overriding*); ou quando o tribunal muda de entendimento, mas aplica o entendimento reinante no momento da feitura do que fora acordado, instituto esse conhecido como (*prospective overruling*). Sendo que para o nosso estudo será interessante o que vem expresso no segundo instituto, pois é o que privilegia a segurança jurídica.

Diante dessas previsões normativas, que tratam sobre a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, surge uma indagação: é possível modular os efeitos da declaração inconstitucionalidade no controle difuso? Caso isso seja possível, quais os parâmetros utilizados?

5 MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DIFUSO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O presente capítulo visa analisar a possibilidade da modulação dos efeitos temporais na declaração de inconstitucionalidade no controle difuso.

Diante da análise dos acórdãos ora estudados foi averiguado que isso é possível, sendo que a primeira vez em que essa técnica foi utilizada, após a publicação da Lei 9.868/99, foi em julgamento em sede de controle difuso, mais especificamente no julgamento do [RE 197.917/SP](#), **caso em que se discutia a proporcionalidade do número de vereadores no município de Mira Estrela no Estado de São Paulo, tendo nesse julgamento declarado a inconstitucionalidade da lei municipal que estipulava o número de vereadores, mas modulando os efeitos para que essa decisão tivesse vigor apenas a partir da eleição vindoura** (MOROSOV, 2013).

Deve-se esclarecer que esse entendimento foi mantido em diversos julgados posteriores do Supremo Tribunal Federal, no qual foram modulados os efeitos das decisões para que elas tivessem vigor no momento de sua publicação ou em outro momento que viesse a ser estipulado, como poderá ser observado nos tópicos seguintes.

5.1 Quais são as normas e os requisitos utilizados como parâmetros para a aplicação da modulação no controle difuso de constitucionalidade.

O modelo difuso de constitucionalidade utilizou-se como parâmetros os trazidos pela Lei 9.868/99, e o (*prospective overruling*) do novo Código de Processo Civil. Isso poderá ser verificado pela leitura dos julgados ora analisados. Como exigência para que houvesse a modulação no controle difuso, exige-se que estejam presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, e que essa modulação seja aprovada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à segurança jurídica, foi averiguado que o Supremo Tribunal Federal tenta impedir que a parte seja surpreendida com a decisão, ocasião em que restaria quebrado o princípio da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima, sendo estes requisitos lançados em todos os casos em que encontrou a modulação dos efeitos de alguma decisão em sede de controle difuso.

Nos julgados mais recentes analisados, foram encontrados casos em que se utilizaram da expressão *prospective overruling*, como representativa de mudança de jurisprudência, exemplo disso poderá ser observado nos julgados [ARE 709.212/DF](#), **em que foi deferido efeito *ex nunc* em que era discutido o prazo**

prescricional para cobrança do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, e no RE 377.457 ED/DF em que se discutia o recolhimento do COFINS pelas sociedades civis. Tendo em ambos os casos sido modulados os efeitos para que a decisão somente tivesse eficácia daquele momento por diante.

Já sobre o excepcional interesse social é utilizado de forma subsidiária, tendo sido verificado que os ministros não tentam distinguir os casos em que há violação a segurança jurídica e excepcional interesse social.

No que concerne ao quórum para que sejam modulados os efeitos da decisão em sede de controle difuso, verifica-se que deverá ser aprovada por maioria de dois terços de seus membros, sendo isto abstraído dos julgados ora analisados, tanto pela ementa dos acórdãos como por manifestação dos ministros nos julgados.

Todavia, deve-se alertar que poderá ocorrer uma mudança no entendimento sobre o quórum para aprovação da modulação dos efeitos temporais, podendo isso ocorrer por dois motivos: o primeiro por que não há exigência legal expressa para que isso ocorra quanto ao controle difuso, o outro porque a mecânica da modulação dos efeitos, quando ocorrer mudança de jurisprudência, trazida pelo novo Código de Processo Civil, não estipula nenhum requisito específico para aprovação da modulação. Deve-se, contudo, alertar que o entendimento prevalente atualmente no Supremo Tribunal Federal é no sentido que há a exigência de 2/3 de seus membros para que sejam modulados os efeitos de uma decisão em sede de controle difuso.

5.2 Quais os efeitos temporais poderão ser modulados nas decisões em sede de controle difuso.

Nas decisões analisadas, e na doutrina consultada, encontrou-se três maneiras de se modularem os efeitos em sede de controle difuso, são eles o efeito *ex nunc*, o *pro futuro*, e a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade.

Quanto ao efeito *ex nunc*, que o mesmo tem a finalidade de resguardar a segurança jurídica e o interesse social (BRAZ, 2012). Deve-se observar ainda que o que distingue o efeito *ex nunc* do efeito *pro futuro*, é o fato de que nesse a decisão do Supremo Tribunal Federal será efetivada em uma data futura, diferentemente

daquele em que a norma perderá sua validade no momento do transito em julgado da decisão da Corte Constitucional (NOVELINO, 2012).

O efeito *ex nunc*, em sede de controle difuso, é de larga utilização pelo Supremo Tribunal Federal, isso poderá ser observado nos julgamentos a seguir listados, no qual foram deferidos como presente efeito ([RE 593849 ED-segundos/MG](#); [RE 593849/MG](#); [HC 127900/AM](#); [ARE 709212/DF](#); [Rcl 4335/AC](#); [RE 197917/SP](#); [RE 522897/RN](#); [ARE 709212/DF](#); [RE 658026/MG](#); [RE 560626/RS](#); [RE 559943/RS](#); [RE 556664/RS](#)).

Um exemplo da utilização do efeito *ex nunc*, é julgamento do [ARE 709212/DF](#), no qual a Suprema Corte avaliava o prazo prescricional nas ações de cobrança de valores não pagos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, em que ouve a superação do entendimento anterior sobre a prescrição trintenária, sendo que o STF entendeu que esse prazo era inconstitucional, e que deveria ser de apenas cinco anos. Como forma de respeitar a segurança jurídica, foram modulados os efeitos da decisão para que esta tivesse apenas efeitos prospectivos, e que não retroagisse ao momento de edição da norma.

A respeito do efeito *pro futuro*, verifica-se que é também utilizado pela Suprema Corte brasileira, tendo por finalidade manter a segurança jurídica e o princípio da confiança. A sua utilização se mostra necessário quando a decisão se tomada com efeitos retroativos ou com efeitos prospectivos a partir do momento do julgamento possa causar grande prejuízo à segurança jurídica.

Com relação à utilização dos efeitos para o futuro de decisões no controle incidental, verificou-se apenas uma ação em que esse efeito foi deferido, sendo este o [RE 197.917/SP](#), caso em que se discutia se o município teria autonomia para delimitar o número de vereadores da forma que melhor lhe aprouvesse ou se deveria respeitar os limites mínimo e máximo estabelecidos pela Constituição Federal. A conclusão que se chegou foi que o município deveria respeitar a regra de proporcionalidade criada pela Constituição Federal, tendo à Suprema Corte declarado a inconstitucionalidade de Lei do município de Mira Estrela no Estado de São Paulo, mas modulando os efeitos para que essa decisão tivesse vigor apenas na próxima eleição, já que se passasse a ter efeito pretérito ou imediato causaria grande insegurança jurídica, já que diversos

membros que haviam sido eleitos no último pleito teriam seus mandatos cassados e os atos elaborados por eles seriam tidos como nulos.

No tocante a Declaração de inconstitucionalidade parcial sem pronúncia de nulidade, diferentemente das duas espécies de modulação anteriores, não se pronúncia a nulidade da norma, mas sim, a Corte Constitucional recolhesse a inconstitucionalidade, e mantém a validade da norma, pois caso a norma fosse retirada do mundo jurídico causaria um dano maior que o vício presente nela. Devendo esclarecer que o Supremo Tribunal Federal deverá enviar recomendação para que o Poder Legislativo venha a se manifestar sobre a norma inconstitucional (BRAZ, 2012).

Nos julgados analisados para a feitura deste artigo não foi encontrado nenhum acórdão com essa espécie de manifestação. Todavia, foi realizada uma nova pesquisa para se avaliar se esse instituto é aplicado pelo STF nas decisões em sede de controle difuso. Tendo sido confirmado que sim, exemplo disso é o [RE580.963/PR](#), que avaliava se os requisitos para o recebimento do benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente, previsto no Art. 203, V, da Constituição Federal, era constitucional. O entendimento que se chegou era que a norma seria inconstitucional, e que poderia ser aplicada a técnica da modulação Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, não tendo sido aplicado a presente tese no caso concreto pelo fato de não se alcançado a maioria de 2/3, exigidos pela Lei 9.868/99.

5.3 Em que momento do julgamento poderá o Supremo Tribunal Federal dispor sobre a técnica da modulação dos efeitos temporais no controle difuso.

Pelos julgados ora analisados foi verificado que os ministros debatem no decorrer de seus votos acerca da possibilidade de modulação dos efeitos temporais em sede de controle difuso. Sendo que, quanto à aceitação ou não dessa técnica de modulação eles podem se manifestar em dois momentos, o primeiro logo após o seu voto sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma e o segundo apenas no final do julgamento quando se abrirá a oportunidade de votar sobre a modulação, constituindo o que Gilmar Mendes chama de modelo bifásico.

Sobre o primeiro método utilizado para modular os efeitos da decisão, quando os ministros votam sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade e durante o julgamento já proferem seus votos sobre a

modulação dos efeitos da decisão, verificou-se que esse é o entendimento prevalente no STF, exemplo disso são [RE 560.626/RS](#), [RE 559.943/RS](#), [RE 556.664/RS](#), em que os ministros primeiro votaram sobre a constitucionalidade da norma e de imediato votaram sobre os efeitos que seriam deferidos ao acórdão,

Já o segundo método, também chamado de modelo bifásico, ocorreria se os ministros dividissem o julgamento em dois momentos. Primeiro se debateria e julgaria a constitucionalidade da norma e somente após se verificaria se era ou não possível à modulação dos efeitos da decisão. Nos julgados estudados não se verificou nenhum caso no qual isso ocorreu, sendo sempre debatido e votado de forma conjunta com a avaliação da constitucionalidade. Devendo-se salientar, que (MOROSOV, 2012) em estudo realizado sobre o assunto, afirma não ter encontrado decisões nas quais no controle difuso foi aplicada a técnica do julgamento bifásico.

Outra questão que aparece é se poderia o tribunal realizar a modulação em outro momento do processo, após a publicação do acórdão do julgamento. Sobre esse tema (MOROSOV, 2012), afirma que se caso isso fosse possível seria na avaliação de embargos de declaração, nesse estudo foram colacionados apenas dois embargos de declaração que são os [RE 593849 ED-segundos/MG](#), [RE 377457 ED/PR](#), em ambos não se verificou a mudança de entendimento pelo deferimento de modulação de efeitos, mas sim, foi verificada apenas a manutenção das decisões anteriores. Contudo, a doutrina traz casos em que foi aplicado o deferimento da modulação no controle incidental quando do julgamento de embargos de declaração, exemplo disso foram os [RE 500.171 ED/GO](#) e o [RE 600.885 ED/RS](#), nos quais quando do julgamento dos embargos de declaração foi deferida a modulação dos efeitos (MOROSOV, 2013).

6 CONCLUSÃO

Após a análise dos dados acima colacionados, foi possível constatar que é possível modular os efeitos das decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade, para isso o Supremo Tribunal Federal utiliza-se das previsões normativas contidas nos art. 27 da Lei 9.868/99 e no art. 11 da Lei 9.882. Além das disposições contidas no art. 927 do novo Código de Processo Civil, fazendo-se a

ressalva que a previsão contida neste código é aplicada apenas quando da análise de caso em que ocorreu a mudança de jurisprudência pelo tribunal.

Constatou-se ainda que a Suprema Corte brasileira, nos julgamentos dessa natureza exige que estejam presentes os requisitos da segurança jurídica ou do excepcional interesse social e que e que seja aprovado pelo quórum de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, foi constatado que as decisões da Suprema Corte em controle incidental poderão ter seus efeitos modulados para três momentos distintos. São eles: *ex nunc*, ou seja, do momento do transito em julgado do acórdão em diante; *pro futuro*, de um determinado momento futuro em diante; ou por meio da Declaração de inconstitucionalidade parcial sem pronúncia de nulidade, no qual o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da norma, mas não a invalidade, pois isso causaria mais danos do que a permanência dessa norma no mundo jurídico.

Outro ponto avaliado neste trabalho trata-se sobre o momento em que a Suprema Corte avaliará a técnica da modulação, no qual se constatou que poderá ocorrer em dois momentos: durante o julgamento da ação principal ou na análise de embargos de declaração.

Por fim, percebeu-se que a aplicação da técnica da modulação dos efeitos temporais em sede de controle difuso de constitucionalidade demonstra-se necessária, desde que presentes os seus requisitos autorizadores, já que sim assim não fosse, restaria ferida a confiança das pessoas nos textos normativos em vigor.

7 REFERÊNCIAS

BRAZ, Mariane Cereja. *O STF e a modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade abstrato e concentrado*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2012. Disponível em: <http://sbdp.org.br/arquivos/monografia/211_Mariane%20Braz.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2018.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade do Controle Difuso. Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5a. Região, TRF 5ª Região, Recife – Pernambuco, Nº 12, p.155-178, 2007.

FERREIRA, Maria Elizabeth Malaquias. Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade e reflexos sobre a norma do art. 52, X, da Constituição Federal. Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, a. 44 n. 173 jan./mar. 2007.

JACOB, Ricardo de Melo. *O STF e a modulação dos efeitos: construções jurisprudenciais sobre a aplicação deste instituto*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2011. Disponível em: <http://sbdp.org.br/arquivos/monografia/200_Ricardo%20de%20Melo%20Jacob%20-%20Monografia%20-%20Revisada.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2018.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 18ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1ª. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira, Controle de constitucionalidade. Caderno de Direito Constitucional. Porto Alegre. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006.

MOROSOV, Matheus Henrique Marques. *Modulação de efeitos no STF: construção, desenvolvimento e aplicação do instrumento*. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2013. Disponível em: <http://sbdp.org.br/arquivos/monografia/244_Matheus%20Morosov.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2018.

NAPOLITANO, Marcelo Rizzo. Modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade de matérias trabalhistas. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2015. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/282_MarceloRizzo_publicacao.pdf> Acesso em: 3 jan. 2018.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões: a modulação em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais. Monografia da Escola de Formação da sbdp de 2008. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/113_flavio.pdf> Acesso em: 02 jan. 2018.

REIS, Luciano Elias. A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 177-190, out./dez. 2010.

SARMENTO, Daniel. Eficácia Temporal do Controle de Constitucionalidade das Leis (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis. in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 212, p. 27-40, abr./jun. 1998.

A (IM)PENHORABILIDADE DO SALÁRIO NA ATUAL VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: É PROIBIDO, MAS SE QUISER PODE.

THOMAS UBIRAJARA CALDAS DE ARRUDA:

Advogado licenciado. Assessor Jurídico na Procuradoria-Geral de Justiça (MP/MT). Especialista em Direito Processual Civil (UFMT).

Circula na internet a imagem de uma placa, provavelmente instalada em um salão de festas, com os seguintes dizeres: **“É proibido dançar agarrado, mas se quiser pode”**. À parte da aparente anedota que integra a frase e a circunstância na qual foi utilizada, me permiti imaginar situações, de modo a contextualizar o leitor com o tema adiante abordado.

Será que a proibição de dançar agarrado seria afastada pela simples vontade das partes envolvidas? Ou esta vontade deveria estar atrelada a uma justificativa plausível, como, por exemplo, “só pode dançar agarrado se estiver apaixonado”, ou, ainda, “só é possível dançar agarrado se o salão estiver lotado”?

Afinal, como interpretar uma norma jurídica? O que pode e o que não pode ser mitigado ou relativizado?

Sobre o tema **impenhorabilidade salarial**, embora seja possível encontrar decisões em sentido contrário (AgRg no AREsp 792.337/MS - DJe 6/3/2017; AgRg no AREsp 143.850/RJ - DJe 25/4/2016; REsp 1.608.738/MS - DJe 7/3/2017; REsp 1.721.084 - DJe 17/04/2018), o entendimento mais recente da **Quarta Turma do STJ**, firmado no julgamento do **Agravo em Recurso Especial nº 1.336.881/DF (jul. em 23/04/2019)**, assentou que a natureza da dívida e a alta renda do executado são elementos que autorizam a penhora do salário para quitação de alugueis residenciais. Na ocasião, foi reconhecida a possibilidade da penhora de 15% da remuneração bruta do devedor de dívida locatícia, em virtude dos altos rendimentos por ele percebidos.

Na visão do relator, ministro Raul Araújo, o Código de Processo Civil de 2015 deu um tratamento diferente à regra da impenhorabilidade, por ter suprimido a expressão “absolutamente” (onde constava, no texto do CPC/1973, o termo “são absolutamente impenhoráveis”, passou a constar apenas “são impenhoráveis”).

A alteração, para o ministro, abriu margem para a mitigação da regra de impenhorabilidade do salário e que “então, é para além disso, das próprias relativizações que expressamente já contempla, que o novo código agora permite, sem descaracterização essencial da regra protetiva, mitigações, pois se estivessem estas restritas às próprias previsões já expressas não seria necessária a mudança comentada”.

Em caso semelhante, julgado sob a égide do CPC/73, a Corte Especial (STJ) já havia se manifestado no sentido de que **“a regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 649, IV, do CPC/73; art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcionada quando for preservado percentual de tais verbas capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família”** (REsp 1.582.475/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 19/03/2019).

Para o tribunal, não seria razoável que o credor seja impossibilitado de obter a satisfação de seu crédito, especialmente em situações em que não haja comprometimento da manutenção digna do executado, motivo pelo qual deve ser prestigiado o princípio da efetividade e da dignidade humana.

A tese firmada pela Corte Superior, no entanto, destoa completamente da nova codificação processual, mais precisamente do texto disposto no **artigo 833, inciso IV e §2º do CPC/2015**. Vejamos:

“São **impenhoráveis**:

(...)

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os **salários**, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o §2º;

(...)

§2º O disposto nos incisos IV e IX do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia,

independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, §8º, e no art. 529, §3º.”

Ao contrário do afirmado no julgado referenciado acima, de que a supressão do termo “absolutamente” abriu livre caminho para a relativização da impenhorabilidade, na realidade apenas sistematizou as normas atinentes ao tema, especificando o que o legislador desejou que fosse, de fato, “relativizado”.

Como se vê, conquanto o novo diploma tenha mantido a regra da impenhorabilidade do salário, previu uma maior flexibilização, permitindo a penhora, também, para pagamento de prestação alimentícia de **qualquer origem** (art. 833, §2º, primeira parte), bem como em relação às dívidas de qualquer natureza que excedam **50 (cinquenta) salários-mínimos** (art. 833, §2º, segunda parte).

As hipóteses previstas no art. 833 do CPC/2015 podem, ainda, ser consideradas hipóteses de impenhorabilidade absoluta, sendo que as restrições estão expressamente descritas no próprio texto legal, seja de impenhorabilidade relativa (dívidas decorrentes de prestação alimentícia ou relativas ao próprio bem e dívidas da pequena propriedade rural utilizada pelo trabalho da família, por exemplo), seja de **impenhorabilidade parcial** (dívidas que superem cinquenta salários-mínimos) (Hermes Zanetti Jr, in Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. XIV. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018).

Especificamente em relação à possibilidade de penhora do salário, houve uma sensível evolução no ordenamento jurídico brasileiro, à guisa da legislação de outros países que também permitem a penhora de parte da remuneração do devedor, como, por exemplo, na Europa: Portugal, Espanha, Alemanha e Itália e; na América do Sul: Chile, Argentina e Uruguai.

Sem descuidar de posicionamentos divergentes, ao delimitar o teto de cinquenta salários-mínimos, a lei quis fixar um parâmetro **objetivo** a ser observado para excepcionar a regra da impenhorabilidade, justamente para eliminar a carga de subjetividade que vinha sendo utilizada recorrentemente pelo STJ no processo de relativização da regra.

Se assim não o quisesse o legislador (fixar critério objetivo), teria apenas estabelecido que “o salário é impenhorável, exceto quando não comprometer a dignidade e subsistência do devedor” ou “o salário é impenhorável, salvo **se de elevado valor**” (este último exemplo foi utilizado como exceção da impenhorabilidade dos vestuários e pertences de uso pessoal – art. 833, III do CPC/2015), hipótese em que ficaria a cargo do juiz avaliar, casuisticamente, definir o que é e o que não é de “elevado valor” e quando a subsistência do devedor não restaria ameaçada.

Não restam dúvidas que a lei processual determinou um valor mínimo considerado impenhorável, o qual, para o legislador, é o que corresponde à integração do princípio do patrimônio mínimo e dignidade humana do devedor.

Certa ou errada, é a lei.

Não concordo que o valor seja justo e razoável, mas entre que é justo e o que é direito há uma certa diferença, assim como há uma larga diferença entre discutir a questão e propor novas alterações na lei e corrigir judicialmente qualquer desacerto do legislador. Fugir do direito para buscar a justiça pode ser perigoso e ocasionar graves traumas ao Estado Democrático de Direito.

É perfeitamente compreensível a preocupação do STJ em garantir a efetividade material do direito da parte que vê a demanda judicial como a única forma de obter a sua pretensão. Isso porque a delimitação do valor de cinquenta salários-mínimos para garantir a impenhorabilidade do salário não corresponde à realidade econômico-social brasileira, considerando que uma diminuta parcela da sociedade possui rendimentos mensais superiores ao referido valor.

Não se pode esquecer, todavia, que não cabe ao Poder Judiciário reescrever a norma, mas interpretá-la. E o esforço interpretativo requer cuidados, para que o subjetivismo não seja utilizado como a panaceia de todos os males, mesmo daqueles nascidos das péssimas escolhas legislativas, sob pena de o juiz ultrapassar o papel de intérprete e aplicador da lei para o de *judge made law* (juiz que cria o direito) (<https://emporiododireito.com.br/leitura/juizes-de-todo-o-pais-fundamentem-as-vossas-decisoes>).

Conforme bem pontuado por Rodrigo Becker, o legislador fez a opção de trazer a regra de impenhorabilidade do salário e especificar a suas exceções

(impenhorabilidade relativa e impenhorabilidade parcial), sendo que **“interpretar não pode ter por função modificar, mas sim, extrair o melhor significado dentro do âmbito de possibilidade oferecida pela norma legal. Se não é a melhor norma, cabe perseguir uma forma de corrigir o problema, dentro das opções democráticas oferecidas pela Constituição”** (<https://emporiiodireito.com.br/leitura/pode-haver-penhora-de-salario-para-pagamento-de-dividas-nao-alimentares>).

Não pode o mero desejo do juiz substituir a lei, sem uma justificativa jurídica - e hermeneuticamente - válida. Aliás, Becker ressalta que **“se é ou não constitucional, é questão de inconstitucionalidade, e não de interpretação a partir de princípio”**. É esta a crítica que faz Lênio Streck ao destacar que há limites interpretativos e que **“uma decisão judicial que afasta a exceção do artigo 833, IV, fora das exceções previstas no próprio dispositivo, seria/é casuística e ativista”** (<https://www.conjur.com.br/2018-jan-04/senso-incomum-stj-erra-permitir-penhora-salario-expressa-vedacao-legal>)

De todo modo, é claramente perceptível que o STJ seguirá trilhando esse caminho, avaliando a possibilidade de penhora do salário de acordo com o caso concreto, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Mas de que maneira isso será parametrizado? De acordo com os rendimentos do executado, a recalcitrância do devedor, a duração do processo, o montante e a natureza da dívida, a condição socioeconômica do credor? Difícil dizer, já que a análise sempre buscará resguardo no princípio da dignidade humana e a infinitude de situações possíveis permitirá a criativa produção de critérios particulares.

Por fim, ousou afirmar que o temperamento, para não dizer sepultamento, da regra da impenhorabilidade (parcial) do salário, abre margem para o tão criticado voluntarismo judicial e, reitero, com todo o respeito às opiniões que seguem direção oposta, o senso de querer fazer justiça produzirá um contingente cada vez mais numeroso de verdades incontornáveis, alérgicas ao firme sentido da lei.

O ENSINO JURÍDICO E O POSITIVISMO-LEGALISTA: A DIFUSÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO NO BRASIL E SUPERAÇÃO DA EDUCAÇÃO BANCÁRIA

MARIA LAURA PEREIRA DA SILVA:
Graduanda do Curso de Direito pela
Universidade Federal do Maranhão.

RESUMO: O presente trabalho, através do método de pesquisa bibliográfico e documental, parte da problemática do modelo positivo-legalista no ensino jurídico brasileiro, bem como dos impactos de sua consolidação no sistema de justiça. Observa-se no meio acadêmico que o ensino do direito é restrito a memorização de códigos e leis autônomas, grades curriculares mais enxutas e métodos repetitivos e mecanizados – que não trazem quaisquer possibilidades de desenvolvimento de um pensamento crítico e do diálogo transformador e problematizador entre alunos e professores. É certo que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) asseguram um ensino de qualidade, em que seja disseminado o conhecimento reflexivo e a aptidão do profissional para colaborar com o desenvolvimento da sociedade brasileira. Nesse sentido, sem esgotar o tema, este artigo tem por objetivo apontar as teorias de Paulo Freire e Luís Alberto Warat como alternativas ao modelo predominante, através da aplicação do método da educação dialógica para a propagação do saber de forma democrática e reforçando a capacidade crítica do futuro jurista, sua insubmissão e sua curiosidade, na quebra do paradigma da educação bancária.

Palavras-chave: Ensino Jurídico; Direito Crítico; Positivismo Jurídico; Paulo Freire; Educação dialógica

Abstract: The present work, through the method of bibliographic and documentary research, starts from the problematic of the positive-legalist model in Brazilian legal education, as well as the impacts of its consolidation in the justice system. It is observed in the academic environment that the teaching of law is restricted to the memorization of autonomous codes and laws, leaner curricular grids and repetitive and mechanized methods - that do not bring any possibilities for the development of critical thinking and transformative and problematizing dialogue among students and teachers. It is true that the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB) and the Law on the Guidelines and Bases of National Education (LDB) ensure

quality education in which reflective knowledge and the professional's ability to collaborate in the development of Brazilian society. In this sense, without exhausting the theme, this article aims to point out the theories of Paulo Freire and Luís Alberto Warat as alternatives to the predominant model, through the application of the method of dialogical education for the propagation of knowledge in a democratic way and reinforcing the critical capacity of the future jurist, his insubmission and his curiosity, in breaking the paradigm of banking education.

Keywords: Legal Education; Critical Right; Legal Positivism; Paulo Freire; Dialogical education.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2. O ensino jurídico no Brasil e o atual modelo de difusão do conhecimento; 2.1 Histórico das faculdade de direito no país; 2.2 A faculdade de direito hoje e os fins que pretende atingir; 3. Princípio basilares do ensino jurídico brasileiro e suas consequências: a obediência ao modelo positivo-legalista e a produção do fato jurídico 3.2 A cultura positivo legalista na educação jurídica brasileira; 3.3 A produção do conhecimento como simulacro do mundo real: programa curricular e o currículo oculto; 4. A educação dialógica (Freire) e a prática jurídica transformadora (Warat) como alternativas ao modelo de educação bancária. 5. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Muitas são as discursões e debates acerca da temática educacional e sua veiculação, tendo em vista que pesquisadores de variadas áreas têm argumentado que a educação é o caminho mais viável para a efetivação de um crescimento econômico e da justiça social de uma maneira duradoura e democrática.

A educação básica, que aborda a educação infantil e os ensinamentos fundamental e médio, e a educação superior são de imprescindível importância para a qualificação de profissionais competentes para arcar com as demandas, resolver os problemas e sugerir alternativas dentro do atual contexto econômico e social que se insere o Brasil.

Neste trabalho, o ponto central será a educação superior, mais especificamente o curso de graduação em direito. Em relação ao direito, a relevância de uma educação de qualidade se baseia na atuação que o profissional

dessa área exercerá, agindo no asseguramento de direitos, promoção da liberdade e igualdade, resolução de conflitos e implementação de valores relacionados à justiça.

Com a finalidade de provocar uma reflexão acerca do tema, o presente artigo encontra-se seccionado em dois momentos. Em um primeiro momento será feita uma análise crítica sobre o presente modelo de educação jurídica, sendo abordado a presença da ideologia Positiva-Legalista centrada na racionalidade tecno-formal. No segundo momento, serão debatidas outras vertentes do processo pedagógico, aludindo ao pensamento de Paulo Freire e Luis Alberto Warat.

A discussão sobre a educação jurídica se inicia com a ideia de que uma determinada sociedade com debilidade social e jurídica não deve se abster do profissional do direito e no seu potencial poder de agente transformador da sociedade, devendo combater o modelo de educação jurídica legalista, bancária e comum, presente nas instituições de ensino superior do Brasil.

2 O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL E O ATUAL MODELO DE DIFUSÃO DO CONHECIMENTO

Em 1988 a então vigente Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada, trazendo um rol diverso de direitos e garantias fundamentais, dentre eles, o direito a uma educação de qualidade, dispendo de forma geral:

“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”

Não obstante, em 1996 foi publicada a Lei de Diretrizes Básicas da Educação, que veio com o papel de traçar normas específicas, além de direcionar os rumos dos ensinos básico, superior e profissionalizante. Acerca do ensino superior:

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais

e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

[...]

Com isso, se observa o distanciamento do ensino estritamente legalista e formal realizado dentro da sala de aula para o ensino multicultural previsto nos documentos legais referentes à educação.

2.1 Histórico das faculdades de direito no país

As faculdades de direito no Brasil surgiram em 1827 com a necessidade de criação de um ordenamento jurídico próprio, buscando a presença de intérpretes e legisladores pátrios, tentando desvincular-se da Universidade de Coimbra para a realização dos tais feitos. Além disso, após a independência, os estudantes de direito residentes em Coimbra passaram a ser hostilizados pelos portugueses.

As primeiras universidades buscaram principalmente a formação de intelectuais humanísticos, não meros “operadores” do direito. A educação visava fomentar a interdisciplinaridade entre as áreas da história, jornalismo, filosofia e etc. Entretanto, o ensino do direito naquela época era restrito a somente uma pequena parcela da sociedade – o ensino superior como um todo.

2.2 A faculdade de direito hoje e os fins que pretende atingir

É cediço que o direito, nos seus variados contextos históricos, reflete e sempre refletiu proposições, enunciados e interesses de grupos hegemônico, servindo para engrandecer o Liberalismo e para ratificar interesses capitalistas. Além disso, há uma maciça quantidade de aberturas de cursos de Direito, em virtude de seu baixo custo de implantação e suas promessas de um rápido acesso ao mercado de trabalho.

Quando questionados sobre os motivos pelos quais elegeram a carreira jurídica, a maioria dos estudantes de Direito respondem que foi por conta do vasto leque de opções a seguir, principalmente no ingresso em cargos públicos – que garantem um salário razoável e estabilidade.

Os concursos públicos, da forma como vêm sendo executados, também reforçam esse modelo positiva-legalista dentro das salas de aula, tendo em vista

que não exigem do estudante um conhecimento criticista, analítico, político ou voltado para o contexto social, havendo unicamente uma cobrança de acúmulo de conhecimento e memorização de dispositivos legais, sem muito contato com a realidade social ou problemáticas globais.

Servindo então o ensino jurídico hoje, apenas para a manutenção do *status quo* social, a manutenção do interesse da elites, liberais e aplicação meramente profissionalizante.

3 PRINCÍPIOS BASILARES DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS: A obediência ao modelo positivo-legalista e a produção do fato jurídico

Quando falamos em políticas e projetos nacionais para desenvolvimento da educação no Estado brasileiro, entende-se que o ensino básico e superior são de importância singular para a capacitação de futuros profissionais gabaritados para solução dos problemas de ordem social e econômica, visto que pesquisadores das mais variadas áreas e países concordam que a educação é o único meio da promoção de melhorias realmente duradouras.

Em se tratando do ensino do direito, esse papel assume maior relevância, já que os operadores/atores jurídicos desempenharão atividade central na garantia de direitos, solução de conflitos, combate à violência, promoção da liberdade e igualdade, dentre outros – o que corrobora com a necessidade de uma educação de qualidade.

No entanto, dentro Faculdades/Universidades jurídicas, o que se percebe é uma flagrante lacuna relacionada à base de conhecimento adquirida pelo aluno. É que, por muitas vezes, a fragilidade do ensino nos níveis anteriores (com pouca carga filosófica e sociológica), desconectado da realidade social, almejando apenas a conquista de uma vaga no nível superior, leva os professores a adotarem práticas ortodoxas de transmissão do conhecimento, o que tem consequências catastróficas na formação do novo jurista.

Além disso, a construção do campo educacional brasileiro surge com deficiências que perpassam as fronteiras nacionais, o que nos fez adotar, em especial, o modo de saber português, que estava pronto para ser implantado irrefletidamente – é dizer, sem adaptação ao ambiente brasileiro, singular por natureza.

3.1 A Cultura Positivo-legalista na Educação Jurídica Brasileira

Historicamente, o exercício do direito como regulador da vida social – numa clara visão classista – ficava a cargo de uma elite dominante que exercia tal papel julgando ou defendendo aqueles que por algum motivo tinham se envolvido em condutas socialmente reprováveis.

Assim, a cultura educacional do nosso país sempre teve como objetivo atender as necessidades da burguesia, atendo-se às demandas do mercado, em completa dissonância com a formação crítica e o âmbito histórico que, sublinhamos, é fundamental à formação. Essa tendência permanece desde a criação das primeiras faculdades de direito no Brasil (Olinda e São Paulo, em meados da década de 30 do século XIX), adotando-se o modelo positivo-tecnicista de ensino.

Partindo dessa premissa, tem-se que a educação em Direito deveria romper com a valoração da norma, atendo-se à noção de segurança e certeza como forma de previsibilidade das consequências jurídicas das condutas no mundo da vida. Nesta baila, o direito limita-se ao que é declarado pelo Poder Legislativo e pela reprodução da norma pelo Poder Judiciário, devendo então o intérprete do direito manter-se passivo.

O positivismo se opõe a suposições e especulações. No campo jurídico, o positivismo vai contra às explicações metafísicas do direito, associadas ou à divindade ou à razão, como àquelas apegadas a “juízos morais particulares”, vinculadas à justiça do caso concreto, que fariam o balanço entre os interesses sociais e particulares.

Nessa perspectiva, Norberto Bobbio acaba afirmando que todo o direito fica reduzido ao direito positivo. O direito acaba se resumindo a um sistema de normas e poderes proveniente de atos de vontade identificados socialmente, sem qualquer vinculação a uma ordem ou autoridade externa ou superior à manifestação de vontade da sociedade. O Direito natural é excluído da categoria de direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito.

Tais interpretações adentraram nos currículos e salas de aula, forjando um determinado modelo de educação jurídica. Diante da repulsa ao jusnaturalismo; da interpretação criadora (e criativa); da confiança numa suposta certeza jurídica,

capaz de promover segurança; da expulsão dos valores da ciência jurídica e o apego à lei, produzida pelo Estado, o conteúdo e a prática da educação jurídica recebem formatação específica.

3.2 A produção do conhecimento como simulacro do mundo real: programa curricular e o "currículo oculto"

Característica marcante da pedagogia nacional, a formação profissional (nomenclatura que, por si só, já indica muita coisa) do estudante é permeada pela influência do sistema econômico no desenvolvimento da mente do alunado no decorrer da Universidade – de modo que a própria grade curricular é permeada por disciplinas de cunho estritamente material (Direito Civil, Processual Civil, Empresarial), limitando a expertise em áreas da vida que são, em quase sua totalidade, incapazes de promover a mudança social que é tão aguardada pelas gerações anteriores e a parcela da população que sempre esteve às margens do poder econômico e político.

Somado ao aspecto visível da produção do conhecimento jurídico (materializado nessa grade curricular citada), existem também as práticas subliminares, sutis, observadas na maneira como normas e valores sociais são transmitidos no contexto das escolas, que socializam os discentes à aceitarem um conjunto de regras, crenças e disposições fundamentais para o funcionamento da sociedade mais ampla, num verdadeiro treinamento do futuro jurista para que sustente, no futuro, compromissos e habilidades exigidas pelo mercado. Essa tendência implícita, exterior ao próprio ensino mecânico, denomina-se de currículo oculto.

O modelo de educação positivo-tecnicista-legalista, para que seja aplicado com máxima eficácia pelo operador (e aqui, faz-se uso do caráter unicamente mecânico do sujeito, sem a análise crítica de seu conhecimento e de sua conduta, em contraste com o ator jurídico) quando de sua atuação em sociedade, deve procurar o alinhamento do conhecimento meramente legal com as práticas internalizadas no curso de Direito, de forma a concretizar as pautas de funcionamento da sociedade capitalista.

Luís Alberto Warat indica que este fenômeno é decorrente do "Senso Comum Teórico dos Juristas", entendido como um conglomerado de opiniões, crenças, ficções, fetiches, hábitos expressivos e estereótipos que governam e

disciplinam anonimamente a produção da subjetividade dos operadores da lei e do saber do direito, compensando-os de suas carências, que influenciam tanto o processo decisório como o processo de ensino do Direito.

Nesta senda, o saber jurídico é envolto pela noção de hegemonia da classe dominante quando ela tenta colocar-se também como ideologia dominante: ou seja, o atual modelo de ensino jurídico propõe o conformismo, a obediência e o individualismo com o sistema de funcionamento político-econômico-social. Deste modo, é evidente a função legitimadora do ensino jurídico praticado no Brasil, afastado de qualquer compromisso com os reais problemas que historicamente assolam a população.

A partir desse raciocínio, é fácil observar a origem de decisões aberrantes, totalmente ausentes de contextualização com a realidade social – em virtude ou do conteúdo que é passado nas escolas de direito e do ideário acadêmico reprodutor do status quo, que aplica o direito patrimonial em detrimento dos direitos sociais, mantendo a posição hegemônica original de classe dos sujeitos que buscam o auxílio do Poder Judiciário.

O ensino piora de qualidade pela larga aplicação do positivismo jurídico e do senso comum teórico, que, instrumentalizados resultam em uma esterilidade reflexiva capaz de sufocar as possibilidades interpretativas. Este discurso dogmático, se propondo a ser neutro, disfarça satisfatoriamente o “fumus ideológico que, de forma inexorável está por detrás de cada interpretação da lei, de cada sentença, enfim, década discurso acerca do Direito” (STRECK, 2007, 69).

A compreensão mais abalizada de modo a quebrar esse paradigma seria a detida análise dos fatos para, somente em momento posterior, avaliar as políticas necessárias à efetivação de direitos, possibilitando que a atuação do profissional vincule-se à transformação social, estruturando soluções que abordem os graves problemas da vida comum.

Contudo, a principal questão é que o atual ensino jurídico, em seu presente formato e direcionamento, não prepara profissionais capazes de refletir essa questão, tornando-os ineficazes em atuar sobre ela. Conseqüentemente, temos um déficit de atuação nas áreas que conectam os temas Direito e políticas

públicas, em suas várias dimensões, trazendo consigo uma falência na concretização eficaz dos direitos fundamentais, sobretudo os de caráter social.

Parte disso encontra alicerce nas novas preocupações expostas pela cátedra, direcionadas aos exames de avaliação de desempenho (ENADE) ou de integração nos quadros profissionais (OAB e Concursos Públicos), que, visando atingir melhores resultados nesse sistema à parte, promovem o ensino raso, técnico e com aplicação específica “do direito para as questões”. Existe assim o estudo não mais da ciência, mas dos métodos avaliativos, criando largo espaço para o direito “mastigado”, “resumido”, bizús e Cursos Preparatórios prontos para abarcar a demanda pelo cargo público, em detrimento da própria função social do jurista.

Exemplos relacionados à reintegrações de posse com uso extremo de violência, o uso da teoria do direito penal do inimigo, a mitigação do princípio da presunção de inocência (em especial no cumprimento de pena após condenação em segunda instância) e ausência de fundamentação das decisões são reflexos dessa (de)formação promovida nas Faculdades.

É esse comportamento que o Direito Crítico busca evitar, passando a usar teorias relacionadas à pedagogia (jurídica) para superação do cenário social vinculado à manutenção do *status quo*, valendo-se de práticas inovadoras como alternativas capazes de promover a transformação que deveria ser o foco do ator jurídico. Como expoentes, apontamos o modelo de educação dialógica de Paulo Freire e a prática jurídica transformadora de Luís Alberto Warat, como será visto a seguir.

4 A EDUCAÇÃO DIALÓGICA (FREIRE) E A PRÁTICA JURÍDICA TRANSFORMADORA (WARAT) COMO ALTERNATIVAS AO MODELO DE EDUCAÇÃO BANCÁRIA

O presente trabalho, como fora visto alhures, enfrentou a análise da ideologia positivista-legalista no ensino jurídico brasileiro, apontando algumas consequências conceituais e pragmáticas da sua doutrina. Tal acepção perpassa pelo que Paulo Freire (2001) entende por modelo de Educação Bancária, em detrimento do que é colocado pelo pedagogo como central no processo de aprendizagem: o diálogo.

Aproveitando as lições de Paulo Freire na obra *Pedagogia do Oprimido*, escrita em 1968, observa-se que a cultura educacional pautada na ação antidialógica é uma forma de colonização das mentalidades e subalternização dos saberes. Para tanto, faz-se necessária a conquista por parte dos dominadores e se funda na ação destes, que preferem manter a desunião dos oprimidos, os quais, divididos, ficam enfraquecidos e tornam-se facilmente dirigidos e manipulados.

No contexto do ensino jurídico no Brasil, percebe-se que, enquanto a prática bancária, implica numa espécie de anestesia, inibindo o poder criador dos educandos, a educação problematizadora, de caráter autenticamente reflexivo, implica num constante ato de desvelamento da realidade. A primeira pretende manter a imersão; a segunda, pelo contrário, busca a emersão das consciências, de que resulte sua inserção crítica na realidade.

Essa metodologia, primordialmente expositiva, que entende os estudantes enquanto vasos receptores de conhecimento ao invés de sujeitos ativos de seu ensino. O diálogo, concebido como forma de alteração da educação bancária opressora, cria uma verdadeira educação dialógica, deve ser visto como capaz de formar indivíduos mais atuantes, conscientes, livres e, conseqüentemente, mais humanos – tornando o ser ator e sujeito do seu processo histórico. Evidentemente essa capacidade problematizadora do diálogo, não está incluída no método expositivo.

Segundo o entendimento freireano de que a inter-relação de sujeitos sociais engendra um potencial político-pedagógico de emersão de consciências, a relação dialógica entre professor e aluno propicia o desenvolvimento de uma consciência coletiva dos sujeitos jurídicos, além de possibilitar o crescimento de um sentimento coletivo forte para disputa de espaços no plano social.

No caso do direito, não é suficiente, ao contrário da prática universitária quase totalmente consolidada, o simples treinamento técnico do estudante; é necessário formar. E, no dizer de Freire, “formar é muito mais que puramente treinar o educando no desempenho de destrezas” e “ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua produção ou a sua construção” (FREIRE, 1996).

No mesmo sentir, a percepção do direito sob a lente positivo-legalista acabou por se constituir naquilo que já fora citado no capítulo anterior: o sentido comum teórico dos juristas, fruto da teoria de Luis Alberto Warat, constituído por determinadas práticas situadas na base de todos os discursos científicos jurídicos, interiorizando, ideologicamente, convenções linguísticas acerca do direito. Essa esterilidade jurídica encontra as academias através da dogmática, que, tal como uma escolástica do direito, reproduz a ausência de possibilidade de construção dos discursos alternativos ao ideário vigente.

Warat complementa ao indicar que o Senso Comum Teórico dos Juristas é que rege implicitamente a produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas do Direito. Este conceito indica a dimensão ideológica das "verdades jurídicas". Ao redor desse senso comum, obtém-se apenas o debate periférico, mediante a elaboração de respostas que não ultrapassam o a interpretação prefixada (técnica, dentro do sistema, amarrada e burocrática - positivo-legalista), levando ao empobrecimento do saber e da qualidade do direito produzido à sociedade, incapaz de resolver os problemas da vida – complexa por natureza.

Nessa toada, o ensino do direito não deve significar uma domesticação dos futuros juristas, mas, longe disso, deve ser uma prática libertária para aumentar as possibilidades de compreensão do jurídico.

Superando esse quadro, Warat explica que estudar direito deve ser sentir o direito. Na aula "busca-se a realização coletiva de um imaginário carnavalizado, onde todos possam despertar para o saber do acasalamento da política com o prazer, da subversão com a alegria, das verdades com a poesia e finalmente da democracia com a polifonia das significações".

Ao professor cabe, portanto, provocar, inquietar, despertar o aluno para a curiosidade, a pesquisa, o aprendizado. Sendo assim, numa educação progressista como queria Freire, não está no professor uma suposta informação de que o estudante precise; está no professor o dispositivo que fará o estudante encontrar não só as informações, como, para além disso, a sabedoria, desde sempre crítica, da realidade associada ao direito.

Sendo assim, como afirma Warat, faz-se necessário um ensino jurídico que se reconheça como uma prática política dos direitos humanos (WARAT: 1997)

por entender o papel do Direito enquanto instrumento capaz de agir na realidade político-social-econômica. Para tanto, aponta a articulação, e a modificação do próprio o espaço formal do Direito, partindo para uma criação transformadora, pois não há lógica construtiva no atual modelo de ensino burocrático. Propõe, no caso uma forma aberta em relação ao processo de aprendizagem, no que ele mesmo chama de “imaginação carnavalizada”, pois todos protagonizam a compreensão de seus vínculos com a vida, não havendo a separação entre a voz do professor e dos alunos – ou seja, para fora do método disciplinar e controlador gerenciado pelas relações de poder das amarras do sistema jurídico-capitalista.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo reflexões acerca da educação jurídica brasileira, percebe-se que o mesmo abriga diversas características do positivismo-legalista: a rejeição do direito natural, a atuação exclusivamente declaratória do juiz e sobreposição da lei sobre as demais fontes do direito.

Do mesmo modo, foi possível fazer a crítica da educação jurídica baseando-se no paradigma acima mencionado, analisando práticas rotineiras nas salas de aula, que reduzem o estudante a mero objeto a ser treinado de acordo com os quesitos qualitativos dados pelo professor.

Depois, algumas práticas e conceitos foram debatidos a partir da pedagogia de autonomia e libertação presente da teoria freireana, tanto quanto o surrealismo transformador waratiano. O objetivo foi de projetar propostas para a educação jurídica no Brasil, débil pela pretensão do domínio do direito que se mostra restrito às normas e distante da realidade.

O modelo de educação jurídica que se almeja é aquela que forneça para o despertar da justiça social e a constatação das diferenças encontradas na realidade dos sujeitos. Entretanto, somente enquanto a relação de aprendizagem não se basear na simples transmissão de informações que visam ser disponibilizadas por uns e armazenadas por outros, é que se far-se-á possível a conversão de uma educação tecnicista e formadora de “operadores” numa educação de priorize a autonomia do indivíduo.

REFERÊNCIAS

FILHO, Roberto Lyra. **O que é Direito?** São Paulo: Brasiliense, 2011.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa.** 25ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. **Pedagogia do Oprimido.** São Paulo: Paz e Terra, 2011.

LIMA, P. M. P. S; SAFFIOTI JUNIOR, P. J. GONÇALVES, F. D. **Novo ensino, novas políticas: Transformações no Ensino Jurídico como forma de promover mudanças sociais, econômicas e políticas.** In: WOLKMER, A. C.;

CORREAS, O. (Org.). **Crítica Jurídica na América Latina.** Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 471 – 487.

MACHADO, **Antônio Alberto.** **Ensino Jurídico e Mudança. Social.** São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MOURA, João Carlos da Cunha. **Ensino jurídico: da reprodução à arte cátedra.** In: Revista Espaço Acadêmico,

vol. 18, n. 181, pp. 30-40, 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade.** São Paulo: Cortez, 2004.

SUPITZ, Carolina Elisa; POZZATI JUNIOR, Ademar. **Análise e crítica da educação jurídica: do positivismo-legalista à autonomia de pensamento.** In: WOLKMER, A. C.; CORREAS, O. (Org.). **Crítica Jurídica na América Latina.** Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 488 - 509.

WARAT, Luís Alberto. Introdução Geral ao Direito II. **Epistemologia Jurídica da Modernidade.** Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995.

_____. **Teoria Geral do Direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna.** Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris editora, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

OS DESAFIOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

PAULO HENRIQUE MARTINS MACHADO FILHO:

Bacharelando do curso de Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

RESUMO: O presente artigo visa analisar os desafios enfrentados para a efetiva e correta aplicação do princípio do *in dubio pro reo* – corolário de um sistema processual penal de viés acusatório – na persecução criminal nacional. Apesar da instituição, pela Constituição Federal de 1988, de um processo garantista e preocupado com o respeito aos direitos fundamentais, ainda permanecem resquícios de institutos de caráter inquisitorial no processo penal brasileiro, fruto da perpetuação de um Código elaborado sob a égide deste pensamento. Diante disso, busca-se identificar os efeitos irradiantes do *in dubio pro reo* para a adequada consecução de um modelo de processo penal acusatório, incorporando os valores e princípios constitucionais para a matéria e expurgando do sistema conceitos e regras que ainda abracem a ideia de uma persecução de caráter inquisidor. Este artigo torna-se ainda mais atual em face do contexto jurídico-político vivenciado pelo País nos últimos anos, em que garantias e direitos fundamentais vêm sendo flexibilizados pelas autoridades públicas e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal em nome da prevalência do *jus puniendi* estatal, esquecendo-se que há todo um devido processo legal a ser respeitado, calcado sob os pressupostos da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

Palavras-chave: Princípio do *in dubio pro reo*. Garantias processuais penais. Processo penal acusatório. Presunção de inocência. Ônus da prova.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Processo penal sob o prisma constitucional. 3. Princípio do *in dubio pro reo* como diretriz do processo penal brasileiro. 4. Presunção de inocência e *in dubio pro reo*. 5. Reflexos do *in dubio pro reo* para o ônus da prova. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição representa a principal e mais importante fonte do ordenamento jurídico, devendo fornecer o alicerce principiológico norteador das demais normas.

Sob a ótica do processo penal, é fundamental que o Código se identifique com os ideais democráticos e libertários da Constituição Federal de 1988, nos quais

houve considerável avanço em matéria de garantia do cidadão contra possíveis abusos e arbitrariedades do Estado.

Logo, como não poderia ser diferente, o processo penal encontra suas linhas mestras traçadas na Constituição. Nela estão estabelecidos os princípios delineadores para uma interpretação e aplicação adequada dos seus preceitos, conformando-se com a visão garantidora e protetora de direitos típicas de um Estado Democrático de Direito.

É justamente a partir do Texto Constitucional que o direito processual penal deixa de figurar como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, para possuir o papel de instrumento público de realização da justiça e garantidor de direitos[1].

No caso específico da Constituição brasileira, o art. 5º revela o inequívoco viés garantidor que a inspirou, sobretudo quando se trata dos direitos do réu no âmbito do processo penal.

Dentre os preceitos que focam especificamente na matéria em questão, estão: inciso XI, sobre a inviolabilidade do domicílio; inciso XII, sobre a inviolabilidade de correspondência e de comunicações telefônicas; inciso XIV, sobre o acesso à informação; inciso XXXVII, que inadmite juízo ou tribunal de exceção; inciso XXXVIII, que dispõe sobre a organização do júri; inciso XXXIX, sobre a anterioridade da lei penal; inciso XLV, sobre a pessoalidade da pena; inciso XLVI, sobre a individualização da pena; inciso LIII, que garante o processo feito por autoridade competente; inciso LIV, sobre o devido processo legal; inciso LV, sobre o contraditório e a ampla defesa; inciso LVI, sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas; inciso LVII, sobre a presunção de inocência; inciso LVIII, sobre a identificação criminal; inciso LX, sobre a publicidade dos atos em caso de defesa da intimidade; inciso LXI, sobre a prisão em flagrante; inciso LXII, sobre a comunicação da prisão aos familiares e ao juiz; inciso LXIII, sobre os direitos do preso; inciso LXIV, sobre a identificação do responsável pela prisão; inciso LXV, sobre o relaxamento da prisão ilegal; inciso LXVI, sobre a liberdade provisória; inciso LXVIII, sobre o habeas corpus; inciso LXIX, sobre o mandado de segurança e o habeas data na esfera criminal; inciso LXXIV, sobre a assistência jurídica gratuita; inciso LXXV, sobre a indenização, por parte do Estado, pelo erro judiciário; e, finalmente, inciso LXXVII, sobre a gratuidade das ações de habeas corpus, habeas data e outros atos necessários ao exercício da cidadania e LXXVIII, que garante a todos, judicial e administrativamente, a razoável duração do processo[2].

Apesar de não constar de forma expressa em texto constitucional, o princípio do *in dubio pro reo* constitui uma das principais e mais importantes diretrizes em

matéria processual penal, em especial no que diz respeito à distribuição do ônus probatório e como este deve influenciar na tomada de decisão do magistrado.

Além do mais, a partir dele, consagra-se a prevalência da liberdade do acusado em razão do *jus puniendi* estatal, conformando-se com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do *favor rei* – que, apesar do semelhante conteúdo, não se confunde com este.

2. Processo penal sob o prisma constitucional

O direito processual penal, para cumprir suas finalidades, isto é, garantir a pacificação social, obtida com a solução do conflito, e viabilizar a aplicação/concretização do direito penal, deve estar em conformidade com os preceitos e garantias estabelecidos na Constituição[3].

De viés garantidor, o processo penal contemporâneo, por sua vez, somente se legitimará à medida em que se democratizar e for devidamente constituído a partir das diretrizes constitucionais.

Em decorrência do Estado Democrático de Direito, a preservação das garantias fundamentais do réu no processo penal deve corresponder ao principal interesse da prestação jurisdicional.

Nesse norte, o Código de Processo Penal brasileiro deve ser interpretado conforme a Constituição, adequando-se ao modelo de processo acusatório por esta adotado e dele se expurgando os resquícios de inquisitorialidade ainda presentes.

O processo deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional[4].

Para tanto, a própria Constituição Federal elenca, seja de maneira expressa ou implícita, uma série de princípios informadores do processo penal. Também não se pode perder de vista que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, firmados pelo Brasil, também incluíram diversas garantias ao modelo processual penal brasileiro, especialmente por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, após a EC 45/2004, foi equiparada às normas constitucionais.

O direito processual penal, portanto, em um Estado Democrático de Direito, deve pautar-se pela aplicação efetiva dos princípios delineados pela Constituição Federal, de caráter nitidamente garantista.

Nenhuma regra processual, para o funcionamento legítimo do processo, pode estar em desacordo com esta. Deve também o jurista, no momento de construção/aplicação da norma jurídica, tomar como viés interpretativo os preceitos delineadores e as diretrizes tomadas pela Carta Magna pátria.

Em face disto, o princípio do *in dubio pro reo*, juntamente com a presunção de inocência, é reconhecido pela doutrina penalista e constitucionalista como um dos princípios centrais da esfera criminal, ante a posição assumida nos diversos ordenamentos jurídicos e nos tratados internacionais de direitos humanos.

Representa uma escolha evidente por uma concepção de processo penal em que a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana são tidas como valores centrais do sistema, devendo ser respeitados durante a persecução criminal.

3. Princípio do *in dubio pro reo* como diretriz do processo penal brasileiro

O princípio do *in dubio pro reo* constitui uma das principais garantias processuais do acusado contra as arbitrariedades do Estado, não permitindo que uma pessoa seja condenada enquanto restar dúvidas a respeito de sua autoria e/ou materialidade do crime.

Na dúvida, deve prevalecer o *status libertatis* do indivíduo em face do *jus puniendi* estatal^[5], corroborando a ideia de que “vale mais um culpado solto do que um inocente preso”, devido ao fato de estar em jogo a liberdade do ser humano, garantia das mais fundamentais elencadas em texto constitucional.

Como explicita Paulo Rangel^[6], “trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter a condenação”.

O operador do direito, ao deparar-se com insuficiência probatória, deve primar pela tese mais favorável ao réu, absolvendo-o. De mesmo modo ratifica Nucci ao tratar do tema:

“Na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu e sua liberdade e o direito-dever de o Estado punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Exemplo está na previsão de absolvição quando não existi provas suficientes na imputação formulada (art. 386, VII, CPP)”.^[7]

A confirmação desta regra processual, no que tange a insuficiência probatória, ocorre de maneira reiterada no âmbito da jurisprudência, como pode ser bem notada na ementa da Apelação Criminal: ACR 4078 AL 0004229-15.2002.4.05.8000, cujo julgamento foi realizado pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, tendo como relator o Desembargador Napoleão Maia Filho:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 171, PARAG. 3o. DO CPP. PROCESSO DESMEMBRADO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS CÓ-RÉUS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ART. 386, VI DO CPP. IN DUBIO PRO REO. RECURSO PROVIDO. 1. As provas constantes de processo administrativo podem ser acolhidas em juízo, principalmente quando se mostram mais coerentes do que as apanhadas na instrução criminal e, portanto, com maior aptidão ou força para revelarem a verdade real. 2. **Apesar da existência de indícios, ainda que veementes, contra a acusada, não há nos autos prova irrefutável que justifique a sua condenação; aplicação do princípio in dubio pro reo.** 3. **Não bastam à condenação criminal ilações ou presunções, ainda que legítimas, pois se requer para tanto a presença de comprovação indubitosa dos fatos, da sua autoria e culpabilidade.** 4. In casu, não restou devidamente demonstrado o envolvimento da acusada no referido crime; sendo assim, é preferível absolver um eventual culpado a condenar um inocente. 5. Apelação provida (art. 386, VI do CPP). (TRF-5 - ACR: 4078 AL 0004229-15.2002.4.05.8000, Relator: Desembargador Federal Napoleão Maia Filho, Data de Julgamento: 22/11/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 13/12/2005 - Página: 567 - Nº: 238 - Ano: 2005)”.

Constitui consequência do próprio modelo processual penal adotado pela Constituição Federal, em consonância com o sistema acusatório, onde prima-se pela liberdade do cidadão em face de uma resposta estatal à sociedade contra a criminalidade, devido aos riscos advindos de eventual condenação equivocada.

Assim, o *in dubio pro reo* é considerado base de todo o processo penal brasileiro, servindo de norte interpretativo ao operador do direito nos momentos de aplicação das normas jurídicas.

Nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas tenha havido a conclusão pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal, a obrigação é de se escolher a tese mais favorável ao réu[8].

O instituto encontra-se previsto em várias disposições do Código de Processo Penal brasileiro, consagrando a ideia do *favor libertatis*, fruto da própria natureza do Estado Democrático de Direito. Desse mesmo modo, segue a regra do art. 386, VI, impondo a absolvição por insuficiência de prova; o art. 609, parágrafo único, onde há previsão de embargos infringentes ou de nulidade, privativos da defesa; o art. 615, § 1º, estabelecendo que, no tribunal, em caso de empate de votos no julgamento de recursos, deve prevalecer a decisão mais favorável ao réu; o art. 617, que proíbe a *reformatio in pejus*, e, por fim, o art. 621 e s., dispondo da revisão criminal como direito exclusivo do réu[9].

Assim, apesar da crítica realizada por alguns estudiosos do direito, de que o princípio do *in dubio pro reo* está em desconformidade com o princípio da isonomia processual e, conseqüentemente, com o da igualdade, impedindo uma efetiva prestação jurisdicional pelo Estado na seara criminal, deve-se salientar que estão choque o *jus puniende* estatal e o *jus libertatis* do acusado.

Além do mais, a história recente, marcada pelo domínio de um Estado totalitário, confirmou as conseqüências da prevalência, a todo custo, de um combate estatal arbitrário à delinquência, como resposta à sociedade, resultando no desrespeito às garantias fundamentais do ser humano.

Não se trata da resolução de conflitos de direitos disponíveis, muito comum no processo civil, mas sim do direito da liberdade do cidadão, categorizado como fundamental pela Constituição, e que, por vários séculos, perante um sistema inquisitivo, foi subjugado e fruto de arbitrariedades por um Estado inquisidor.

É exigida, assim, uma visão crítica do aparato penal estatal, o qual possui um histórico recente de desrespeito às garantias e direitos fundamentais do ser humano, e que, no caso do Brasil em especial, só veio a primar por um critério superior de liberdade com a adoção de uma nova Constituição, no final do século passado.

Muito mais que um "favor", constitui-se no dever legal de declaração inicial do estado de não culpabilidade, previsto como garantia fundamental no art. 5º, LVII, da Carta Magna.

Não se trata, por muito menos, de privilégio conferido a uma das partes, desequilibrando-se a relação processual, mas sim cumprimento do dever de

reconhecimento do *status* de inocente, que deve prevalecer durante o curso da consecução criminal, sendo apenas invertido após o respeito do devido processo legal^[10].

4. Presunção de inocência e o *in dubio pro reo*

Os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* encontram-se umbilicalmente ligados dentro da sistemática do processo penal, sendo frutos da máxima processual moderna do *favor rei*, que conforma todo o arcabouço principiológico da matéria. Ambos visam garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, já que restringem a função despótica e punitiva do Estado, não permitindo punições arbitrárias, que por séculos foi regra neste âmbito do direito.

O escopo principal do *in dubio pro reo* é justamente o de proteger o *status libertatis* do cidadão no Estado Democrático de Direito, não permitindo que a insuficiência de provas ou qualquer dúvida que ainda paire em juízo possa pesar contra o acusado.

Complementa, desta maneira, a presunção de inocência, já que, caso a acusação falhe em sua atuação de influir no convencimento do magistrado, restando dúvida quanto à materialidade ou autoria do crime, por lastro probatório insuficiente, a sentença deve ser favorável ao réu, pelo fato de, desde o início, sua inocência ser presumida.

A incorporação de tais princípios ao ordenamento jurídico pátrio ratifica o ideário acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, sob a ótica de um processo penal que prime pelas garantias fundamentais e pela liberdade de seus cidadãos, em conformidade com o devido processo legal, minimizando, assim, o número prisões e julgamentos arbitrários realizados pelo Estado.

5. Reflexos do *in dubio pro reo* para o ônus da prova

Há íntima relação entre o ônus da prova no processo penal e o princípio do *in dubio pro reo*. O direito à prova encontra-se inserido no quadro das garantias do devido processo legal, previsto em ordem constitucional no art. 5º, inciso LIV.

Devido ao melhor tratamento dado à matéria, tanto doutrinária quanto legislativamente, pela seara processual civil, a sistemática civilista serve de inspiração quando se estuda o ônus da prova no processo penal. O critério de distribuição de prova no processo penal decorre, por analogia, do tratamento dado no processo civil^[11].

Conforme dispõe os incisos I e II do art. 373 do Novo Código de Processo Civil, seguindo o mesmo raciocínio da legislação de 1973, é atribuído ao autor prova de fato constitutivo de seu direito, enquanto ao réu incumbe o ônus quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Já o Código de Processo Penal disciplina a matéria no seu art. 156, in verbis:

“Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de pro-vas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Cuida-se, a toda evidência, de disposição vaga, imprecisa, o que explica a razão da tradicional doutrina aplicar entendimento análogo ao civilista no exame dessa matéria.

Ocorre que tal analogia acaba por misturar institutos do processo civil com o do processo penal, caracterizando afronta ao princípio da presunção de inocência previsto na Constituição.

Nessa linha, sustenta-se que cabe ao Ministério Público provar a existência do fato criminoso, da sua autoria e, também, a prova dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa); enquanto incumbe ao acusado provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais, já que, a partir da leitura fria do art. 156 do CPP, a prova da alegação caberá a quem fizer^[12].

A jurisprudência, de seu lado, ratifica esse entendimento, como é possível perceber pelo voto de julgado abaixo, proferido pelo juiz relator Flávio Itabaiana de Oliveira Nicolau, da Primeira Turma Recursal Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em Apelação Criminal no Processo nº. 0000683-05.2014.8.19.0208:

“Provar não é obrigação; é simples encargo. Se a parte que fizer a alegação não prová-la, sofrerá amarga decepção.**Cabe à Acusação demonstrar, e isto de modo**

geral, a materialidade e a autoria. Já à Defesa incumbe provar eventual alegação de exclusão da antijuridicidade do fato típico (causas excludentes da criminalidade, excludentes da antijuridicidade, causas justificativas ou discriminantes) ou excludentes de culpabilidade. Se o réu invoca um alibi, o ônus da prova é seu. Se argúi legítima defesa, estado de necessidade etc, o onus probandi é inteiramente seu. Se alegar e não provar, a decepção também será sua. (TJ-RJ - APR: 00006830520148190208 RJ 0000683-05.2014.8.19.0208, Relator: FLAVIO ITABAIANA DE OLIVEIRA NICOLAU, Primeira Turma Recursal Crimin, Data de Publicação: 19/03/2015 00:00)“.

Tal forma de interpretação, se a leitura for feita em conformidade com os ditames constitucionais traçados no âmbito processual penal, mostrar-se-á incompatível com o sistema acusatório e com as diretrizes determinadas pela Carta Magna.

Com efeito, o princípio da presunção de inocência, um dos principais corolários da matéria, estabelece que não cabe ao réu comprovar sua inocência, visto que essa é presumida, não necessitando, dessa maneira, provar fato presumido.

Nessa mesma linha, tem-se a incidência do princípio do *in dubio pro reo*, informando que se do material probatório restar alguma dúvida, essa dúvida deve sempre beneficiar o réu.

Por essa perspectiva, tem-se que ao Ministério Público incumbe a produção de prova firme, que afaste qualquer estado de dúvida acerca dos fatos alegados. Pode-se dizer, inclusive, que, enquanto a presunção de inocência retira do réu a obrigação de comprovar ser inocente, o princípio do *in dubio pro reo* impõe ao órgão acusador o dever de extirpar vestígios de dúvida.

Com base em tais princípios e por uma interpretação sob a ótica constitucional, chega-se à conclusão de que incumbe ao Ministério Público provar o preenchimento dos elementos do crime, e não ao réu.

Como pode ser visto, Aury Lopes Jr explicita bem esse entendimento:

“Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a

prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação. Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação”[13].

Logo, utilizar-se da sistemática do processo civil no que diz respeito ao ônus probatório em processo penal, ao atribuir ao réu a prova de excludentes elementares do crime, corresponde aproveitamento equivocado do instituto.

À acusação cabe realizar de forma satisfatória seu papel processual e apresentar um conjunto probatório de forma a convencer o juiz da existência do fato e de sua autoria, caso não o faça, e o juiz deve aplicar a máxima do *in dubio pro reo* absolver o acusado.

Tal entendimento, apesar de minoritário, é o que mais se aproxima à visão garantista defendida pela Constituição, primando sempre (como já foi ressaltado no presente trabalho), pelo *jus libertatis* do cidadão em face do *jus puniendi* estatal.

6. Conclusão

Conforme explicitado no decorrer do trabalho, é de fundamental importância a conformação do processo penal aos princípios e diretrizes traçados em esfera constitucional. O processo deve ser instrumento de garantia contra os excessos do Estado, visto como ferramenta de implementação da Constituição Federal, como garantia suprema do *jus libertatis*[14].

Para a garantia deste fim, o princípio do *in dubio pro reo*, relacionando-se com a presunção de inocência, desempenha papel de suma importância, já que

constitui uma das principais garantias processuais do acusado contra medidas arbitrárias por parte do Estado.

Não permite, assim, que uma pessoa seja condenada sempre que ainda restar dúvidas a respeito de sua autoria e/ou materialidade do crime. Enquanto não estiver convicto o magistrado, deve prevalecer o direito à liberdade em relação a uma resposta estatal punitiva.

Na dúvida, deve prevalecer o *status libertatis* do indivíduo em face do *jus puniendi* estatal. Decorrência direta do Estado Democrático de Direito, onde, acima da busca a todo custo pela verdade real, encontra-se o respeito às garantias fundamentais do cidadão e à dignidade da pessoa humana, previstos de maneira clara e expressa na Constituição.

Como visto, tal princípio constitui fruto do próprio modelo processual penal adotado pela Constituição Federal, em concordância com o sistema acusatório, onde prima-se pela liberdade do cidadão e respeito às garantias fundamentais, em face de uma resposta estatal à sociedade contra a criminalidade, devido aos próprios riscos advindos de eventual condenação equivocada.

Referido mandamento tem ainda como finalidade demonstrar que a democracia só pode realizar seus fundamentos e projetos limitando o poder do Estado para que este além de garantir os direitos e as liberdades fundamentais, pudesse também ter um freio em restringir tais direitos.

À luz da interpretação conforme à Constituição, pode-se ver que o sistema probatório defendido por maioria doutrinária e aplicado pela jurisprudência não encontra respaldo em um sistema processual penal tido como acusatório. O Código de Processo Penal traz de maneira muito tímida tal instituto, restando aos estudiosos do direito a aplicação análoga da sistemática civilista no que diz respeito à matéria de prova.

Em desconformidade com os princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, vem se exigindo do réu a prova dos elementos de excludente de antijuridicidade e de culpabilidade, utilizando-se preceitos processuais civis, que se mostram incompatíveis com a realidade do processo penal.

Por influência desses dois princípios, o réu inicia o processo penal “ganhando”, ou seja, a inércia de ambas as partes no campo probatório lhe beneficia. Mas, se a comprovação da prática do crime não se der de maneira

contundente, mesmo que se mantendo inerte, o réu ainda se beneficia, sendo mandatária sua absolvição.

A acusação, para conseguir um decreto condenatório necessita fazer prova cabal da alegação da prática delituosa por parte do réu. Tal medida se dá pela natureza da indisponibilidade dos bens jurídicos em questão no processo penal. Haja vista que busca restringir o direito de liberdade do cidadão, deve ser maior a cautela e o cuidado dos operadores de direitos na aplicação da lei penal, seja esta processual ou material. E, para tal fim, a concordância com o *in dubio pro reo* é de suma importância.

A prevalência do interesse do réu não pode ser vista como obstáculo à persecução penal do Estado, com vista à garantia da segurança pública. Deve ser interpretado como um reconhecimento ao interesse da sociedade de que todos tenham suas garantias e direitos fundamentais respeitados e que não haja prisões arbitrárias enquanto houver dúvida em relação à culpabilidade do indivíduo, até o momento em que se prove a inversão desse status, por meio da certeza, dependente do devido processo legal.

7. Referências

- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal, vol. 1**. 2ª ed. Campinas: Milenium, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRUDÊNCIO, Simone Silva. **Garantias Constitucionais e o Processo Penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal**, 2010. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/134/125>>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. 3**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NOTAS:

[1] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 80.

[2] PRUDÊNCIO, Simone Silva. **Garantias Constitucionais e o Processo Penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal**, 2010. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/134/125>>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

[3] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 48.

[4] Idem, ibidem. P. 71.

[5] Idem, ibidem. P. 87 e 88.

[6] RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 53.

[7] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 97.

[8] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. 3**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 69.

[9] Idem, ibidem. P. 69 e 70.

[10] NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 246.

[11] GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 235.

[12] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 396.

[13] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 569.

[14] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal, vol. 1**. 2ª ed. Campinas: Milenium, 2003, p. 83.

A REINTEGRAÇÃO E IMPLANTAÇÃO DO MÉTODO APAC NO PRESÍDIO FEMININO DE PALMAS

MARINETE SILVA OLIVEIRA: Graduada em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO^[1]

(Orientador)

Resumo: a elencada pesquisa objetivou a realização de uma reflexão sobre a reintegração e implantação do método APAC no presídio feminino de Palmas. Tendo como problemática a ser respondida: a implantação do método APAC poderia trazer benefícios às reeducandas do sistema prisional de Palmas? Diante de buscar as respostas para análise e discussão dos dados, no qual primeiramente efetivou-se o levantamento bibliográfico, seguido de coleta de dados com abordagem quantitativa e qualitativa para compreensão da realidade das presas na possibilidade de reinserção na sociedade.

Palavras-chave: APAC; Reintegração; Método; Presidio Feminino.

Abstract: *this research aimed to carry out a reflection on the reintegration and implantation of the APAC method in the female prison in Palmas. Having as a problem to be answered: the implementation of the APAC method could bring benefits to the reeducandas of the prison system of Palmas? Before seeking the answers for analysis and discussion of the data, in which the bibliographic survey was first carried out, followed by data collection with quantitative and qualitative approach to understand the reality of the prey in the possibility of reintegration into society.*

Keywords: APAC; Reintegration; Method; Female Presidio.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A HISTORIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. 3. OS ESTABELECIMENTOS PENAIIS DO BRASIL E A REITEGRAÇÃO. 4. A ORGANICIDADE DO PRESÍDIO FEMININO DE PALMAS. 5. MÉTODO APAC EM PALMAS. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo trazer uma reflexão sobre o binômio existente entre a precarização cada vez maior do sistema penitenciário brasileiro e a ampliação ocorrida ano após ano devido aos altos índices criminais no Brasil.

Esse quadro contemporâneo dos presídios prevê o absoluto colapso do sistema tradicional, que além de não comportar a crescente população carcerária criminal, ainda não atende aos pressupostos dos direitos humanos que concerne na recuperação do apenado. Um quadro de grande vulnerabilidade social existente nos presídios.

Doravante, os pensamentos emergem em pensar como ressocializar um indivíduo em condições que se arrastam por décadas, devido ao alto índice de reincidência e pela inadequada qualidade do serviço carcerário. Mediante esse quadro que não colabora para recuperação de ninguém, muito menos, para o exercício enquanto cidadão optou-se por escrever o elencado trabalho por ser de grande relevância social para estudantes, professores e profissionais do Direito.

Estamos tratando de um fator de ordem social, que necessita de urgência em tratativas solucionais para o problema prisional no país, uma solução plausível e possível a partir do entendimento que independente de qualquer erro deve prevalecer o respeito e o direito dos presos, bem como, a devolução do crédito para o convívio com a sociedade e a dignidade de ser cidadão novamente.

Assim, foi pensando em uma mediação plausível e ao mesmo tempo em que os governantes pudessem viabilizar algo para dirimir essa balburdia surgiu o método APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, trata-se de uma metodologia de trabalho revolucionária que pode contribuir quando adotada na resolução do déficit criminal do Brasil para significativas mudanças. Esse método colabora para a problemática do sistema de execuções penais brasileiro, mediante as condições criadas ao apenado para se recuperar e ressocializar, algo que na atual realidade presidiária se torna tão distante, porém, resgata a constitucionalidade garantida aos mesmos.

Sendo assim, o trabalho em tela busca respostas para o problema: a implantação do método APAC poderia trazer benefícios às reeducandas do sistema prisional de Palmas?

Ademais, gerou-se como objetivo geral: investigar o processo tradicional da reintegração e a possibilidade de implantação do método APAC no presídio feminino de Palmas.

Para consubstanciarmos as respostas e fazer o tratamento dos dados optou-se por fazer o campo epistemológico em bibliografias que tratam dessa temática, bem como, das legislações brasileiras, em seguida a caracterização empírica utilizando o procedimento técnico de pesquisa de campo, mediante as abordagens quantitativa e qualitativa para o levantamento de informações referente ao processo de implantação e reintegração do método APAC, bem como, o perfil das apenadas do presídio feminino de Palmas.

2. A HISTORIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Discorrer acerca do sistema penitenciário brasileiro é ter inicialmente nesse processo o entendimento de revelar significativas informações que se apresenta como um rol de descasos referente às políticas públicas na área penal. Além disso, é preciso enfatizar a história desses modelos edificados e aplicados nos presídios que temos no país na contemporaneidade.

A origem do conceito de prisão como pena teve seu início em mosteiros no período da Idade Média, o propósito de punir os monges e clérigos que não cumpriam com suas funções, quando estes faltavam com suas obrigações eram coagidos a se recolherem em suas celas e se dedicarem à meditação e à busca do arrependimento por suas ações, ficando, dessa forma, mais próximos de Deus. Inspirados com a ideia, os ingleses construíram em Londres o que foi considerada a primeira prisão destinada ao recolhimento de criminosos (MACHADO; SOUZA e SOUZA, 2013, p. 202).

Conhecida como a House of Correction, foi construída no período de 1550 a 1552, mas o conceito de seu funcionamento se difundiu de forma acentuada no século XVIII (MIRABETE; FABBRINI 2012, p. 235). Os contextos históricos apontam que inúmeros séculos as prisões tinham como finalidade a custódia e tortura.

Todavia, para retratar sobre prisão primeiramente é necessário compreender a reforma do Direito Penal no que tange a humanização das penas no século XVII, visto que as penas do Estado para os sujeitos que cometiam crimes eram cruéis,

dentre as quais estavam determinadas: a pena de morte, o desmembramento do corpo, a tortura, e outros tipos de violência.

Porém, ao chegar no século XVIII a pena privativa de liberdade passa a ser inserida no rol de punições do Direito Penal. Gradativamente ocorre o banimento das penas desumanas e a pena de prisão passa a exercer um papel de punição de fato, e passa a ser tratada como a humanização das penas, e os atos de violência são delimitados por regras com a punição da liberdade em regime fechado (BRASIL, ESPEN, 2019),

Dialogando epistemologicamente com Bitencourt (2017, p. 460):

Até fins do século XVIII a prisão serviu somente à contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, a pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes.

Entretanto, a realidade prisional do Brasil não estava adaptada para essa nova realidade, devido à falta de condições onde os presos viviam, diante de tal necessidade iniciaram os primeiros projetos do que se tornariam as penitenciárias.

Ao retornamos na Constituição do Império do Brasil de 1824, em seu artigo 179, encontramos a proclamação da inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos Brasileiros, ocorrendo à liberdade, a segurança individual e a propriedade. Atestando a abolição dos açoites, torturas e as penas cruéis restantes (BRASIL, 1824).

Com a abolição das penas promulgadas em 1824 e com o advento da primeira constituição brasileira, iniciaram a convergência do sistema em que os olhares sobre o criminoso como sujeito que deve cumprir uma punição, buscassem mecanismos que viabilizassem a sua recuperação e conseqüentemente a sua reinserção social para o desenvolvimento de sua cidadania.

Entretanto o código criminal do Império de 1830 menciona a pena de prisão no Brasil em duas vertentes: a prisão simples e a prisão com trabalho. A delimitação para pena de prisão tornou-se um rol de penas, mas previa ainda as penas de morte e de galés (trabalhos forçados e também poderia ser perpétua). O Código não

determinava nenhum sistema penitenciário específico, ficando livre o regulamento a cargo dos governos provinciais.

Nessa época iniciou um grande debate no Brasil referente aos modelos de sistemas penitenciários estrangeiros: o Sistema da Filadélfia e o Sistema de Auburn.

Sendo que estes foram adotados para as Casas de Correção do Rio de Janeiro e São Paulo, quando foram inauguradas em 1850 e 1852. Esse sistema de Auburn escolhido previa oficinas de trabalho, pátios e celas individuais.

Prado (2012, p. 112) aponta que ao chegar o ano de 1890 entra em vigor o Código Penal, onde em sua promulgação percebeu a necessidade de adequar o cumprimento das penas aos criminosos. Porém, somente em 1920 inaugura-se uma nova penitenciária com celas individuais e tamanhos adequados, boa ventilação e iluminação e oficinas de trabalho.

Assim, em 1984, legitimou-se no Brasil a Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho, que assegurava as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (BRASIL, 1984).

Não obstante, a preconização da LEP é esquecida, fazendo com que o reeducando, além da liberdade, perca a dignidade, já que a quantidade de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400%, nos últimos 20 anos (BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

Através dos dados encontramos em 2014 um levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) apontou que o Brasil, encontrava-se no quarto lugar do ranking mundial em número de presos perdendo apenas para Estados Unidos, China e Rússia.

Em fevereiro de 2015, a Anistia Internacional, divulgou que o Brasil é um dos países mais violentos do mundo, possuindo como um dos principais aspectos, a violência policial, registros de tortura, falência do sistema prisional, reincidência e as condições cruéis das unidades prisionais, na qual 07 (sete) em cada 10 (dez) presos voltam a praticar crimes (DESIDÉRIO, 2015, p. 01).

Seguidamente, Souza (2018), menciona que pesquisas feitas, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no ano de 2017, aponta uma população carcerária no Brasil, que chega ao número de 654.372 presos, demonstrando um grande número de presos com poucas estruturas, gerando superlotações nos presídios.

Esse crescimento significativo de presos no Brasil demonstrou um problema de ordem social alarmante para o país, tendo em vista a escalada criminosa. Importante notar que se acaso o Brasil ampliar muito a sua eficiência no combate ao crime, prendendo mais pessoas, o sistema entrará em absoluto colapso, estando o país diante de um paradigma em que deve decidir, inclusive, as prioridades prisionais para evitar a superlotação com presos desnecessários.

Nesse sentido, defende-se a necessidade de romper com o paradigma cultural que se destina a construir novos prédios prisionais, para a criação de novos métodos capazes de soluções para oportunizar aos apenados mecanismos de integração ao convívio social, mediante um processo conscientizador e transformador para prosseguir em liberdade com os seus direitos reconhecidos.

3. OS ESTABELECIMENTOS PENAIS DO BRASIL E A REINTEGRAÇÃO

Existem grandes problemas carcerários no Brasil, e esses entraves têm levado o poder público e a sociedade a realizar reflexões sobre a atual política de execução penal, e ao mesmo tempo, emerge a necessidade de repensar sobre as políticas que asseguram sobre os direitos humanos.

Para discorrer sobre estabelecimentos penais, buscou-se conceitos sobre Direito Penal para realização de um diálogo epistemológico:

Queiroz (2016, p. 30) afirma que o direito penal é “um sistema de princípios e regras que estabelece as condições de validação e invalidação da jurisdição penal, que é o poder de dizer o direito”.

Na visão do autor a respectiva definição compreende o processo e a execução penal, por significar a parte do ordenamento jurídico que define as infrações penais e comina as sanções, bem como institui os fundamentos e as garantias que regulam o poder punitivo estatal.

Seguidamente Jesus (2011, p. 47), enfatiza que é o “conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas”, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.

Quando o sujeito pratica um delito, estabelece-se uma relação jurídica entre ele e o Estado. Surge o *jus puniendi*, que é o direito que tem o Estado de atuar sobre os delinquentes na defesa da sociedade contra o crime. Sob outro aspecto, o violador da norma penal tem o direito de liberdade, que consiste em não ser punido fora dos casos previstos pelas leis estabelecidas pelos órgãos competentes e a obrigação de não impedir a aplicação das sanções (JESUS, 2011, p. 48).

Em face ao exposto, podemos reiterar que os conceitos de Direito Penal estão legitimados pelas normatizações jurídicas que devem ser aplicadas para a prevenção e repressão de circunstâncias não desejadas e não permitidas pela sociedade que atentem a segurança e a ordem social no país.

Mesmo sendo um país vasto, o Brasil possui uma imensidão de problemas sociais e de inúmeras carências, não faltam presídios, mas faltam formas alternativas de se punir os delinquentes que os tirem da ociosidade e coloque-os em atividade junto à comunidade, diminuindo os elevados índices de reincidência e ao mesmo tempo se trabalhe mecanismos de reinserção social aos apenados.

De acordo com os elementos norteadores da Lei de Execução Penal, além do caráter retributivo, a sanção penal deve ter como função “reeducar”, e proporcionar condições para a “harmônica integração social do condenado ou do internado” (Brasil, 1984).

Outro ponto destacado refere-se aos artigos 82-83 da LEP:

Os estabelecimentos penais são espaços físicos apropriados, destinados para o cumprimento da pena nos regimes fechado, semi-aberto e aberto, assim como para o cumprimento de medidas de segurança, para recolher presos provisórios desde que tenha a devida separação. A mulher e o maior de sessenta anos devem ter estabelecimentos penais próprios satisfatórios a sua condição pessoal (BRASIL, 1984).

A LEP determina que os presídios providenciem berçários para que as presas possam cuidar e amamentar seus filhos no prazo mínimo de até seis meses de idade.

O artigo 84, prever que os presos provisórios devem ser mantidos separados dos presos definitivos, estes, deve haver divisão entre primário e

reincidente, assim como devem ser separados dos de acordo com a gravidade do crime (NUCCI, 2007).

Doravante cabe às instituições penitenciárias instituírem um conjunto organizado de atividades que promova a reabilitação do apenado, mediante a integração de condições para seu retorno ao convívio social. Dentre todas as atividades devem ser delimitadas ações que insiram o tratamento penal consubstanciado pelas assistências de: material, saúde, jurídica, educacional, psicológica, social, religiosa, ao trabalho e à profissionalização.

Destaca Mirabete (2007, p. 66) que o “sistema penitenciário tem finalidade de reeducar, devido a sua assistência pedagógica, médica e social, as condições de cumprir pena em estabelecimentos bem estruturados, além de outras medidas”.

Visto que sua definição se encontra como o estabelecimento oficial de reclusão ou detenção, pelo qual deverão ser recolhidos os seres humanos que tenham cometido algum delito ou infração contra os dispositivos legais do Estado, que doravante tenham sido julgados e condenados pela Justiça.

Conforme Neto (2014, p. 01), o “cumprimento da pena tem por objetivo refrear a ação delituosa, porém, também tem o propósito de mostrar à sociedade que o crime não compensa”. A finalidade da pena consiste em punir e reintegrar o criminoso no seio social.

Entretanto a intencionalidade da pena situa-se na defesa social pela proteção de bens jurídicos considerados imprescindíveis para a convivência em sociedade, sendo este o fim do Direito Penal, e a pena, o dispositivo legal utilizado para as medidas e princípios de segurança.

Além disso, existe a necessidade devido ao significativo número de condenados implantar a ressocialização para os apenados, entendendo que o conceito deste termo consiste em reintegrar novamente o indivíduo na sociedade para o convívio com o outro.

Ressaltando que para essa ação seja efetiva no sistema penitenciário brasileiro é necessário que haja o respeito dos direitos de todos os presos, em seus aspectos psicossociais. Essa afirmativa pode ser ressaltada por Nery Junior (2006, p. 164) ao enfatizar que:

Presos e direitos humanos, tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social, pois, os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em

vigor consagra o direito do preso ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares. As penas de prisão devem determinar nova finalidade, não adianta somente castigar o indivíduo, mas sim dar aos encarcerados, condições para que eles possam ser reintegrados à sociedade de maneira efetiva. As ações que buscam trazer a ideia de ressocialização de apenados procuram reduzir os níveis de reincidência ajudando na consequente recuperação do detento através de medidas que auxiliem na sua educação, em sua capacitação profissional e na busca da conscientização psicológica e social.

Frisamos também a necessidade da participação da sociedade nesse processo de reintegração do preso ao restabelecimento do convívio social como fatores essenciais para uma ressocialização positiva.

Visto os significativos obstáculos que serão enfrentados pelos detentos após conseguirem o direito à liberdade. Isso discorre devido ao grande sensacionalismo e conceitos discriminatórios da sociedade com aqueles que acabaram de sair do sistema prisional.

É importante frisar que a LEP promulgou fundamentos que visam à garantia da completa vedação dos tratamentos desumanos aplicados aos presos, além da necessidade de disponibilizar condições apropriadas para a vivência do preso dentro do presídio.

Segundo Roig (2010, p. 01), os vinte e cinco anos da edição da Lei de Execução Penal (LEP - Lei n. 7.210/1984) trazem "sensações bastante díspares entre juristas e profissionais diretamente vinculados ao sistema penitenciário, visto que alguns enxergam na LEP uma lei extremamente inovadora", que se integralmente cumprida teria o poder de solucionar os problemas que atormentam a execução da pena no Brasil.

De acordo com marcos institucionais do federalismo brasileiro, os estados têm autonomia para sistematizar e estruturar suas políticas de execução penal, desde que condizentes com as legislações existentes.

Para Marcão (2011), a superlotação no regime fechado decorre também da falta de investimentos nos Estados, não só visando a criação de vagas no regime fechado, mas também no regime semiaberto.

Diante do exposto, se faz necessário iniciativas governamentais que busquem maior aproximação e adequação da ressocialização aos fins práticos, em virtude de o Estado ter essa obrigatoriedade em ofertar esse tratamento penal ao apenado.

4. A ORGANICIDADE DO PRESÍDIO FEMININO DE PALMAS.

A UPF de Palmas apresenta em sua infraestrutura física a necessidade de conservação e manutenção predial, encontra-se com uma superlotação, com as atividades educacionais suspensas, bem como, problemas na falta de medicamentos e nos serviços alimentícios apresenta má qualidade, e com acomodações indevidas ao número de presas.

A estrutura comporta os serviços prisionais para 24 detentas, sendo que no ano da pesquisa estava com 56 (cinquenta e seis) cumprindo suas penas. Para conhecer o perfil realizou-se uma entrevista com abordagem quantitativa para saber três pontos: a idade, a condição na unidade e o crime.

No que refere a idade, enfatizou-se que 20 (vinte) estão com a idade de 18 a 22 anos, 14 (quatorze) entre 22 a 30 anos, 13 (treze) estão entre 31 a 40 anos, 04 (quatro) na faixa de 40 a 50, por fim 05 (cinco) entre 52 a 60 anos.

O resultado apresentado mostra um quadro com presas jovens em sua grande maioria, que realizaram algum tipo de crime na faixa etária de 18 a 22 anos.

Continuando se buscou saber a condição da mesma da UPF, na qual 28 (vinte e oito) estão de forma provisória, seguidos de 28 (vinte e oito) que já foram julgadas e condenadas.

Com essas afirmativas houve a necessidade de descobrir o crime efetivado, nesse sentido, 41 (quarenta e uma) foram tráfico, 09 (nove) por homicídios, 03 (três) por furto e 03 (três) por roubo. Os dados apontam que a maioria está sendo julgadas por crimes ligados ao tráfico.

Diante do exposto, as presas da UPF apresentam um quadro na qual são mulheres jovens, que estão na unidade na condição de provisória ou condenada, e na sua maioria por crime relacionado ao tráfico.

5. MÉTODO APAC EM PALMAS

Para revelar as circunstâncias do Método APAC em Palmas, se fez necessário à percepção dessa metodologia, no qual o objetivo é a promoção da humanização das prisões, sem perder a finalidade punitiva da pena, cujo propósito maior é evitar a reincidência no crime através da oferta de

inúmeras alternativas de recuperação ao condenado mediante a possibilidade de trabalho, profissionalização e princípios espirituais. Essa alternativa colabora para as disfuncionalidades de nosso sistema penal.

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - APAC nasceu no ano de 1972, na cidade de São José dos Campos - SP, a princípio a sigla era Amando o Próximo Amarás a Cristo, foi criada por um grupo de voluntários cristãos, que tinha como líder o advogado e jornalista Dr. Mário Ottononi, no presídio Humaitá, no qual desenvolviam atividades religiosas através da evangelização aos presos (OTTOBONI, 1997, p. 31).

Seguidamente, no ano de 1974, legitimou-se a APAC como entidade jurídica que teve como delineamento as dificuldades do dia a dia do presídio, sem fins lucrativos, cujo o intuito foi auxiliar a Justiça na execução da pena, efetivando a recuperação do preso, e protegendo as vítimas da sociedade na promoção da Justiça restaurativa.

Ressaltando que APAC não se limita como assistencialismo. Para Mario Ottononi, a APAC é um método de valorização humana, portanto de evangelização, para oferecer ao condenado condições de recuperar-se, logrando, dessa forma, o propósito de proteger a sociedade e promover a justiça (FERREIRA; OTTOBONI, 2004, p. 23).

A Constituição Federal de 1988 ampara a APAC para atuar nos presídios, trabalhando com os princípios fundamentais voltados para a valorização humana, no qual Deus é a fonte de tudo.

O método "apaqueano" consiste no pressuposto que todo ser humano é recuperável, desde que haja um tratamento adequado.

Para tanto, estabeleceu-se 12 elementos fundamentais conforme dados apresentados na Cartilha: Novos rumos na Execução Penal do Projeto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, lançado em dezembro de 2011, para o êxito no trabalho de recuperação deve ser adotado:

- 1) participação da comunidade;
- 2) recuperando ajudando recuperando;
- 3) trabalho;
- 4) religião;

- 5) assistência jurídica;
- 6) assistência à saúde;
- 7) valorização humana;
- 8) a família;
- 9) o voluntário e sua formação;
- 10) Centro de Reintegração Social – CRS (O CRS possui três pavilhões destinados ao regime fechado, semi-aberto e aberto);
- 11) mérito do recuperando;
- 12) a Jornada de Libertação com Cristo (BRASIL, TJ-MG, 2011, p. 27).

Sendo que a cada etapa estabelecida pelo método o encarcerado alcança patamares da futura liberdade, para isso, precisa ter desempenho satisfatório, compromisso, disciplina e demonstrar confiança, visto que a metodologia se baseia no amor e na filosofia “matar o criminoso e salvar o homem”.

Conforme Faria (2019, p. 01) “o método APAC é inovador pela metodologia inovadora e eficaz, capaz de dissipar as mazelas das prisões, ressocializar os condenados e inseri-los na sociedade”. A metodologia de inovação consiste em:

- a) Todos os recuperandos são chamados pelo nome, valorizando o indivíduo;
- b) Individualização da pena;
- c) A comunidade local participa efetivamente, através do voluntariado;
- d) É o único estabelecimento prisional que oferece os três regimes penais: fechado, semiaberto e aberto com instalações independentes e apropriadas às atividades desenvolvidas;

- e) Não há presença de policiais e agentes penitenciários, e as chaves do presídio ficam em poder dos próprios recuperandos;
- f) Ausência de armas;
- g) A religião é fator essencial da recuperação;
- h) A valorização humana é a base da recuperação, promovendo o reencontro do recuperando com ele mesmo;
- i) Os recuperandos têm assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica prestada pela comunidade;
- j) Além de frequentarem cursos supletivos e profissionais, os recuperandos praticam trabalhos laborterápicos no regime fechado; no regime semiaberto cuida-se da mão de obra especializada (oficinas profissionalizantes instaladas dentro dos Centros de Reintegração); no regime aberto, o trabalho tem o enfoque da inserção social, pois, o recuperando trabalha fora dos muros do Centro de Reintegração prestando serviços à comunidade;
- k) Oferecem assistência à família do recuperando e à vítima ou seus familiares;
- l) Há um número menor de recuperandos juntos, evitando formação de quadrilhas, subjugação dos mais fracos, pederastia, tráfico de drogas, indisciplina, violência e corrupção;
- m) A escolta dos recuperandos é realizada pelos voluntários da Apac (FARIA, 2019, p. 01).

Para Silva (2012, p. 06), cada APAC constitui uma entidade civil de direito privado, sem fins lucrativos, que adota, preferencialmente, o trabalho voluntário, utilizando o remunerado apenas em atividades administrativas.

Após conhecer o fundamento da APAC para as providências de ressocialização das engastuladas da UPF de Palmas, observou-se a decisão do documento referente ao Processo nº: 0015401-12.2019.827.2729 realizado no ano de 2019, no qual foi disponibilizado para a análise documental desse trabalho

referente ao assunto: Funcionamento de Estabelecimentos Empresariais, Licenças, Atos Administrativos, no qual a parte autora: Ministério Público e a parte requerida: Estado do Tocantins alguns pontos a serem observados:

- a) promover a redução da quantidade de detentas na unidade, até o real limite de sua capacidade, que é de 24 (vinte e quatro) presas;
- b) providenciar camas com colchões para todas as reeducandas custodiadas na unidade;
- c) disponibilizar uniformes e produtos de higiene às detentas, estes últimos em quantidade e frequência compatíveis com as necessidades razoáveis de todas as reeducandas;
- d) designar servidores em quantitativo suficiente e adequado, por plantão, para fazer a guarda efetiva da Unidade;
- e) instalar sistema de vídeo-monitoramento na unidade, a fim de evitar os chamados "pontos cegos", onde não há qualquer vigilância e é possível o contato ilegal e indevido das detentas com pessoas fora dos muros;
- f) efetuar os reparos necessários em toda a parte elétrica da Unidade, a fim de eliminar as fiações expostas e as "gambiaras" constatadas;
- g) consertar a caixa d'água da unidade, promovendo sua instalação de acordo com as normas sanitárias vigentes;
- h)** providenciar a implantação de unidade materno-infantil, a fim de permitir a alocação, separada das demais, das reeducandas que se encontram gestantes ou que possuam filhos até 06 (seis) meses de vida, em fase de lactação."

Diante dos argumentos solicitados pelo Juiz de Direito, Roniclay Alves de Moraes, no qual delimitou que o Estado do Tocantins providencie para a UPF de Palmas, percebeu-se que não existem condições naquele presídio de um processo de ressocialização como o método APAC, enquanto não houver os procedimentos solicitados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao chegarmos nas considerações finais desse trabalho podemos afirmar que a realidade do sistema prisional no Brasil há muitos anos vem demonstrando

inúmeras falhas devido a precariedade nas instalações e o tratamento desumano para com os encarcerados.

Apesar da existência legal regulamentada pela Constituição Federal de 1988 e pela instituição da Lei de Execução Penal, ocorre a negligência pelo Poder Público em sanar esse quadro degradante que atinge os direitos humanos ocorridos diuturnamente nos presídios do país.

Esse fato se deve a superlotação de seres humanos sem perspectiva alguma para o futuro no sistema prisional, isto é, milhares de detentos de todo o Brasil cumpre pena em celas superlotadas e com estruturas defasadas.

O confinamento não humaniza os seres humanos, mas é necessário ao cometer delitos para que não ocorra futuramente o mesmo erro. Todavia, evoluir a mente humana para uma reintegração social precisa ser interligado com medidas que promovam a reinserção na sociedade.

A UPF de Palmas precisa cumprir as medidas solicitadas pelo Juiz de Direito, Roniclay Alves de Moraes no ano de 2019. Nesse sentido cabe ao Estado do Tocantins dirimir todas as providências necessárias para que as mulheres presas em Palmas possam participar do Método APAC e ter reinserção digna na sociedade tocantinense.

7. REFERENCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição do Império do Brasil de 1824**. Brasília. 1824.

_____. **Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Brasília. 1984.

_____. **Programa Novos Rumos**. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2011.

_____. **Ministério da Justiça**. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acessado em 02 de abr. 2019.

_____. A história das prisões e dos sistemas de punições. **Secretaria da Segurança Pública e Administração Penitenciária. ESPEN - Escola de Formação e Aperfeiçoamento Penitenciário. Paraná. Disponível em:**
<http://www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=10>

2. Acessado em 02 de abr. 2019.

DESIDÉRIO, Mariana. **O que torna o Brasil um país tão violento?** 2015. Disponível em: <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/02/o-que-torna-o-brasil-um-pais-tao-violento.html>. Acessado em 10 de mai. 2019.

FARIA, Ana Paula. APAC: Um Modelo de Humanização do Sistema Penitenciário. 2019. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9296.

Acessado em: 22 de mai. 2019.

FERREIRA, Valdeci Antônio; OTTOBONI, Mário. Parceiros da ressurreição. **São Paulo: Paulinas, 2004.**

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal:** parte geral. 32ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO Ana Elise Bernal. SOUZA, Ana Paula dos Reis. SOUZA, Mariani Cristina de. **Sistema Penitenciário Brasileiro:** origem, atualidade e exemplos funcionais. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 10, n. 10, 2013

MARCÃO, Renato. Execução penal: **ideal normativo e realidade prática.**

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18336/execucao-penal-ideal-normativo-e-realidade-pratica>. Acessado em 22 de abr. 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, V. 1. São Paulo: Editora Atlas. 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e Constitucional. São Paulo: RT. 2008.

NETO, João Lopes de A. **Regimes prisionais adotados no Brasil.** 2014. Disponível em: <http://www.webartigos.com>. Acessado em: 12 abr. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OTTOBONI, Mário. Ninguém é irrecuperável: APAC - a revolução do sistema penitenciário. São Paulo: Cidade Nova, 1997.

PRADO, Florestan Rodrigo. Sistema Penitenciário e Exclusão Social: um olhar sobre a realidade das prisões brasileiras. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da UENP: Jacarezinho, 2012.

QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral. 12.ed. São Paulo: Juspodivm, 2016.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ. n. 18 (2010). Rio de Janeiro. 2010.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Direito e prática histórica da execução penal no Brasil. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

SILVA, Jane Ribeiro (org.). **A Execução Penal à Luz do Método APAC.** Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2012

SOUSA, Vitória Teixeira de. O Sistema Prisional Brasileiro e a Responsabilidade do Estado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66886/o-sistema-prisional-brasileiro-e-a-responsabilidade-do-estado>. Acessado em 24 de abr. 2019.

[1] Professor Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito Administrativo, graduado em Direito e em Comunicação Social. Professor de Processo Penal na FASEC, Delegado de Polícia Civil do Tocantins, escritor e organizador de obras jurídicas.

O RECRUDESCIMENTO DOS ATOS INFRACIONAIS NO BRASIL

AMANDA CAVALOTTI ULE: Bacharelanda do Curso de Direito na Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: Nunca se falou tanto sobre a violência em um modo geral como nos dias de hoje, tanto dentro do Brasil como no mundo todo, em que ela é a causadora de muitas vítimas que estão na hora e no lugar errado. Onde na maioria das vezes está ligada a criminalidade que vem crescendo absurdamente, trazendo medo e receio em nossa sociedade. Há um passo em que a entrada de crianças e jovens cada vez mais entram nesse mundo, onde são usadas e não conseguem aproveitar realmente a sua infância. Assim, não respeitando muitas vezes a própria criança barrando um futuro promissor em sua vida, os transformando em adultos criminosos sem expectativa de vida indo pelo caminho que acredita ser o mais fácil. Analisando assim, como poderíamos evitar a entrada dessas crianças e jovens dentro da criminalidade para quem sabe ter um futuro melhor. Onde será abordada com pesquisa bibliográfica e entrevistas de jovens que infelizmente tem essa vida, indo em busca da prevenção para que a criança e o jovem possam aproveitar cada fase de sua vida.

Palavras-chaves: Criminalidade. Criança. Violência. Sociedade.

ABSTRACT: There has never been so much talk about violence in a general way as nowadays, both within Brazil and worldwide, where it is the cause of many victims who are at the wrong time and place. Where most of the time is linked to crime that has been growing absurdly, bringing fear and fear in our society. There is a step where the entrance of children and young people increasingly enters this world, where they are used and can not really enjoy their childhood. Thus, not often respecting the child himself barring a promising future in his life, turning them into

life-threatening adult criminals by going the path he believes to be the easiest. Analyzing this way, how could we prevent the entry of these children and young people into crime for those who know better? Where will be approached with bibliographical research and interviews of young people who unfortunately have this life, going in search of prevention so that the child and the young person can enjoy every phase of their life.

Keywords:. Crime. Kid. Violence. Society.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 1.1 INFÂNCIA NO BRASIL. 2. CRIMINALIDADE INFANTIL NO BRASIL. 3. MENORES INFRATORES NO BRASIL. 4. JOVENS: ALVO FÁCIL DO CRIME ORGANIZADO. 5. RELATOS DE INFRATORES SOBRE O QUE LEVOU Á VIOLÊNCIA. 6. TRATADOS INTERNACIONAIS. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 8. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

1.1 INFÂNCIA NO BRASIL

Há um tempo, não havia tamanha preocupação com as crianças como nos dias de hoje. Dentro do cenário brasileiro existem crianças de todos os tipos, aquelas que conseguimos enxergar e ainda se tem aquelas que são marginalizadas mediante a sociedade, onde muitas vezes para sua sobrevivência não conseguem ter uma infância saudável.

Priore (2015) aponta como o comportamento das crianças vem mudando rapidamente no mundo atual, em que elas acabaram se tornando “ditadores” da modernidade se tornando a cada dia mais incompreensíveis. Uma dúvida crescente em que não sabemos distinguir o que seria a infância e a adolescência.

O que nos leva a pensar é: o que de fato aconteceu para que as crianças estejam indo por este caminho? Seria a influência da mídia? O descaso e falta dos pais? Ou o mundo moderno que nos faz sempre querer ser melhor que o outro, ultrapassando quem for pelo caminho.

Visto que dia a dia, há um nível de competição cada vez maior, fazendo muitas vezes com que a infância seja deixada de lado aonde as crianças venham se tornando adultos bem mais rápido do que deveriam, muitas vezes deixando as etapas mais importantes da infância para segundo plano e às vezes se transformando em algo que é aquilo que a mídia mostra o que é o certo ou o errado. E não necessariamente aquilo que realmente é dentro do seu íntimo, somente indo de acordo do que as pessoas realmente pensam e julgam como você deve se portar.

Porém não é somente a questão comportamental das crianças que é de fato o grande problema no Brasil, de acordo com pesquisa feita pelo (Pnad, 2016) há uma grande presença de trabalho infantil sendo em sua maioria crianças de cinco a treze anos de idade, muitas vezes deixando de frequentar a escola para trabalhar ajudando no sustento de casa.

Mas algo de extrema preocupação é o nível de pobreza que está presente na vida dessas crianças, em que um relatório da (UNICEF, 2010) apontou que 38% viviam em situação de pobreza, o que nos remete a este fato é que muitas destas crianças em busca de “uma chance na vida”, se voltam ao mundo do crime no começo pela sua sobrevivência e ao decorrer do tempo se “acostumam” que é aquilo que o mundo pode lhe oferecer, as transformas em crianças normais para delinquentes juvenis.

O mundo vem mudando drasticamente, o que acarreta na mudança dentro das pessoas e vem se tronando de extrema dificuldade atingindo assim as crianças do “mundo moderno”, onde muitas vezes não tem a atenção necessária de seus pais, onde a tecnologia é a sua principal forma de expressão, muitas vezes atingido algo que de fato não é apropriado para sua faixa etária.

Porém um fato com extrema importância no Brasil, foi a criação do ECA (estatuto da criança e do adolescente), em que foi realizada para atender a demanda da assistência e cuidados com a criança. Em que o estatuto de divide na

proteção dos direitos fundamentais e trata também dos órgãos e procedimentos protetivos.

Uma forma de proteger e auxiliara as crianças que sofrem algum tipo de violência, mas que muitas vezes ainda tendo a dificuldade com o trabalho infantil e para redução da mortalidade onde o poder público não investe em políticas para mudanças nas estruturas na vida das crianças. (DA SILVA, 2016).

E que segundo Lancelotti (2008), citado por Da Silva (2016),

Não se discute profundamente uma política pública articulada, universal, complementar, em parceria com a sociedade civil. A política pública que o ECA aponta é uma forma de resgatar a cidadania e a dignidade de todas as crianças, não só das pobres. O Estatuto não é uma lei para a criança pobre. É uma lei para a criança brasileira. E, no entanto, parece que, quando falamos do Estatuto, só falamos das crianças pobres. Na verdade, nenhuma delas tem todos os seus direitos garantidos. Faltam metas e parâmetros claros que nós queiramos atingir.

Contudo, os passos que a infância no Brasil vem dando para uma sociedade onde elas consigam ser entendidas tendo assim as etapas de sua vida que são essenciais para uma infância saudável, acabando com o trabalho infantil e a violência em seu todo.

2. CRIMINALIDADE INFANTIL NO BRASIL

Nos últimos tempos percebemos que com o aumento da criminalidade, vem crescendo o número de crianças e adolescentes que entram dentro do mundo crime estão agindo em assaltos, roubos homicídios, gangues tráficos de drogas, entre outros que afetam o nosso meio.

Nota-se que dentro da criminalidade muitos acreditam que a grande participação dos jovens se deve a pobreza e a distinção racial, porém no Brasil se percebe o aumento de adolescentes de alta classe média dentro da criminalidade, muitas vezes entram por uma mera “diversão” ou influenciado por amigos.

Em geral, a criminalidade vem assolando os segmentos sociais, e que de acordo com Toledo (2016):

Neste linear, vale destacar a violência contemporânea, a qual se torna acentuada o processo de banalização da vida humana provocado pela exposição a cenas televisivas violentas. Tal exposição associada ao irreversível processo de urbanização e desenvolvimento tecnológico tem provocado, em geral, reações de total indiferença em relação às ações violentas.

O que nos remete que o aumento da violência é indiferente as demais pessoas se tornando como algo normal e que a qualquer momento a criminalidade infantil poderá acontecer em decorrência do que vem ocorrendo em sociedade.

Desde que houve a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, entrou em vigor dobrou o número de assassinatos de jovens menores de 18 anos. E que de acordo com entidade ligada as Nações Unidas 28 crianças são assassinadas por dia no Brasil.

Muito disso, está ligado ao fato de que os menores que cometem crimes sabem da sua punição não é tão severa como se fosse alguém maior de 18 anos, em que a sua pena é muitas vezes convertida em advertência e prestação de serviços à comunidade.

E que segundo Toledo (2016) que cita Soares (1996), que apenas 8% dos homicídios cometidos na cidade do rio de janeiro chegam se transformam em processo e que os restantes ficam impunes.

É bem notório que os crimes cometidos por jovens em sua grande maioria se deve as pessoas de classe pobre ou classe média baixa, em que muitos desses jovens estão entre as famílias desestruturadas não tendo o pai ou mãe e muitas vezes sendo órfãos.

Em que muitos desses órfãos fogem das casas que lhe dão abrigo pois imaginam que fora delas teriam uma vida bem melhor onde muitas vezes são maltratados ou negligenciados desses lares, mas na sua grande maioria entram para o mundo do crime.

Em uma entrevista realizada pelo G1 no Piauí em que a polícia militar aprendeu 273 menores de 18 anos em que os crimes mais comuns são furto, roubo, tráfico de drogas e porte de arma com o envolvimento de adolescente de 12 a 15 anos em sua grande maioria.

A entrevista foi feita com um jovem infrator que comentou sobre os mandamentos a serem obedecidos por aqueles que estão envolvidos na criminalidade onde o primeiro e o segundo mandamento relata, “mata quem manda no pedaço” e “banicar de herói de é se dar mal”. O jovem explica quando as vítimas reagem a um assalto: “Tem gente que vai, quer reagir, que dar uma de herói e os “cara espoca” mesmo”, diz.

Infelizmente este é apenas um de muitos casos que acontecem neste mundo crime, onde muitas vezes não há modo de saída.

3. MENORES INFRATORES NO BRASIL

No final do ano de 2018 houve um levantamento realizado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e das Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), onde se exemplifica a quantidade de jovens de menores infratores no Brasil é de 22 mil internados em 461 unidades socioeducativas em todo o país.

Onde no documento está incluso apenas os adolescentes que estão internados, ou seja, os que cumprem as medidas no meio fechado.

Tabela 1:

Adolescentes internados no sistema socioeducativo no país

| | |
|--|---------------|
| Total de adolescentes internados | 22.203 |
| Total de adolescentes internados por sentença | 18.282 |
| Total de adolescentes internados provisoriamente | 3.921 |
| Total de meninas | 841 |
| Total de meninos | 21.362 |

Fonte: DMF/CNJ

Arte/CNJ

Fonte: DMF/CNJ (2018)

Também está disposto que o Estado de São Paulo tem o maior número de menores internados, onde existe mais de 6 mil internados. Outro dado importante é o estado do Acre que apesar de ter apenas 545 menores, corresponde a 62,7 de cada 100 mil habitantes no estado. Já dentro do estado do Amazonas ele possui a maior proporção de adolescentes internados sem uma sentença do juiz.

Tabela 2:

Estados com mais adolescentes internados

| | |
|-------------------|--------------|
| São Paulo | 7.911 |
| Rio de Janeiro | 1.654 |
| Minas Gerais | 1.518 |
| Pernambuco | 1.311 |
| Rio Grande do Sul | 1.208 |

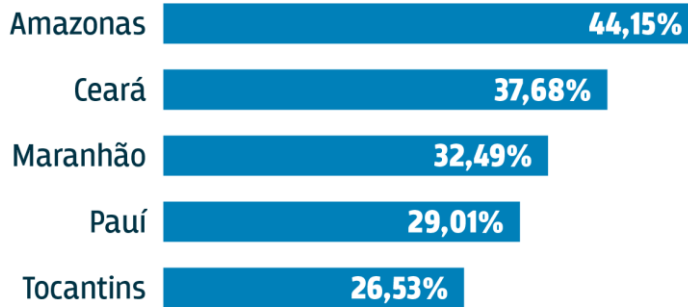
Fonte: DMF/CNJ

Arte CNJ

Fonte: DMF/CNJ (2018)

Tabela 3:

Estados com maior proporção de internos provisórios



Fonte: DMF/CNJ

Arte CNJ

Fonte: DMF/CNJ (2018)

Uma informação pertinente entre esses dados, é que há muito mais meninos com a liberdade restrita do que meninas. “Adolescentes masculinos se envolvem em mais crimes, isso é o que sempre observamos. E grandes partes deles em roubos, furto ou outros atos ilícitos como tráfico de drogas”, é o que cita Márcio da Silva Alexandre, juiz auxiliar da presidência do CNJ.

4. JOVENS: ALVO FÁCIL DO CRIME ORGANIZADO

Uma reportagem que foi realizada em dezembro de 2018, através da TV TEM, mostrou como os traficantes tem a maior facilidade de aliciar jovens para o mundo do crime. Onde são vítimas de famílias pouco estruturadas, a distância de escolas e uma oferta de dinheiro fácil.

De acordo com dados da Fundação Casa de Bauru (SP), 65% dos 566 internos são jovens com idades entre 16 e 18 anos. E dentre os 182 jovens que estavam internados em novembro/2018, 118 deles foram apreendidos pelos crimes que estão relacionados com o tráfico de drogas.

E como cita o delegado Luiz Puccinelli titular da DISE-BAURU, “normalmente o traficante não se arrisca e coloca alguém para se expor. E para isso eles tem usados adolescentes que é uma mão de obra mais barata”.

Foi escutado também o sociólogo Maximiliano Vicente, onde diz que o destino dessa juventude está relacionado á falha do Estado em garantir políticas públicas relacionado a temas como educação, moradia, transporte e saúde. E sem uma presença mais efetiva do Estado, o tráfico de drogas consegue ocupar essas lacunas em busca de sua mão de obra.

E com isso esses adolescentes que estão dentro desses fatores se tornam um alvo mais fácil para os traficantes, se transformado em mão de obra barata em um trabalho mais arriscado.

5. RELATOS DE INFRATORES SOBRE O QUE LEVOU Á VIOLÊNCIA

Uma reportagem que foi realizada em novembro de 2017, mais precisamente no estado Do Distrito Federal que foi feita na Unidade de Internação de Planaltina (UIP).

O primeiro jovem que fora entrevistado apresentava sinais de nervosismo ao contar sua história, em que está internado por homicídio, onde no começo de sua infância tinha uma boa relação com seu padrasto, porém no início de sua adolescência sua própria mãe o acusava de que estava envolvido com drogas, mas segundo o próprio adolescente quem mexia com elas era seu padrasto que não assumiu o feito deixando a culpa para com o jovem.

O próprio adolescente se descreve no passado como, "impulsivo, que não ligava para nada e que não dava um passo sem pensar nas consequências". Mas após 16 meses internado se demonstra arrependido, onde no seu futuro deseja ser um homem trabalhador e honesto.

De acordo com o professor de Políticas Públicas da Universidade de Brasília (UCB) Vicente Faleiros, "uma das causas de jovens no crime é o descaso do estado em dar oportunidade de estudo, formação e inserção no mercado de trabalho. A escola precisa atrair, estimular e acolher esses adolescentes. Só repressão não adianta, prender não resolve, é preciso prevenir".

Segundo o Deputado federal Laerte Bessa (PR-DF), que é o relator da proposta de Emenda à Constituição (Pec) 171/93, que reduz a maioria penal de 18 para 16 anos, cita, “vamos prender aqueles que cometem crimes hediondos e que são irrecuperáveis no ponto de vista social, precisamos punir esses delinquentes juvenis, senão, não vamos conseguir parar a criminalidade”.

Para o Promotor de Justiça e Coordenador da Promotoria de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude (DF), Renato Barão Varalda, aponta que os jovens que estão nessa idade é uma das fases de insegurança e amadurecimento sempre buscando a serem aceitos em algum grupo da sociedade, onde muitas vezes o caminho do crime é bem mais fácil.

Percebe-se ainda, que através desse aumento da violência e de jovens cada vez mais cedo entrando muito mais na criminalidade, se deve ao fato de que o planejamento familiar pode se tornar falho em detrimento de acontecimentos que são pegos de surpresa e que de alguma forma está fora de nossa realidade.

Onde muitas vezes quem está dentro do seu próprio âmbito familiar tem dificuldade de enxergar seus próprios problemas identificando-os como questões normais de qualquer outra família facilmente resolvidas.

Em que conforme, está estabelecida a Constituição Federal em seu artigo 226, § 8º, que cita o estado na criação de mecanismos para coibir a violência dentro de âmbito familiar. Entendendo em que várias dessas situações, o Estado não consegue todas essas situações familiares onde em sua grande maioria não chega até ele, mas também ocorre o descaso de muitas situações não acreditando na mulher e na criança, que no geral deveria ser protegida.

Dentro de nossa sociedade em que de acordo com a Constituição Federal no artigo 227,(BRASIL, 2010)

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.

Onde muitas vezes esses direitos são de fato deixado de lado em sua grande maioria pela sua própria família em que as crianças são exploradas e humilhadas de uma forma em que elas acreditam que é algo natural pois confiam em seus responsáveis.

Mas em inúmeras situações essas mesmas crianças se revoltam pelo cenário em que estão vivendo, se tornando crianças violentas não confiando nas pessoas ao seu redor, em que conseqüentemente vão em busca de uma vida melhor se encontrando na criminalidade como um refúgio para seus problemas.

Conquanto no que diz respeito, na proteção da criança e do Adolescente de acordo com o ECA (estatuto da criança e do adolescente), será sempre quando esses direitos foram ameaçados ou violados, independente de que seja dos pais ou responsáveis, do próprio Estado ou por eles mesmos através de sua conduta.

Se houver decorrido de algumas dessas hipóteses, tendo o risco da proteção da criança e adolescente, caberá a autoridade competente determinar alguma medida de acordo com diferentes casos, que estão dispostos no artigo 101 (BRASIL, 2010):

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, 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;
- IV - Inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do 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 - abrigo em entidade;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - colocação em família substituta.
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - Colocação em família substituta.

Todas essas medidas que estão presentes e foram citadas, dizem respeito a cada tipo de caso de criança onde caberá a mesma com que este tipo de contratempo não venha a ocorrer novamente, sempre em busca do melhor pra criança e adolescente obtendo sempre a sua proteção em decorrência da sua fragilidade.

Todavia, quando não se é possível a proteção com essas crianças, o que ocorre em muitos casos, e infelizmente o jovem acaba entrando no mundo do crime por serem alvos mais fáceis onde muitas vezes dependendo de seu ato criminal somente respondem por algumas medidas que estão presente no artigo 101, que anteriormente já fora citada.

Sempre em busca do melhor para criança, as medidas de quando um jovem é pego em flagrante praticando algum ato ilícito. Em sua grande maioria o culpado nem sempre é a criança ou o jovem muitas vezes de pessoas próximas ao mesmo por ainda não estar totalmente desenvolvida e facilmente influenciável.

E através desse direito a criança e adolescente, tem a garantia de que a sua liberdade não será privada sem o devido processo legal, dentro disso há alguns direitos do jovem que serão assegurados como está disposto no artigo 111 (Brasil, 2010):

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

- I - Pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;
- II - Igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
- III - defesa técnica por advogado;
- IV - Assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;
- V - Direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
- VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

Tudo isso se deve ao fato de uma preocupação cada vez maior com o jovem em decorrência da sua entrada cada dia mais cedo no mundo crime mais especificamente no que se diz ao tráfico de drogas que é uma porta de entrada para criminalidade, em que muitas vezes eles conseguem encontrar o apoio que precisam em que inúmeras vezes não encontram o que precisam dentro de sua própria família, porém não percebem o como são usados para a realização desses crimes.

Em decorrência dos atos que são praticados por esses jovens que vão contra a legalidade onde há um acréscimo significativo em toro de nossa sociedade, o ECA elaborou algumas medidas para poder auxiliar esses jovens de penas não muito severas por ser praticado por pessoas que não tem a plena consciência de seus atos os tornando pessoas imputáveis.

Em que algumas dessas medidas estão descritas no artigo 112, em que ele cita, advertência, a obrigação de reparar o dano, prestação de serviços á comunidade, entre outros que podem ser feitos quando o ato infracional não algo tão grave que a criança tenha que ser internada com o objetivo de uma melhora em seu comportamento não voltando para a realização deste ato.

Porém, nem sempre isso de fato ocorre, não são todas as crianças que irão ser advertidas pelos seus atos, muitas delas são deixadas de lado levando muitas somente uma “bronca” de quando é necessariamente pega em flagrante. As pessoas muitas vezes têm medo de denunciar esses jovens por serem apenas crianças que merecem um futuro bem melhor.

Porque a fama que se tem desses abrigos em que jovens em sua maioria das vezes são internados não é lá essas coisas, às vezes quando eles saem desses lugares podem estar muito piores do que quando eles entraram, onde eles têm muito mais acesso a criminalidade do que se estiverem fora, por terem acesso a jovens que praticaram crimes diferentes e que querendo ou não eles aprendem com a convivência.

Tudo não passa apenas de uma escolha que a criança tem de continuar ou não dentro da criminalidade, isso se deve ao fato de ela estar ou não pronta para o mundo, através de conselhos, das pessoas em que elas se espelham, do modo em que ela é tratada, não é apenas uma causa que leva pessoas tão jovens ao crime, mas sim inúmeros fatores que contribuem para a prática desses atos infracionais.

6. TRATADOS INTERNACIONAIS

A importância da proteção entre crianças e adolescentes não é somente que se preocupa no Brasil mas também em várias partes do mundo é de extrema importância para uma sociedade. E que começou no ano de 1923, através da “International Union of Child Welfare”, onde desde aquela época constituía direitos das crianças que já no ano seguinte estariam integrando o Tratado de Genebra, 1924, onde estria aí a primeira manifestação em favor aos menores de idade.

Já no ano de 1933, dentro da Convenção de Genebra onde se era discutido a proteção e o combate ao tráfico de crianças e mulheres que infelizmente ainda está presente em muitas bases de nossa sociedade, onde em 1948 levou através da “IX Conferência Internacional Americano de Bogotá”, em que formulou a Declaração de Direitos e Deveres do Homem, obrigando a amparar auxiliar e educar os filhos menores de idade.

No ano de 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos realizada em Paris, enalteceu os cuidados especiais para com as crianças, através da sua consciente manifestação de vontade fizesse com que se evitasse os abusos ao menos em sua fase de desenvolvimento.

Logo em 1959 através da ONU, na Declaração Universal do Direitos da Criança, em que declarava a proteção legal antes e depois do nascimento. Porém, na Convenção Americana dos Direitos Humanos, através do Pacto San José da Costa Rica no ano de 1969 e aprovado pelo Brasil em 1992, onde se evidencia o respeito à vida humana desde s sua concepção e através de medidas de proteção.

E no que diz respeito a prevenção da delinquência juvenil, em meados de 1985, conhecida como Regras de Beijing, onde os Estados-Membros promovam o bem-estar da criança e do adolescente e que criem condições para que esses pequenos jovens de isentem do crime e da delinquência. Adotando assim medidas corretas e concretas da intervenção legal e o tratamento efetivo em situações de conflito.

E dentro do ano de 1993 através da Carta de Viena, onde vêem do princípio em que “criança antes de tudo”, onde se promove o respeito aos direitos da criança perante a sociedade.

Entre todos esses tratados de que foram mencionados, muito se deve ao fato do desrespeito de que a sociedade tinha com os jovens para que se fossem tomadas medidas para que seus direitos fossem respeitados e cumpridos.

Onde infelizmente em muitos desses países seus direitos não são atacados e as crianças são postas em trabalhos relativamente pesados por serem de fato mão de obra barata e não exigirem tanto quanto um profissional adulto. Em que muitas vezes seus pais as obrigam a ter esse tipo de vida.

Em que muitos desses direitos não deviam estar em leis para serem atacados e respeitados, em decorrência que o jovem deveria ser o foco da preocupação da sociedade por ser dependente de sua família e que muitas vezes se torna influenciável.

Tudo se torna bem maior no que diz respeito às crianças e adolescentes não há um meio termo sempre haverá a preocupação de estar fazendo o certo ou o errado dentro da sociedade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi abordado no referente artigo o que mais importante se pode retirar é de como a criança e ao adolescente tem relevante importância nos dias de hoje, não somente dentro da criminalidade, mas também no que diz respeito aos seus direitos.

Percebe-se que tudo está envolvido no que se diz respeito a uma base familiar que é de grande importância em sua grande maioria, sempre havendo as suas exceções, é claro, mas que em muitos casos a falta de um membro da família que de acordo com as pesquisas em sua grande maioria os pais estão ausentes fazem com que seus filhos vão em direção ao caminho do crime.

Dentre esses casos as crianças não têm em sua maioria o apoio ou carinho dos pais e vão em busca desse apoio nas ruas que onde por ironia aonde se sentem mais seguros do que em suas próprias casas, muitas vezes se tornando em sua juventude uma pessoa fria não se importando em passar por cima de quem quer que fosse.

Porém não podemos de fato encontrar qual é o principal culpado do aumento dessa criminalidade, se é o Estado, a sociedade, ou propriamente seus pais, todos têm a sua parcela de culpa, pela não orientação e apoio que poderiam dar a essas crianças não se tornarem em seus futuros, jovens ligados ao crime.

Conclui-se então, que muito ainda há de se fazer com as crianças e adolescente para não chegarem a esse caminho, necessita de uma junção desses pilares (Estado, sociedade e pais), para que as crianças se sintam mais seguras e apoiadas onde seus direitos possam ser respeitados, fazendo com que assim elas não se direcionem ao caminho da criminalidade.

8. REFERÊNCIAS

RASPANTI, M.A questão da Infância no Brasil. Disponível em:

<http://historiahoje.com/a-questao-da-infancia-no-brasil> Acesso em: 21 de outubro de 2018.

UNICEF (Fundo da Nações Unidas para a Infância). Situação da Infância no Brasil, 2010. Disponível em:

<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/documento-situacao-da-infancia-no-brasil-do-unicef.aspx>.

DA SILVA, E. Infância e Políticas. Brasil Escola, 2016. Disponível em:

<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/pedagogia/infancia-politicas.htm>. Acesso em : 18 de outubro de 2018.

[TOLEDO, G. Criminalidade Infantil: Um problema que assola o Brasil. 2016. Disponível em file:///D:/Dados/Downloads/artigo%20criminalidade.pdf Acesso em 22 de outubro de 2018.](#)

[Vítima ou Infrator: Série de reportagens mostra jovens na criminalidade no PI. Piauí. Portal: G1, 02 de jun. 2014. Entrevista a Alberto Menezes.](#)

[ANDRADE, P. FARIELLO, L. Menores Infratores Internados no Brasil. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87990-ha-mais-de-22-mil-menores-infratores-internados-no-brasil> Acesso em 12 de janeiro de 2019.](#)

[MORAES, A. Jovens: Alvo fácil do crime organizado em Bauru. Bauru. Portal: TV TEM, 10 de dez. 2018.](#)

[TELLES, F. A normativa Internacional a proteção aos direitos de crianças e adolescentes. 2018. Disponível em: <https://www.ebah.com.br/content/ABAAAgzKIAL/a-normativa-internacional-a-protecao-aos-direitos-criancas-adolescentes>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.](#)

[BRASIL. Constituição \(1988\). Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010. Lex: legislação federal, Brasília, DF, 13 jul. 2010.](#)

[BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Le: legislação federal, Brasília, DF, 13 jul. 1990.](#)

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

BRUNO PORANGABA RODRIGUES:

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a dignidade da pessoa humana a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; DESENVOLVIMENTO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO^[1]

Um dos postulados do direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana vem sendo enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal sob vários aspectos. Para melhor compreender os contornos que envolvem a matéria, o presente trabalho será baseado, essencialmente, na obra de Ingo Wolfgang Sarlet^[2].

O primeiro ponto que se coloca em discussão refere-se ao *status* jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana no campo constitucional, isto é, o constituinte atribuiu à dignidade da pessoa humana o patamar de fundamento da República (art. 1º, III, da CRFB/88) e entendeu por bem não a incluir expressamente no rol dos direitos e garantias fundamentais^[3].

Essa opção legislativa não infirma e sequer atenua a fundamentalidade da dignidade da pessoa humana. Assim, como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet^[4]:

além de os direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição encontrarem – pelo menos em grande parte – seu fundamento na dignidade da pessoa humana, também é possível reconhecer que do próprio princípio da dignidade da pessoa humana podem e também devem ser deduzidas posições jusfundamentais (direitos e deveres), ainda que não expressamente positivados, de tal

sorte que, neste sentido, é possível aceitar que se trata de uma norma de direito fundamental, muito embora daí não decorra, pelo menos não necessariamente, a existência de um direito fundamental à dignidade.

Em seguida, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que o próprio Supremo Tribunal Federal vem seguindo o entendimento doutrinário majoritário no sentido de compreender a dignidade humana como valor-fonte da ordem jurídica, conforme restou consignado no acórdão proferido no HC n. 87.676/ES, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, cujo julgamento ocorreu em 06.05.2008^[5]^[6].

Superada, então, a controvérsia acerca da natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, revela-se necessário analisar a dignidade da pessoa humana sob o manto da “abertura material” dos direitos e garantias fundamentais, a partir da jurisprudência da Suprema Corte brasileira.

DESENVOLVIMENTO

A atual ordem constitucional, influenciada pela evolução constitucional desde a proclamação da República (1889, seguida da primeira Constituição Federal e Republicana de 1891) e ancorada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, assegurou o que se passou a denominar de “abertura material do sistema constitucional dos direitos e garantias fundamentais”, que, de maneira breve, nada mais representa do que o reconhecimento de direitos fundamentais assegurados esparsamente pelo texto constitucional – isto é, além daqueles previstos no Título II – , bem como dos direitos positivados nos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos^[7]. Assim, Ingo Wolfgang Sarlet relembra que o constituinte estabeleceu a existência de direitos, mesmo que não direta e expressamente previstos no texto constitucional, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, consoante norma ínsita no artigo 5º, §2º, da CRFB/88^[8].

Nesse cenário, Ingo Wolfgang Sarlet sublinha que a atribuição de identificar posições fundamentais esparsas na Constituição e a possibilidade de reconhecer a existência de direitos fundamentais implícitos e/ou autonomamente desenvolvidos com base no regime e nos princípios da Constituição passa, necessariamente, pela

construção de um conceito material de direitos fundamentais, o qual dialoga fortemente com a noção de dignidade da pessoa humana[9].

Ciente do elevado grau de indeterminação e do caráter polissêmico do princípio da dignidade da pessoa humana, adverte o jurista brasileiro que, com algum esforço argumentativo, tudo o que se consta no texto constitucional, ainda que de maneira indireta, pode ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa[10]. No seu entender, entretanto, não é neste sentido que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser utilizado na condição de elemento integrante de uma ideia material de direitos fundamentais, vez que, se assim fosse, “toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de materialmente fundamental”[11]. Esclarecendo melhor o tema, assevera que[12]:

O que se pretende demonstrar, neste contexto, é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material tanto para a fundamentação de direitos implícitos (no sentido de posições jusfundamentais de cunho defensivo e/ou prestacional subentendidas nos direitos e garantias fundamentais da Constituição), quanto – e, de modo especial – para a identificação de direitos sediados em outras partes da Constituição.

Ainda em relação à identificação de direitos fundamentais implícitos ou positivados esparsamente na Constituição, Ingo Wolfgang Sarlet alerta para a necessidade de cautela por parte do intérprete, especialmente pelo fato de estar-se ampliando o rol de direitos fundamentais da Constituição com as consequências práticas a serem extraídas, não se devendo, por isso, desconsiderar o risco de uma possível desvalorização dos direitos fundamentais, que, vez ou outra, é indicada pela doutrina[13].

No que se refere à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a multirreferida abertura material dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet evoca alguns exemplos, quais sejam: 1) em relação aos direitos de personalidade, onde o laço com a dignidade se exterioriza com extensão, reconheceu-se, no âmbito do RE n. 248.869-1, tanto um direito fundamental ao nome quanto ao

estado de filiação, sob o argumento de que “o direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é indisponível”; 2) em relação ao direito à ressocialização do apenado, o STF entendeu que deve servir de parâmetro para a interpretação e aplicação da legislação em matéria de execução penal, a obrigação de se assegurar ao preso a possibilidade de reinserção na vida social de modo livre e responsável; 3) por fim, tem-se a extensão à união homoafetiva da proteção com base na união estável e de entidade familiar, nos termos do artigo 226 da Constituição, onde os parâmetros de dignidade da pessoa humana tiveram particular relevância[14].

Além das lições expostas, a dignidade da pessoa humana relaciona-se com as faces negativa e positiva dos direitos fundamentais. Pela primeira face, reconhece-se na dignidade da pessoa humana uma espécie de “Sinal de Pare”, no sentido de um obstáculo absoluto e intransponível inclusive para os atores estatais, tutelando a individualidade e autonomia da pessoa contra qualquer espécie de interferência do Estado e da sociedade, assegurando, assim, o papel do ser humano como sujeito de direitos; pela segunda, a dignidade da pessoa humana relaciona-se tanto com a noção de mínimo existencial e dos direitos sociais considerados, analisados sob um enfoque mais restrito, como direitos a prestações materiais (ou fáticas), quanto com a noção de direitos a prestações em sentido amplo, que, como identificou Robert Alexy, abarcam também prestações de cunho não tipicamente social[15].

Oportuno se faz sublinhar, nesse particular, que da dupla função de proteção (e promoção) e de defesa deduz-se a imposição de implantar medidas de precaução procedimentais e organizacionais, no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais, ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de aniquilar ou reduzir os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano[16].

Com base nisso, Ingo Wolfgang Sarlet identifica vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal abordando a dignidade da pessoa humana sob os aspectos positivos e negativos dos direitos fundamentais.[17]

Identifica-se, inicialmente, a aplicação da dignidade da pessoa humana como regra impeditiva de determinadas condutas, a exemplo da vedação da tortura e de

todo e qualquer tratamento desumano ou degradante, conforme previsão constitucional constante do artigo 5º, III, por meio da qual se verifica uma manifestação do direito de defesa (negativo), sendo relevante o precedente da Corte Maior relatado pelo Ministro Decano Celso de Mello, nos autos do HC n. 70.389-SP, “no qual estava em causa a prática de tortura contra criança e adolescente, por parte de policiais, e onde restou consignada a absoluta vedação da tortura na ordem jurídico-constitucional brasileira”[\[18\]](#).

Visando, igualmente, a evitar a negação de uma redução de ser humano a objeto da ação estatal, merecem destaque as decisões do Supremo Tribunal Federal envolvendo o enunciado de Súmula Vinculante n. 11, relativamente à necessidade de fundamentação por parte das autoridades policiais e judiciárias sobre a imposição do uso de algemas[\[19\]](#)-[\[20\]](#).

Por sua vez, no âmbito dos direitos sociais em sentido amplo, especialmente em observância ao mínimo existencial – conjunto das condições que asseguram o indivíduo a ter uma vida com dignidade, aqui se assemelhando à concepção de qualidade de vida –, também há manifestações da face negativa dos direitos fundamentais e, portanto, da dignidade da pessoa humana. Reverberando o entendimento aqui esposado, têm-se diversas decisões do STF pertinentes à proibição do confisco (atos com efeitos confiscatório) e que cancelam a vedação da tributação do mínimo existencial, sendo memorável o julgamento proferido nos autos do RE n. 397744, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa[\[21\]](#).

Por outro lado, no que se refere à dimensão positiva (ou prestacional) da dignidade da pessoa humana e do direito ao mínimo existencial, segundo o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, na seara da jurisprudência do STF, entende-se que ao Estado incumbe, primordialmente, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial, reconhecendo em favor do cidadão um direito subjetivo (judicialmente exigível) à satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial e, portanto, à dignidade da pessoa humana[\[22\]](#). A título exemplificativo, o jurista brasileiro aponta que a nossa Suprema Corte possui diversas decisões que asseguram às crianças com menos de seis anos de idade o acesso gratuito a creches mantidas pelo poder público, além de outras relativas à saúde, que, não raro, relativizam, em favor da vida e dignidade, limitações de ordem organizacional e orçamentária, a exemplo do julgamento proferido nos autos do RE n. 573061, relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto[\[23\]](#).

Em linha de desfecho, resta analisar a dignidade da pessoa humana enquanto parâmetro interpretativo na aplicação dos direitos fundamentais.

É de se observar, como bem ressalta Ingo Wolfgang Sarlet, que, no contexto da problemática envolvendo os limites e as restrições, inclusive colisão, dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana relaciona-se tanto com a noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais quanto com a aplicação do princípio da proporcionalidade[24]. Revela-se oportuno evidenciar, à vista disso, os fatos singularizados no Habeas Corpus n. 71.374-44, relatado pelo Ministro Francisco Rezek, onde se questionava a legitimidade constitucional da condução coercitiva do suposto pai, réu em ação investigatória de paternidade, para fins de realização, em laboratório, de exame de sangue com vistas à verificação da existência do vínculo de paternidade do investigante, autor da ação, sendo relevante a transcrição de trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, cujo entendimento prevaleceu, *in verbis*[25].

A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu. Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade.

Ingo Wolfgang Sarlet sublinha, por fim, que outra hipótese da dignidade da pessoa humana enquanto critério para a interpretação envolve tanto a identificação de um conteúdo em dignidade de outros direitos fundamentais, quanto a interpretação “conforme a dignidade” de institutos jurídicos que geram a restrição de direitos, sendo que, em alguns casos, o espectro de tutela de direitos e garantias fundamentais resta delimitado de maneira mais extensiva, assegurando, assim, um nível mais contundente de proteção dos direitos[26].

CONCLUSÃO

Como visto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, manifestou a sua compreensão da dignidade da pessoa humana como sendo valor-fonte da ordem jurídica brasileira, cuja fundamentalidade reflete em vários ramos do direito.

Espera-se que o presente trabalho sirva de contribuição para as próximas reflexões envolvendo a dignidade da pessoa humana, axioma valorativo do direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, Santa Catarina, 2017.

NOTAS:

[1] O presente trabalho constitui um recorte, com modificações pontuais, da monografia do autor, cuja íntegra pode ser acessada pelo repositório institucional da Universidade Federal da Bahia, através do seguinte link: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28246>.

[2] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, Santa Catarina, 2017.

[3] Idem. Ibidem, p. 29.

[4] Idem. Ibidem, p. 30.

[5] Idem. Ibidem, p. 31.

[6] No julgamento histórico, o STF entendeu que a dignidade humana representa “verdadeiro valor- fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”.

[7] Idem. Ibidem, pp. 33-34.

[8] Idem. Ibidem, p. 34.

[9] Idem. Ibidem, pp. 34-35.

[10] Idem. Ibidem, p. 35

[11] Idem. Ibidem, p. 35.

[12] Idem. Ibidem, pp. 35-36.

[13] Idem. Ibidem, p. 37.

[14] Idem. Ibidem, p. 38.

[15] Idem. Ibidem, pp. 39-40.

[16] Idem. Ibidem, p. 40.

[17] Idem. Ibidem, p. 40.

[18] Idem. Ibidem, pp. 40-41.

[19] Idem. Ibidem, p. 41.

[20] O referido enunciado consagra a excepcionalidade do uso de algemas, nos seguintes termos: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

[21] Idem. Ibidem, p. 42.

[22] Idem. Ibidem, p. 43.

[23] Idem. Ibidem, p. 43.

[24] Idem. Ibidem, p. 45.

[25] Idem. Ibidem, pp. 45-46.

[26] Idem. Ibidem, p. 46.

A PARTICIPAÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO SANTO DAIME: A DICOTOMIA ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA E O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

VANIELLY FERREIRA SILVA:
Bacharelanda em Direito pela Faculdade
Serra do Carmo.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem o propósito de verificar a liberdade religiosa, qual se constitui em direito fundamental declarado pelo ordenamento pátrio, a partir do estudo dos direitos e deveres que os pais possuem na inserção dos seus filhos na religião ayahuasqueira do Santo Daime. Lançar-se ao estudo do tema aqui proposto é vivenciar a aplicação do direito fundamental, é tornar real a previsão constitucional e dar à liberdade religiosa eficácia e concreção. Considerando a escolha religiosa dos incapazes, o poder familiar no que se referem à utilização da beberagem consumida pelos participantes desse culto, tem como objetivo verificar a possibilidade da interferência do poder de família no direito de liberdade do adolescente, no que diz respeito à opção de crença religiosa. A problematização é em torno do consumo da ayahuasca por crianças. O objetivo deste ensaio etnográfico volta-se à descrição e ao entendimento qualitativo dos fenômenos cotidianos e místicos experienciados por “crianças ayahuasqueiras”. Observa-se no presente trabalho que, em caso de eventual conflito, entre a liberdade religiosa do menor e o poder familiar dos pais a solução passará pelo princípio do melhor interesse do menor, de forma que o papel dos pais é educar e não impor religião, sendo este o posicionamento adotado pelos Tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Religiosa, Poder Familiar, Santo Daime

ABSTRACT : This article has the purpose of investigating on religious freedom, which constitutes a fundamental right declared by the national order, starting from the study of the rights and duties that the parents have in the insertion of their children in the ayahuasca religion of Santo Daime. Studying the theme proposed above means experiencing the application of the fundamental right, making real the constitutional prediction and giving religious freedom effectiveness and

concreteness. Considering the religious choice of the incapacitated ones and the family power over the use of a drinking substance by the participants of this cult, this study seeks to verify the possibility of the interference of the family power in the adolescents' right of freedom regarding to the option of religious belief. The problem is about the consumption of ayahuasca by children. The purpose of this ethnographic essay seeks to the description and the qualitative understanding of the everyday and mystical phenomena experienced by "ayahuasca children." In the present study, it was observed that whenever in an event of a conflict between the minor's religious freedom and the parents' family power, the solution will be based on the principle of the best interest of the minor, so that the parents' role is to educate and not impose religion. This has been the position adopted by the Courts,

KEYWORDS: Religious Freedom-Family Power, Santo Daime

INTRODUÇÃO

Neste trabalho temos o propósito de discutir sobre as relações entre o direito à liberdade religiosa e o poder familiar. Desenvolveremos essa discussão a partir do caso da participação de crianças e adolescentes na religião ayahuasqueira do Santo Daime. Discutiremos assim, sobre o direito dos pais na inserção dos seus filhos nessa religião e, portanto, no consumo da ayahuasca, que é uma bebida psicoativa utilizada nesse culto.

Segundo Labate (2004, p. 65) basicamente a ayahuasca no Brasil é formada por uma decocção composta por água e duas espécies vegetais, o cipó Banisteriopsis Caapi e a folha do arbusto Psychotria Viridis. Trata-se de uma bebida de origem indígena, provinda da região amazônica, onde se desenvolveram religiões cristãs que a consomem como sacramento. Essas religiões, o Santo Daime (Alto Santo/ Iceflu), a Barquinha e a União do Vegetal foram definidas como religiões ayahuasqueiras brasileiras durante o processo de regulamentação do uso dessa bebida no Brasil que deu origem à Resolução N.º 1 de 2010 do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas - CONAD. De acordo com Labate et al (2008: 23) essa definição apareceu *Ipsis litteris* pela primeira vez na obra organizada por Araújo & Labate (2009), "O uso ritual da ayahuasca".

Atualmente, o uso dessa substância psicoativa no Brasil e no mundo encontra-se bastante difundido, mas não há um registro específico da quantidade de

participantes dos cultos aonde há ingestão da bebida, os pesquisadores estimam que somente no território nacional esse número se aproxima das duas dezenas de milhares Labate et al (2008). A expansão do uso gerou vários questionamentos na sociedade sobre a legitimidade desta prática, é um desses questionamentos consiste em indagar se o uso da ayahuasca causaria prejuízos sociais e individuais, no aspecto físico-químico e das interações entre as pessoas.

O fato de a ayahuasca conter uma molécula proibida pela ONU a dimetiltryptamina (DMT), que é considerada alucinógena, causou grande embaraço no tratamento da questão, mas a própria Organização admitiu que sua regulamentação não recaia sobre as espécies vegetais que compõe a ayahuasca e nem sobre a bebida, o que deu certa abertura para que a questão fosse tratada mais do ponto de vista cultural e do direito, do que do ponto de vista da criminalização.

Diante disso, o Estado brasileiro realizou um longo processo de investigação sobre o uso da ayahuasca e os grupos que fazem esse uso. Processo este que teve início na primeira metade da década de 1980 e desfechou-se na autorização do uso ritual da ayahuasca em 2010, o que também deu suporte para que em 2011 o governo brasileiro, através do IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Arqueológico Nacional), iniciasse o processo de inventário desse uso para possível patrimonialização (COSTA 2017). Nesse cenário, o caso da participação de crianças e adolescentes no Santo Daime gera determinados questionamentos como, por exemplo, sobre os alcances e os limites do poder familiar no respeito à liberdade religiosa dos menores.

Sendo assim, dividimos este trabalho em três capítulos através dos quais pretendemos primeiro, desenhar um cenário sobre o consumo religioso da ayahuasca chamada de Santo Daime no culto fundado por Raimundo Irineu Serra no início do século XX no Acre. Escolhemos esse grupo religioso como foco de análise, porque ele é um dos grupos que mais se expandiu na última década e vivenciou controvérsias jurídicas. Num segundo momento do trabalho, dedicamos um capítulo à definição das categorias de liberdade religiosa e poder familiar, com o intuito de constituirmos ferramentas teóricas para analisar, finalmente, a relação desses direitos no contexto do Santo Daime, no terceiro capítulo.

1. O CONTEXTO DO USO RELIGIOSO DA AYAHUASCA NO SANTO DAIME

Para desenharmos o contexto do uso religioso da ayahuasca no Santo Daime é importante considerarmos a dimensão do controle do uso dessa substância psicoativa, pois por um lado vigora certo controle estatal sobre a prática e por outro lado os grupos possuem seus próprios mecanismos de controle interno do uso. Essas formas de controle influenciam o direito à liberdade religiosa e o direito familiar exercido. Logo, no texto a seguir descreveremos sinteticamente a história e a configuração doutrinária do Santo Daime para podermos visualizar com mais clareza esses mecanismos internos de controle. Depois, citaremos os parâmetros normativos estabelecidos pelo Estado brasileiro através da Resolução N.º 1 de 2010 do CONAD.

O Santo Daime considerado como uma religião possui um arcabouço doutrinário, ou seja, um conjunto de normas morais que orientam a vida do fiel, ao mesmo tempo em que possui uma institucionalidade. As referências para a formação desse arcabouço encontram-se, segundo os antropólogos (LABATE et al 2008; MACRAE 1992), no cristianismo popular, na cultura de matriz africana, como o tambor de mina, no espiritismo europeu, no esoterismo europeu e especialmente no xamanismo amazônico, da onde deriva o consumo ritual de substâncias psicoativas como sendo uma interação com o sagrado. Essa característica é fundamental para entendermos o papel central que o santo daime ocupa quanto sacramento, pois na cultura xamânica a ayahuasca é considerada um ser superior que ensina e revela a verdade para quem entra em contato íntimo com ela, por isso é chamada também de planta professora. Dentro do Santo Daime, a substância psicoativa é considerada como sendo o próprio corpo do Cristo, um ser que deve ser muito respeitado e que é compreendido, por exemplo, como “o professor dos professores”. Podemos dizer que essa concepção valórica fundamentada na própria trajetória de criação e consolidação de dita religião influencia de maneira determinante o comportamento de consumo dentre os fiéis, uma vez que a vulgarização desse uso significaria um rompimento com um dos princípios fundadores dessa crença.

No que se refere à relação dessa centralidade do Santo Daime com a história dessa religião é interessante frisarmos alguns aspectos. O fundador desse culto, posteriormente conhecido como Mestre Irineu, migrou do Maranhão para o Acre a fim de trabalhar na economia da borracha no início do século, levando consigo toda sua influência cultural. Na fronteira com o Peru, no interior da Amazônia, o negro maranhense travou contato com o xamanismo indígena onde aprendeu a usar a

substância psicoativa em questão. A partir desse consumo, quer dizer, das implicações que a bebida gerava em sua vida, esse líder espiritual foi configurando um novo formato ritual. Uma dessas implicações foi o contato com seres oriundos do plano espiritual, sendo o principal deles uma entidade que Irineu reconheceu como Rainha da Floresta ou Nossa Senhora da Conceição. Esse ser teria lhe ensinado a preparar a bebida dentro de uma nova concepção, a qual definia a função da bebida que era dar tudo o que uma pessoa realmente estivesse precisando, sobretudo o entendimento da sua própria realidade, por essa razão que a bebida indígena milenar dentro dessa ritualização passa a se chamar daime, em referência ao verbo dar, dai-me, tudo o que eu precisar, sendo assim a bebida conteria em si toda potencialidade, todo poder (COSTA, 2015; MACRAE, 1992 p.59-125).

Após essa primeira experiência, Raimundo Irineu Serra em conjunto com um grupo de amigos, que posteriormente seriam conhecidos como “companheiros do Mestre”, passou a realizar reuniões de caráter religioso onde era consumida a bebida psicoativa do santo daime. Inicialmente, o grupo chamado de Círculo de Regeneração e Fé sofreu grande perseguição policial por ser considerado um grupo de negros curandeiros que utilizavam substâncias venenosas, como bem explica a obra de MacRae & Moreira (2011). Dessa forma, o grupo que se mudou para a periferia de Rio Branco no Acre em busca de melhores condições de vida, já que o último ciclo da borracha havia entrado em crise, reconfigurou seus rituais dando-lhe um caráter institucionalizado. Por isso, muitos adeptos dessa religião consideram que a mesma nasceu por volta do início da década de 1930, que é justamente quando o ritual é padronizado e o grupo registrado nos órgãos competentes do poder público.

Segundo MacRae (1992, p.65), nessa época vigorava uma intensa política de repressão à práticas consideradas feitiçaria, com base no código penal de 1890 que criminalizava a prática ilegal de medicina, da magia e do curandeirismo. Diante da ameaça que essa visão criminalizante poderia representar para o culto que estava organizando, Mestre Irineu teria incentivado certas características e desencorajado outras. A organização do culto em si num formato bastante parecido com uma estrutura militar é prova disso, os fiéis são divididos em dois batalhões, feminino e masculino, ademais os adeptos devem vestir uma farda cuja confecção e manutenção exigem zelo e investimento. Além disso, o uso da bebida alcoólica e

do cigarro são desencorajados e em alguns momentos até proibidos, ou seja, os elementos que poderiam sinalizar para qualquer ideia de desordem e descontrole vão sendo eliminados. Outro detalhe muito importante na configuração ritualística é o papel central exercido pela música. Dentro do Santo Daime a referência doutrinária da religião, quer dizer, todo o arcabouço doutrinário com suas normas e valores advêm do conjunto de hinos de louvor que os seus adeptos canalizam como mensagens mediúnicas, no ritual esses hinos são cantados, dançados e tocados de forma bem ordenada, com passos e melodias bem definidas, dentro de uma divisão de funções no espaço do salão da Igreja. Mestre Irineu, possui um hinário, caderno que contém um conjunto de hinos de louvor, chamado O Cruzeiro, o qual foi considerado fonte da forma básica dessa religião, depois outros adeptos também canalizaram hinários, os quais compõem hoje os cultos do Santo Daime. Vemos assim, que essas características ajudam a estabelecer uma determinada ordem na relação com o consumo da bebida psicoativa dentro do exercício dessa religiosidade. Tudo isso sugere a existência de um uso controlado socialmente, pois há regras rígidas de produção, distribuição, armazenamento e consumo da substância, evitando consequências prejudiciais aos integrantes (MACRAE, 1992 p.59-125).

No início da década de 1970, após a morte de Raimundo Irineu Serra, um grupo importante de adeptos do Santo Daime se reuniu em torno da liderança do ex-seringueiro Sebastião Mota de Melo, que deu continuidade ao culto e fundou uma instituição diversa da original, o hoje chamado Iceflu (Igreja do Culto Eclético da Fluente Luz Universal). Foi a partir desse ramo que o Santo Daime se expandiu como religião pelo Brasil e pelo mundo, causando assim a desconfiança da sociedade e do Estado que questionaram o consumo de uma substância psicoativa como sacramento, considerando que pudesse se tratar de um disfarce para o uso de drogas. É importante sublinhar, que a concepção da bebida como sacramento ocorre de maneira bastante natural dentro da mentalidade xamânica ou cabocla, da qual o Santo Daime sofre grande influência e segundo a qual a natureza e suas espécies representam um conglomerado de seres com os quais devemos aprender a nos relacionar e respeitar. Nessa concepção muitas espécies vegetais são vistas como “plantas professoras”, ou seja, substâncias que trazem muitos ensinamentos para quem as consome. Devido a esta característica fundamental, o Santo Daime do ramo liderado pelo homem que ficou conhecido como Padrinho Sebastião, encontra-se em certa medida aberto para o reconhecimento da importância de outras espécies além daquelas que compõem a bebida sagrada. Entretanto, neste

artigo não entraremos no mérito do consumo de outras substâncias que não o Santo Daime, pois a relação com este é o nosso foco de análise, uma vez que é esta bebida que é normatizada pelo governo brasileiro, influenciando o direito dos pais a levarem seus filhos aos rituais.

Para MacRae (1992), a ingestão da ayahuasca no âmbito daimista reproduz uma invocação emblemática à redução da nocividade.

Entre os membros da seita, o efeito da bebida é tradicionalmente entendido como um transe em que o sujeito expande seus poderes de percepção, tornando-se consciente de fenômenos de um plano espiritual que, por sua sutileza, normalmente escapam aos sentidos. Além disso [...] essa prática é rigorosamente prescrita em seus menores detalhes, tornando-se um bom exemplo do uso controlado de um psicoativo (MACRAE 1992 p. 117)

Com a expansão da religião durante a década de 1980 o governo brasileiro iniciou um processo de investigação dos grupos a fim de averiguar a finalidade do uso do Santo Daime e se este uso causava algum dano social e/ou individual. Foram quase trinta anos de pesquisas e diálogo com os grupos religiosos até que em 2010 foi publicada a Resolução N 1 do CONAD (Conselho Nacional Sobre Drogas) que autoriza o uso religioso dessa substância nos seguintes termos nas letras c) e d) do artigo 2:

c) a liberdade religiosa e o poder familiar devem servir à paz social, à qual se submete a autonomia individual;

d) deve ser reiterada a liberdade do uso religioso da Ayahuasca, tendo em vista os fundamentos constantes das decisões do colegiado, em sua composição antiga e atual, considerando a inviolabilidade de consciência e de crença e a garantia de proteção do Estado às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, com base nos arts. 5º, VI e 215, § 1º da Constituição do Brasil, evitada, assim, qualquer forma de manifestação de preconceito" (CONAD 2010).

Vemos que a própria normativa aufere papel central ao direito à liberdade religiosa e ao poder familiar, conceitos estes que serão objeto de nossa dissertação no próximo capítulo. Eles servirão de base para discutirmos no terceiro e último

subtítulo deste artigo, o caso do exercício do Poder Familiar dentro da Liberdade Religiosa de culto ao Santo Daime.

De acordo com MacRae (1992 p.87), durante o processo de investigação do governo brasileiro sobre as chamadas religiões ayahuasqueira a grande parte das denúncias apuradas sobre os grupos diziam respeito a relacionamentos entre pais e filhos que discordavam da participação destes nos rituais.

Contudo, acompanhando os argumentos do Juiz Federal Jair Araújo (2013) Facundes, podemos considerar que se a ayahuasca é aceita enquanto base fundamental de uma atividade religiosa de boa-fé, originada da cultura ameríndia, seu uso, nesses limites, não poderia ser refreado pela legislação proibicionista, ou pela política de drogas, porque a liberdade de religião e o poder familiar, como direitos fundamentais, apresenta organização preferencial no manifesto político, não conseguindo ser extinta pela medida majoritária. No capítulo a seguir abordaremos a definição desses conceitos fundamentais para podermos refletir em seguida sobre o caso do Santo Daime.

2. LIBERDADE RELIGIOSA DE CRIANÇA E ADOLESCENTES COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Liberdade religiosa é o direito do homem de pensar, agir e demonstrar o que se sente intimamente, de acordo com os princípios da própria consciência moral, a liberdade de desenvolver e manter convicções e valores, de agir em conformidade com as mesmas. O pensamento religioso tem sido um elemento essencial para o homem compreender a si mesmo e a realidade que o norteia, as religiões também foram fatores determinantes para definir a formação das sociedades.

Inicialmente, cabe esclarecer que a definição de religião é algo em que os teóricos sobre o tema contrapõem bastante, pois buscam se abarcar todos os aspectos religiosos possíveis, sem cair no egotismo.

Esse risco é avaliado por Gaarder, Hellern e Notaker (2009):

Muitas pessoas tentam definir religião, buscando uma fórmula que se adeque a todos os tipos de crença e atividades religiosas- uma espécie de mínimo denominador comum. Existem, naturalmente, até um risco nessa tentativa, já que ela

parte do princípio de que as religiões podem ser comparadas. Esse é um ponto em que nem todos os crentes concordam: eles podem dizer, por exemplo, que sua fé se distingue de todas as outras por ser a única religião verdadeira, ao passo que todas as outras não passam de ilusão, ou na melhor das hipóteses, são incompletas. (GAARDER; HELLERN; NOTAKER, 2009, P 19).

Contudo, alerta Oliveira (2010) que o ideal é buscar um conceito que se mostre compatível com as mais diferentes confissões religiosas, ou independentemente da crença na existência de Deus, que é o que mais se adéqua a uma visão jurídica e constitucional acerca da liberdade de religião.

A expressão “liberdade religiosa” não se menciona em qualquer parte da Constituição da República Federativa do Brasil, publicada em 05 de outubro de 1998. O termo, no entanto, não se tornou disposto em qualquer das Constituições brasileiras anteriores. Este termo foi cunhada pela doutrina, nas afirmações de Santos (2013, p. 127) para estabelecer um conjunto de ações jurídicas fundamentais que preservam a expressão religiosa individual e coletiva e foram expressa ou implicitamente, acolhidas em nosso ordenamento jurídico constitucional”.

Sem procurar aprofundar no complexo do tema, do contexto da definição de liberdade, vale salientar a colaboração de Alexy (2008, p. 227), que estabelece que a “liberdade de crença” onde enquadra-se no conjunto das liberdades não protegidas

As liberdades não-protegidas podem ser totalmente reduzidas às permissões [...] A simples permissão para professar uma crença, que pode coexistir com a obrigação de fazê-lo, não cria uma liberdade jurídica, tanto quanto não a cria a simples permissão de não-professar uma crença, que é conciliável com a proibição de professá-la. Uma liberdade jurídica de professar uma crença surge apenas quando - mas também sempre quando - é, não apenas permitido fazê-lo, mas também não o fazer. Nesse sentido, a liberdade jurídica não-protegida, que é totalmente reduzível a permissão, pode ser definida como uma conjugação de uma permissão jurídica de se fazer algo e uma permissão jurídica de não o fazer. (Alexy, 2008, p. 227).

Nesse viés, falaremos sobre a Liberdade Religiosa que deriva da liberdade de consciência, uma vez em que é mantida expressa, faz-se por meio de demonstração do pensamento, ela abrange a liberdade de escolha da religião. (Pires; 2012). A liberdade integra os direitos fundamentais de primeira dimensão/geração, sendo o direito mais importante para a vida humana, a expressão “liberdade” é extremamente ampla, sendo o gênero dos tipos de liberdade presentes e que obtêm assistência em nosso ordenamento jurídico.

A liberdade religiosa é direito que foi primeiramente relacionado à demanda por uma liberalização religiosa, muito mais orientada a não superposição de uma religião fundamental pelo Estado, do que propriamente a análise da dignidade e liberdade do indivíduo. Recentemente, representa a um dos direitos alternativos de liberdade que inclui o direito à crença, ao culto, bem como o direito de não crer. A liberdade religiosa surge como uma atividade do poder social de independência, incluindo a liberdade de crença e a liberdade de culto. Observando a liberdade de consciência como o direito que tem a pessoa de realizar como as suas convicções, é capaz pensar que esta abrange o poder de crença. Como a liberdade de consciência demanda na participação a alguns princípios morais e espirituais, livremente de um sentido religioso. . (MENEZES, 2015).

Para Luís Paulo dos Santos Pontes:

A liberdade religiosa é uma das facetas do direito à autodeterminação que representa a faculdade que tem a pessoa de escrever o pergaminho da própria vida, por meio do autogoverno e do seu poder de definição.

Não se pode deixar de falar, que a liberdade de crença e culto não se apresentam somente como direito internos. Dessa maneira, a liberdade de crença não se refere apenas à capacidade de o ser de fato crer em determinados ensinamentos ou preceitos no próprio íntimo, ela está assim como a evitar que outras pessoas, até mesmo o Estado, procurem intervir nesse meio de domínio da pessoa, estabelecendo que ninguém seja capaz, sem o consenso da pessoa, buscar transformar os princípios religiosos.

A despeito dos recursos nacionais e internacionais que asseguram a liberdade religiosa de cada e qualquer sujeito, até mesmo das crianças e adolescentes, deparamo-nos de acordo com o meio de que essas pessoas estão sujeitas ao papel

de responsabilidade de outrem, em busca, seus pais, mesmo que o poder familiar seja secundário à posição de assegurar o bom andamento, o cuidado, a proteção e o bem estar do menor, é provável que uma finalidade disfuncional apresente a rejeitar a interesse das crianças/ adolescentes e, ainda malferir suas liberdades fundamentais. (Menezes; 2015)

A liberdade religiosa constitui um direito fundamental assegurado expressamente pelo ordenamento pátrio a todas as pessoas (art. 5, VI, CF/88), até mesmo aquelas civilmente incapazes. Não impeditivo ao enorme reconhecimento desse direito às crianças e adolescentes, o sistema remete aos pais, a função pública do poder familiar que demanda uma quantidade de condições jurídicas (ônus, direito, dever, encargo, interesse etc.) dirigido à responsabilidade e a autonomia da criança e do adolescente. (Menezes; 2015). Pode se seguir o mesmo raciocínio no que tange à constituição, que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e titulares do direito do direito humano fundamental à liberdade religiosa.

Convém aos pais orientar o ensino e a disciplina, como o capaz envolve uma introdução no desenvolvimento religioso. Mas, a manifestação do poder familiar nessa sociedade é propícia de compreender outras preferências da criança que também existem segundo os cuidados do Estado e da sociedade, como a vida, a virtude psicofísica e a saúde. Há discussões de vontade que chegam ao Poder Judiciário envolvendo diversidade dos responsáveis quanto à orientação religiosa da criança e do adolescente ou mesmo a impacto entre essa.

Como bem leciona a jurista Ana Carolina Reis Paes Lemes:

“A garantia da liberdade”, no aspecto da religião, consiste na possibilidade de livre escolha pelo indivíduo da sua orientação religiosa e não se esgota no plano da crença individual, meramente subjetiva, de foro íntimo, mas abarca a prática religiosa, também denominada de liberdade de culto.

No parágrafo único acrescido pela Lei nº 13.257/2016 ao artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assegura, expressamente, ao pai, mãe ou responsáveis, o direito da transmissão das suas crenças, respeitando-se os direitos legalmente previstos.

Assim conclui-se que na perspectiva de Mônaco, (2005), a liberdade religiosa é entendida como um direito homogêneo a todos os seres humanos, reafirmando em relação à criança e o adolescente.

Para atingir o cerne da discussão sobre a liberdade religiosa das crianças e adolescentes, entraremos no vínculo entre liberdade religiosa e o exercício do poder familiar, que fica evidente conflito em determinadas religiões e seitas, que tem como destaque em nosso artigo (Ayahuasca) o chá do Santo Daime, no qual é fato que a influência dos pais quanto à escolha da religião é predominante na maioria dos casos e não pode o estatuto impedi-los de orientar seus filhos nesse sentido, porém a criança e adolescente tem direito a livre manifestação do pensamento por fazer escolha de seu culto religioso.

3. CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO SANTO DAIME: RELAÇÕES ENTRE LIBERDADE RELIGIOSA E O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

Para a melhor compreensão do tema principal deste estudo, qual sejam Crianças e adolescentes no Santo Daime, necessário faz-se a explicação do que é poder familiar e a importância que possui para ser exercido como forma de orientar os filhos nas decisões da vida, respeitando sempre suas opiniões, no qual, baseia-se em um conjunto de direito e obrigações em vínculo a pessoa e bens do filho menor, ainda não independente, exercido em relação de caráter, por ambos os genitores, a fim de exercerem os interesses resultantes do arcabouço regulamentar, tendo em vista, principalmente, o interesse a segurança do menor.

O direito antigo estabeleceu o instituto de o pátrio poder porque se pretendia uma condição mais austera da imagem paterna em relação à família e se tinha uma base familiar com alicerce no princípio do poder do pai, a mãe era tida como reprodutora e cuidadora dos filhos e do lar, sem que conseguisse intervir sobre nada, uma vez que isso se tornasse dever do pai. Logo mais o direito interno só reconheceu a igualdade jurídica da mulher quando publicou a Lei nº4.121 de 1962 (Estatuto da mulher casada), tendo como fundamento o exercício equilibrado do pátrio poder, em que o pai exerceria este com o auxílio da mulher e não mais sozinho. Com a transformação do direito de família e da própria família, a guarda ganha total autonomia. A mudança de nomenclatura "pátrio poder" para "poder familiar" implicou, na realidade, no efetivo desuso. O marco dessa mudança foi a Declaração Universal dos Direitos das Crianças da ONU de 1989, a qual permitiu um

tratamento diferenciado às crianças e aos adolescentes por meio da doutrina da proteção integral. Destaca-se o artigo 227 da Constituição Federal, em seu caput:

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.

Recorrer a expressão “poder familiar” deixa mais certo que a formação e a educação dos filhos cabem ao pai e a mãe, em proporção de condições, e respeito a Constituição Federal. Sobre o tema, assim explica Carlos Roberto Gonçalves (2011 p 417); o poder familiar é constituído por um corpo de regras que abrangem direitos e deveres impostos aos pais, no referente à pessoa e aos bens dos filhos menores. As relacionadas à pessoa dos filhos são, provavelmente, as mais importantes. No entanto o poder familiar veio a alinhar-se com o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges bem como ao princípio da proteção integral dos filhos menores, a fim de que se desse uma função protetiva aos filhos.

Assim preceitua Waldyr Grissard Filho (2013):

Delimitando então o conceito, pode-se dizer que o poder familiar – a questão terminológica será examinada adiante - é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social. (Filho, 2013).

Assim, o poder familiar nada mais é o do que um conjunto de direitos instituídos no ordenamento jurídico aos pais a fim de que estes sejam capazes criar, orientar, educar, sustentar e proteger seus filhos menores. É um poder reconhecido pela lei como meio de atuar no cumprimento de um dever (MACHADO FILHO, 2012). O projeto jurídico da família democrática não permite a estrutura rígida, apesar de não afastar o dever de obediência dos filhos em relação aos pais e nem as atividades que precisam ser prestadas por eles na base de sua maneira. Necessita avaliar a ação do poder parental na mais boa vontade do menor e não

mais no relativo interesse da família, como sociedade, ou dos próprios pais num estímulo de assistência da conjugalidade a seja qual for sacrifício.

Após a época do pátrio poder que estabelecia uma posição dentro da base familiar e considerando os parâmetros de igualdade entre os constituintes integrantes da família, percebem-se novos aspectos para o desenvolvimento da criança/adolescente, e é nesse contexto familiar, que iremos destacar como conciliar o exercício do poder familiar com o respeito à liberdade religiosa dos filhos e o conflito entre o poder familiar e o exercício da liberdade religiosa, crença e culto das crianças e dos adolescentes, como o mesmo pode ocorrer sob diversas circunstâncias e nem sempre escapar do domínio da família.

O adolescente, sujeito de direito, possui todas as garantias constitucionais, possui o direito de escolha, de escolher para si o que é compatível com seu consentimento, o que for do seu melhor interesse (VERONESE, 2006, p.18). Assim é certo que as preferências individuais da criança e do adolescente devem ser levadas em respeito, tal quanto a sua capacidade de agir, na base de sua maturidade e capacidade, principalmente no que se refere a propósitos existenciais. Na importância de pessoas de direitos fundamentais, não parece possível que possam ser privados do seu exercício, quando apresentarem a devida capacidade.

A criança deve ter a possibilidade de conhecer e raciocinar, para que possa formar livremente sua convicção, e esta, seja qual for, deverá ser respeitada, podendo-se, sim, estimular a criança a repensar e está sempre disposta a reconsiderar novas ideias. Esse método é o modo de proceder de quem realmente respeita o direito da criança e do adolescente se expressar (PEREIRA, 2008, p. 143).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (E.C.A.), por sua vez, prevê que todas as oportunidades e facilidades devem ser asseguradas de modo a permitir, aos seus destinatários, o “[...] desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” (art. 3º). A crença e o culto religioso estão compreendidos como aspectos do direito à liberdade (art. 16, III). Nesse viés, o parágrafo único acrescido pela Lei nº 13.257/2016 ao artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assegura, expressamente, ao pai, mãe ou responsáveis, o direito da transmissão das suas crenças, respeitando-se os direitos legalmente previstos.

Na condição de decisão da opção religiosa das crianças que se arrisca haver debate com o poder familiar dos pais, em que há desacordo por meio das crenças pretendidas pelo menor e a fé adotada por seus pais. Muitas circunstâncias acreditam os pais que tão somente a eles próprios ocorreria falar em liberdade religiosa, no entanto as crianças geralmente adota a crença dos pais, pois não têm conhecimento considerável para estabelecer sua opinião. Já os adolescentes, na maior parte das vezes, já apresenta capacidade bastante para escolher por sua crença. Os filhos têm capacidade de exercício de seus direitos de liberdade e privacidade mesmo em face dos pais, porque o poder destes, no cuidar dos filhos, se tornou limitado pela função instrumental da promoção da personalidade daqueles. Conforme Pereira (2008, p. 162), a liberdade de crença da criança e do adolescente é estreita, pois é conexas com a de sua família. Terceiros, autoridades, entidades e instituições não podem impor crenças às crianças e adolescentes, mas não se pode recusar aos pais o direito de orientar seus filhos religiosamente. É um direito que lhes cabe, mas apenas como uma faculdade do poder de família.

Neste seguimento falaremos sobre a participação das crianças no Santo Daime no qual provavelmente é o tema mais argumentado dentre os “fenômenos xamanísticos”, de acordo com os “moldes adultocêntricos ocidentais” encontra-se associado à participação de crianças nos ritos, onde ocorre o consumo de enteógenos. O adultocentrismo é capaz julgar “absurda” tal participação, considerando como “louco” ou “irresponsável” o adulto, que “submeta menores” às experiências com psicoativos. Precisamos lembrar que nos mundos não ocidentais, primordialmente, entre as civilizações ameríndias, a participação infantil, em ritos próximos é fundamental à sobrevivência das tradições, assim como para o proteção das relações sociais entre os povos. (HARNER, 1995; MELLO, 2006; GIL, 2008; COSTA, 2009).

O consumo da ayahuasca por mulheres grávidas, em período de amamentação e por crianças é um dos capítulos mais polêmicos do uso da ayahuasca no Brasil. Embora o governo brasileiro tenha reconhecido, na última resolução de 2004, o direito de uso da ayahuasca por menores de idade e grávidas em contexto religioso, o assunto continua despertando controvérsia e permanece muito pouco discutido na literatura. Beatriz Labate, abril, 2007 “CONSIDERANDO que a participação no uso religioso da ayahuasca, de crianças e mulheres grávidas, deve permanecer como objeto de recomendação aos pais, no adequado exercício

do poder familiar (art. 1.634 do Código Civil), e às grávidas, de que serão sempre responsáveis pela medida de tal participação, atendendo, permanentemente, à preservação do desenvolvimento e da estruturação da personalidade do menor e do nascituro.”

O relatório final do grupo multidisciplinar de trabalho –GMT ayahuasca – do CONAD, apresentado em 23.11.2006, afirma:

“IV.VIII – uso da ayahuasca por menores e grávidas.

46. Tendo em vista a inexistência de suficientes evidências científicas e levando em conta a utilização secular da Ayahuasca, que não demonstrou efeitos danosos à saúde, e os termos da Resolução nº 05/04, do CONAD, o uso da Ayahuasca por menores de 18 (dezoito) anos deve permanecer como objeto de deliberação dos pais ou responsáveis, no adequado exercício do poder familiar (art. 1634 do CC); e quanto às grávidas, cabe a elas a responsabilidade pela medida de tal participação, atendendo, permanentemente, a preservação do desenvolvimento e da estruturação da personalidade do menor e do nascituro. ”

Conforme crença nativa, a criança daimista já o é desde o ventre materno, pois que a mãe, durante toda gestação, ingere a bebida sagrada e acredita que há um compartilhamento da substância com o feto, e, que este, ainda no ventre, já sente os efeitos da bebida e já está trabalhando sua espiritualidade. (FEIJÃO 2015).

No entanto é fundamental que a pessoa tenha a eficácia de compreender os dados e de analisá-los sob um olhar crítico, de forma que seja capaz, por fim, articular uma opinião sobre preciso assunto (LEAHY, 2012). É propriamente nesse objetivo que surge um método diferenciado para as crianças e adolescentes, onde ainda não apresentam a maturidade fundamental para demandar as informações com o refino devido. Muito pelo contrário, são seres que estão em fase de desenvolvimento do raciocínio crítico, que estão tendo as primeiras relações com as diversidades do mundo. Por tal razão, estão muito mais em uma fase de compreensão de conhecimento do que de construção do mesmo (LEAHY, 2012).

Pereira (2002, p. 274) expõe; Incapacidade absoluta dos menores – A primeira incapacidade é a que decorre da idade. O verdor dos anos e a consequente

inexperiência, o incompleto desenvolvimento das faculdades intelectuais, a facilidade de se deixar influenciar por outrem, a falta de autodeterminação e auto-orientação impõem ao menor a completa abolição da capacidade de ação. Não pode exercer nenhum direito.

O judiciário teve poucas possibilidades para se relatar acerca de conflitos de vontade, integrando a liberdade religiosa de menores, sendo que a maior parte das decisões em divergência dos pais acerca das práticas religiosas na orientação da educação do filho comum. Demanda em que o direito religioso e o poder familiar afiguram-se conflitar é ainda mais comum, quando em ações de separação ou divórcio e casos pela guarda da criança e do adolescente, os pais demonstram práticas religiosas diversas e os apresentam aos processos de ações de divórcio ou guarda. Esse é o caso do Agravo de Instrumento nº 70037756525 e da Apelação Cível nº 70049252687 ambos tratando da mesma situação, sendo julgados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que a mãe divorciada, em desacordo com a vontade do genitor varão, levava o filho menor a ritual onde este ingeria chá alucinógeno.

Na ação, em conflito pela tutela do filho menor, ficou exposto que a genitora da criança, depois do divórcio, passou a praticar com o filho de seis anos, o culto religioso, no qual serviam um chá possivelmente alucinógeno, que segundo o genitor, consiste em líquido considerado ou equiparado a droga, em insatisfação ao que afirmava o genitor, O juiz de primeira instância concluiu por definir que a genitora se abstinhasse de levar o filho ao referido culto, porém a determinação foi descumprida, pelo motivo pelo qual a genitora perdeu a guarda provisória da criança, no qual foi concedida ao genitor varão.

Na sentença, consignou-se que o titular do direito a liberdade religiosa é o menor de modo que não concerne à genitora estabelecer ao menor seus princípios religiosos, apenas porque mudou de religião, ainda mais no caso em que o pai, não aceita a introdução da criança e do adolescente em escolhida doutrina religiosa.

Em 2001 teve início a uma investigação científica no qual Dartiu Xavier da Silveira, médico, doutor em Psiquiatria, informou que : Durante a pesquisa, 97,5% dos jovens da UDV relataram que a experiência com o Chá teve uma forte influência no seu destino, para melhor. Segundo Dartiu Xavier, em resumo, "os testes qualitativos avaliaram valores e crenças dos adolescentes, as condições gerais de

saúde tanto física quanto mental (inclusive dependência de substâncias) e algumas funções cognitivas tais como memória, atenção, capacidade de concentração, capacidade de aprendizado”.

Para o psiquiatra Elisaldo de Araújo Carlini, em princípio, não é aconselhável que crianças façam uso constante de qualquer droga, “para o daime deve haver muita parcimônia, com doses pequenas, diluídas e sem muita constância”. Por precaução, ele recomenda a suspensão do consumo para mulheres grávidas, mesmo que “veteranas”. (CARLINI, 2010). A regulação do CONAD não entra nesse mérito. Atribuí a decisão aos pais. A decisão em não proibir o uso para crianças foi ancorada no direito à liberdade individual dos pais em dar educação religiosa aos seus filhos

Contudo, devem os responsáveis ante ao seu dever de cuidado, resguardar a segurança e integridade psicofísica da criança e do adolescente, por exemplo, impedindo-o de frequentar cultos em que se colocará em risco sua integridade física. Por fim, é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar à criança e ao adolescente o direito à liberdade religiosa.

CONCLUSÃO

Conforme amplamente analisado ao longo deste trabalho que objetivou um breve estudo acerca do histórico contexto do uso religioso da ayahuasca no Santo Daime, tendo relevância maior sobre o poder de família, com foco na liberdade de crença da criança e do adolescente, tema este que conforme tivemos a oportunidade de notar é de real importância vez que, é a família base de um Estado digno.

Ficou constatado que a família, formada por uma instituição afetiva e harmoniosa, um lugar onde se encontra proteção, no qual os pais são capazes de orientar o ensino e a disciplina, no qual envolve uma introdução no desenvolvimento religioso, e para haver uma convivência harmoniosa entre seus membros é necessária à compreensão dos pais, e a obediência dos filhos, para com estes. Portanto o cenário que se evidencia é o do reconhecimento da sucessiva autonomia das crianças e dos adolescentes no decorrer de seu desenvolvimento, e do reconhecimento do relacionado ganho de capacidade, no qual envolvem em reconhecer as crianças e de exercer por si mesmo os direitos fundamentais dos quais são titulares.

Verificou-se que hoje o poder familiar é um direito, mas também um dever que os pais assumem sobre os filhos para que a família esteja ajustada, buscando a convivência pacífica entre os seus membros, onde a sociedade prevê a igualdade entre as pessoas e isto se estende à autoridade dos pais. São poderes conferidos aos pais, sempre com a finalidade de proteger a criança ou adolescente quanto aos perigos que possam vir a existir, bem como para a preparação da vida. Neste seguimento falamos sobre a participação das crianças no Santo Daime onde a prática é interpretada quanto um ambiente educacional no qual cercam práticas relevantes na criação da personalidade dos sujeitos atraídos e na permanência de suas práticas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

Alex Polari, O que é o Santo Daime: Site do Centro de Documentação e Memória-ICEFLU- Patrono Sebastião Mota de Melo, www.santodaime.org; Acesso em 20/02/2019

ARAÚJO, Wladimir Sena & LABATE, Beatriz Caiuby. (2009) O uso ritual da ayahuasca. 2ª Ed. Campinas: Mercado de Letras.

BRASIL, LEI No 4.121, DE 27 DE AGOSTO DE 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF; Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm Acesso em 29/05/2019

BRASIL, LEI Nº 13.257, DE 8 DE MARÇO DE 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. (Estatuto da Criança e do Adolescente). Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm; Acesso em 13/04/2019.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. Brasília, Junho de 2009. Disponível em:

<<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/orientacoes-tecnicas.pdf>>. Acesso em: 10 Maio 2019

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 29 fev. 2019.

CONAD. (2010) Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas. Resolução Nº 1 de 25 de janeiro de 2010. Disponível em: <<http://www.bialabate.net/texts>> Acesso em: 20 fev/2019.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1891, disponível em <http://www2.planalto.gov.br/> Acesso em 25/02/2019

COSTA, R. B. M. 2009. Ayahuasca: uma experiência estética. Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal Fluminense.

COSTA, J. A. C. 2017. COSTA, J. A. C. 2017. A regulação/regulamentação da ayahuasca como fluidez entre o religioso e o político. Anais Eletrônicos do Congresso Epistemologias do Sul, v. 1, n. 1, 2017.

Cuminale, Revista Veja; Quem controla o alucinógeno chá do Santo Daime, março 2010 <https://veja.abril.com.br/brasil/quem-controla-o-alucinogeno-cha-do-santo-daime>

Acesso: 29/06/2018

FEIJÃO, Theresa Jaynna de Sousa, "GIRA GIRA CRIANCINHA", aprendizado da religião Santo Daime por crianças frequentadoras do espaço Céu de Todos os Santos em Teresina – PI – Brasil Novembro, 2017.

http://repositorio.ufpi.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/861/DEFESA%20%C3%9ALTIMA%20VERS%C3%83O_2.pdf?sequence=1 Acesso : 28 mai 2019.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro. 8. Ed São Paulo: Saraiva 2011. V. 6.

Groeninga, Suprema Corte dos EUA libera culto com chá alucinógeno- Revista Consultor Jurídico ; <https://www.conjur.com.br/> : Acesso em 25/02/2019

HARNER, M. 1995. O caminho do xamã: um guia de poder e cura. 1º Edição. São Paulo: Editora Cultrix

LABATE, Beatriz C. (2004) A reinvenção do uso da ayahuasca nos centros urbanos. Campinas: Mercado das Letras y São Paulo: FAPESP.

LABATE, Beatriz C.; ROSE, Isabel S. De e SANTOS, Rafael G. dos (2008). Religiões ayahuasqueiras: um balanço bibliográfico. São Paulo: FAPESP; Campinas: Mercado das Letras.

MACRAE, Edward. (1992). Guiado pela lua: xamanismo e uso ritual da ayahuasca no culto do Santo Daime. São Paulo: Brasiliense.

Menezes, J.B: A liberdade religiosa da criança e do adolescente e a tensão com a função educativa do poder familiar; Revista Brasileira de Direito -Jun/15; v.11, n.;<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/861/965#footnote-40379-15>

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A proteção da criança no cenário internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 321p.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente: Uma proposta interdisciplinar. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 1100 p.

Rebel Araújo; MC; Santo Daime: Teoecologia e adaptação aos tempos modernos:

<http://www.revispsi.uerj.br/v9n2/artigos/pdf/v9n2a17.pdf> Acesso: 03/04/2019

SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. Liberdade religiosa e contrato de trabalho. Niterói: Impetus, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry, COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Violência Doméstica: Quando a vítima é criança ou adolescente - Uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. 200p.

ESTUDO DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO TRIBUTÁRIO DO IPTU PROGRESSIVO EM TERRENOS CONDOMINIAIS

NAIRA DANNILLA GOMES SILVA:

Acadêmica do Curso de Direito do Centro
Universitário Católica do Tocantins

WELLINGTON GOMES MIRANDA^[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho abordará o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana progressivo no tempo. Entende-se que o município tem a possibilidade de tributar o IPTU com finalidade de arrecadar segundo a capacidade contributiva de cada contribuinte, e, usar o imposto de forma extrafiscal, no qual pode impor alíquotas progressivas aos casos em que a propriedade não esteja cumprindo sua função social. Neste contexto o objetivo da pesquisa é analisar a possibilidade da aplicação do IPTU progressivo no tempo dentro dos condomínios, uma vez que sua estrutura por si só já cumpri com o princípio da Função Social da Propriedade.

Palavras-chave: Condomínio; Extrafiscalidade; Função social da Propriedade; IPTU progressivo.

ABSTRATC: This paper will address the Tax on Land Property and Territorial Urban progressive in time. It is understood that the municipality has the possibility to tax the IPTU in order to collect according to each taxpayer's taxable capacity, and to use the tax in an extra-fiscal way, in which it can impose progressive rates to cases in which the property is not fulfilling its social role. In this context, the objective of the research is to analyze the possibility of applying progressive IPTU in time within the condominiums, since its structure alone has already complied with the principle of the Social Function of Property.

Keywords: Condominium; Extrafiscality; Social function of Property; Progressive IPTU.

SUMÁRIO: Introdução; 1 IPTU e sua fundamentação no ordenamento jurídico brasileiro, 2 IPTU na modalidade progressiva e o Princípio da Função Social da

Propriedade; 3 A cobrança do IPTU progressivo sob lotes dentro de condomínios; 4 Análise da cobrança do IPTU a luz do princípio da Função Social da Propriedade; Considerações Finais; Referencias.

INTRODUÇÃO

Ao estudar sobre o direito Tributário entende-se que ele faz uma relação sobre o fisco e o contribuinte. E, no que tange aos tributos sobre tudo no que diz respeito ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, analisa-se suas funções tanto fiscal quanto extrafiscal, que significa dizer que este imposto pode arrecadar recursos financeiros para o Estado e também pode intervir para estimular os proprietários à utilizar suas propriedades de acordo com a função social da propriedade.

O IPTU progressivo no tempo existe em razão do valor e do lugar onde está situado o imóvel, que é a progressividade fiscal. Deste modo, no art.182 da Constituição Federal do Brasil de 1988 e subsequentes encontra-se a progressividade extrafiscal, que utilizada como punição aos proprietários, em que é determinada pelo tempo e uso do bem.

Destarte o art.182 no seu parágrafo §4º, preceitua sobre a função do Poder Público Municipal em exigir de acordo com as leis federais, que os proprietários promovam o adequado aproveitamento, do solo urbano não edificado.

Diante disso, torna-se fácil a compreensão da possibilidade da aplicação do IPTU progressivo sobre os terrenos não construídos dentro de condomínios, uma vez que ele serve unicamente para punir os proprietários pela não utilização adequada do terreno, mas como o condomínio por ser uma área privada, e que a construção de suas benfeitorias é realizada mediante recursos eminentemente privados, a partir disso, os tribunais estão decidindo reiteradamente pela não aplicabilidade do IPTU progressivo sobre estes Condomínios e quando decidem sobre a possibilidade da aplicação, fixam a alíquota mínima sobre estes lotes.

O objetivo deste artigo é analisar a possibilidade da aplicação do IPTU Progressivo sobre os Condomínios, buscando entender quais são as decisões frequentes dos Tribunais de Justiça sobre esse assunto.

O método utilizado para se operacionalizar este conhecimento foi o método hipotético dedutivo, através de uma abordagem qualitativa, e em termos de

metodologia de pesquisa, este estudo se valeu da revisão sistemática da bibliografia e também da análise documental para a realização de coleta de dados. Por fim, é imperioso gravar que este trabalho está sendo apresentado como requisito parcial de aprovação da matéria TCC II do Curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

1 IPTU E SUA FUNDAMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sabe-se que o Imposto Predial e Territorial Urbano é uma obrigação tributária, está por sua vez, é considera uma espécie do gênero obrigação jurídica, que consiste em uma relação jurídica que se estabelece entre os indivíduos. E esse vínculo jurídico surge através da lei, em que tem se como partes a credora que é a Fazenda Pública e a parte devedora que é o particular tendo como conteúdo a prestação de natureza tributária. (HARADA,2012).

Desta forma, o IPTU é um aspecto de tributo, de acordo com a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, em seu artigo 3º, em que preceitua-se o tributo como uma pagamento obrigatório efetuado por meio da moeda da qual se manifesta um valor, e que não consiste em pena de ato ilícito, será cobrada pela atividade administrativa inteiramente relacionada.

O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), regre sobre o IPTU, quanto ao seu fato gerador, ao contribuinte e a base de cálculo – alíquota.

O fato gerador aludido no art.32, é a propriedade, o domínio útil ou a posse do imóvel por natureza ou por acessão física, e deve estar localizada na zona urbana do município. Assim, no art. 34 o contribuinte do imposto será aquele que é proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou eu possuidor a qualquer título. (BRSIL, 1966)

E sobre sua base de cálculo preceituada no art.33, é feita através do valor venal do imóvel, deste modo, sua alíquota varia de um Município para outro, sendo admissível sua progressividade após a edição da Emenda Constitucional 29/2000.

Este tributo, diferentemente dos outros, é explanado simplificada e no texto da Constituição Federal Brasileira, onde é apresentado em seus artigos 156, I, §1º, e no art.182, §§2º e 4º.

O art. 156, alude sobre a competência municipal à qual regulamenta o IPTU. Assim, em seu parágrafo primeiro, afirma:

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4o, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá?:

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.
(BRASIL, 1988)

Assim observa-se que existe uma progressão em razão do valor e do lugar onde está situado o imóvel, que é a progressividade fiscal. Deste modo, no art.182 e subsequentes encontra-se a progressividade extrafiscal, que utilizada como punição aos proprietários, em que é determinada pelo tempo e uso do bem. Destarte o art.182 e seguintes, menciona sobre o assunto abordado:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (BRASIL, 1988)

Como já discutido, o IPTU em sua forma progressiva é utilizado como um dos instrumentos de Política urbana, com caráter sancionatório. No qual faz valer a função social da propriedade, impondo àqueles que não estão cumprindo com essa função, à cumprir.

Como anteriormente mencionado, o IPTU pode ter a função ou a extrafiscal a depender do cenário. Mas ele é tipicamente fiscal, que significa dizer que seu objetivo maior, para o município, é a aquisição aos bens pecuniários.

Visto que a função extrafiscal também pode ser atribuída a este imposto, entende-se sua aplicação é movida pela necessidade de interposição dos municípios nos terrenos privados, quando estes não estiverem cumprindo a sua devida função social da propriedade, pois ao atribuir essa função extrafiscal os municípios objetivam afastar o enorme bloqueio de recursos em terrenos sem sua utilização prática, dificultando o crescimento normal das cidades. Deste modo, alguns Municípios pretenderam cobrar esse imposto, mediante alíquotas progressivas, em função de terrenos pertencentes a cada pessoa contribuinte.

A Constituição Federal de 1988 diz expressamente que é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, 18 de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo.

Os princípios são normas fundamentais para a compreensão do IPTU, desta forma todos os princípios constitucionais tributários são aplicáveis ao Imposto Predial e Territorial Urbano. Mas deste princípio pode-se destacar os mais relevantes para este tributo, sendo eles; à legalidade, à capacidade contributiva, à vedação ao confisco e à anterioridade.

O princípio da legalidade, ele é escolhido por muitos sistemas tributários em vários lugares como o único relevante para a tributação, pois define o IPTU através de critério quantitativo, impondo que todos os regulamentos sobre este tributo seja feito por meio de lei municipal, e acima de tudo quando se adota uma base de cálculo de imposto, com plantas de valores genéricos e a indicação de métodos de avaliação.

Então, todos os elementos do tributo devem ser vinculados à lei, exceto se houver atualização monetárias dos valores por decreto, não sendo um aumento do tributo, mas apenas uma recuperação do valor desatualizado onerarias. (LOPES, 2015)

O princípio da capacidade contributiva tem sua importância IPTU, pois na sua hipótese tributaria traz um fato presuntivo de riqueza, entende-se que todo o conceito de proprietário significa a capacidade econômica de quem detenha o poder econômico e jurídico do imóvel, isto é, quem manifeste os poderes típicos de propriedade e através dele coordene economicamente o bem.

Diante disto, observar se que o contribuinte se estende não somente ao proprietário, mas também ao possuidor e o detentor do domínio útil, visto que por terem esse poder do bem que desenvolve a capacidade contributiva. (LOPES, 2015)

Consegue-se afirmar que o princípio da anterioridade surgiu com o intuito de se permitir ao sujeito passivo do tributo um intervalo de tempo moderado para que ele se adapte à uma nova realidade tributaria, ou seja, quando um novo tributo está sendo criado ou sendo aumentado, tem que existir esse período para que o sujeito passivo prepare suas condições financeiras para custear esse novo encargo financeiro, isto é, que não o pegue desprevenido. (RIBEIRO, 2010?)

A Constituição Federal do Brasil de 1988, estabelece em seu artigo 150, inciso IV, o Princípio do Não-Confisco Tributário, assim redigido: "sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] IV – Utilizar tributo com efeito de confisco."

Sobre esse princípio, Goldschmidt assevera:

O princípio inserto no art. 150, IV, da Carta [...] tem a precípua função de estabelecer um marco às limitações ao direito de propriedade através da tributação,

para indicar (e barrar) o momento em que a tributação deixar de lubrificar e construir o direito de propriedade (viabilizando a sua manutenção), para inviabilizá-lo. Graficamente, poderíamos dizer que a limitação via tributação termina onde começa a privação, o efeito de confisco. (2003, p.19).

É uma questão delicada a de saber qual o limite para que e denota um caráter confiscatório do tributo. Desta forma a doutrina conclui que a fonte produtora da receitas tributarias seria o limite intransponível; ou melhor, essa tributação não pode ser excessivamente onerosa, de modo a extinguir o elemento particular tributável, pois é através dele que o Estado obtém os meios financeiros para exercer suas atividades, e não para tornar público o patrimônio privado, já que se estaria lesando os princípios basilares que regem a ordem econômica inserta na Constituição Federal de 1988 (arts. 170 e seguintes). (MEDICIS, 2004)

Quanto ao lançamento o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é feito de ofício. Então as sociedades administrativas tributarias, como a Prefeitura, possui os cadastros dos imóveis e com base neste efetuam, anualmente, o lançamento do tributo, notificando os respectivos contribuintes para que estes efetuem o pagamento. Diante disto afirma Lopes filho:

Cabe a? legislação municipal definir a modalidade de lançamento de seu IPTU. Via de regra, opta-se pelo lançamento de ofício (direto). O Fisco local, considerando as informações constantes em cadastro específico para tanto, emite boleto de cobrança, normalmente pagável em agência bancária, com opções de pagamento em apenas uma parcela ou várias, com datas e valores bem discriminados. Substituiu-se, atualmente, com maior praticidade o envio do antigo carnê de pagamento. (2015, p.105)

Pode se analisar que no Código Tributário Nacional, no seu art.142, explana sobre o lançamento "o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível".

2 O IPTU NA MODALIDADE PROGRESSIVA E O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Para compreender o princípio da função social da propriedade, é de suma importância entender que a propriedade não tem mais um caráter pleno e intocável,

pois este princípio permite ao Estado que intervenha nas propriedades, quando os proprietários deixarem de cumprir com a sua função, de não deixar suas casas em decadências ou de cuidar do seu terreno.

De acordo José Diniz de Moraes, explica que existe três formas diversas em que o princípio da função Social da propriedade pode ser sintetizado de aplicação sobre o direito de propriedade, sendo eles: a) privação de determinadas faculdades; b) obrigação de exercitar determinadas faculdades, e c) complexo de condições para o exercício de faculdades atribuídas.

A função social da propriedade impõe ao proprietário da construção de atribuir a seu bem, a finalidade que favoreça a sociedade, de acordo com o estabelecido no Plano Diretor conforme estabelecido pela lei do seu Município.

Assim, segundo o pensamento de Duguit, citado por Teizen Júnior o conteúdo da propriedade como função social é definido em seus argumentos:

O proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a coisa que possui na satisfação das necessidades individuais e, especialmente, das suas próprias de empregar a coisa no desenvolvimento de sua atividade física, intelectual e moral. O proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a sua coisa na satisfação das necessidades comuns de uma coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias.” (DOUGUIT apud TEIZEN JÚNIOR, 2004. p. 154)

E sobre o Imposto Predial Territorial Urbano, é eminentemente fiscal, embora a Carta Magna também o considera extrafiscal. Em relação à progressividade fiscal, seu objetivo principal é o arrecadatório, no qual aumenta-se a alíquota de acordo com o crescimento proporcional da base de cálculo. Desta forma a utiliza para satisfazer o princípio da capacidade contributiva de cada contribuinte “alvo” deste imposto de acordo com o que está previsto no art. 156, § 1º, I da CF/1998.

Observado o exposto acima, compreende-se que a progressividade fiscal do IPTU será capaz de ser realizada através da observação do valor do imóvel e poderá ter alíquotas diferenciadas em conformidade com a localização e o uso de cada imóvel. É notório que mediante esta disposição será percebido o quanto cada pessoa que contribui, terá a condição de pagar pelo IPTU, comparando o seu recurso financeiro com os aspectos da sua propriedade.

Destarte, à medida que se aumentar a base de cálculo do tributo, aumentar-se-á consequentemente sua alíquota. Assim, o entendimento do José Afonso da Silva diz que o

princípio da progressividade, referido expressamente ao imposto sobre a renda (art. 153, §2º, I) e sobre ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (arts. 156, §1º, 182, §4º, II). Imposto progressivo é aquele cuja alíquota aumenta à medida que aumenta o ingresso ou a base imponible. (SILVA, 2011, p. 598 grifado do autor).

Quanto a progressividade extrafiscal prevista no art. 182, § 4º, II, da CF/1998 se divide em duas possibilidades de ocorrência, que são a do IPTU progressivo no tempo, que trata-se do aumento da alíquota em detrimento a não utilização do imóvel no tempo, ou seja, ao passar dos anos a propriedade estiver em inutilidade ou subutilidade, poderá ter o aumento da alíquota do IPTU, isso obrigara aos proprietários que usem os seus imóveis de forma real.

A outra modalidade seria o IPTU progressivo por acúmulo é aquele em que o parâmetro é o acúmulo de propriedade, dessa forma a base de cálculo é composta pelo valor venal do imóvel mais o acréscimo por cumulatividade. Porém, o STF interveio e se manifestou sobre a inconstitucionalidade do adicional da progressividade por motivo da quantidade de imóvel do contribuinte, na sumula 589. Então admitida apenas a progressividade extrafiscal a hipóteses dos inciso II, § 4º do art. 182 da CF.

Então existe uma corrente de juristas que entendem que o inciso II, do § 4º do art. 182, nada mais seria que uma penalidade em face do contribuinte. Observamos o fundamento de tal posicionamento doutrinário com as palavras do professor Valdir Rocha:

[...] em relação ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, como pena, quando, usando de faculdade, o Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento (art. 182, § 4º). (ROCHA, 1992, p.110).

Desse modo, sabe-se que o proprietário tem o poder sobre sua propriedade particular, o seu único dever é fazer com que sua propriedade atenda a necessidade da sua sociedade conforme o disposto no Plano Diretor de seu município. No entanto, a previsão constitucional da progressividade extrafiscal é uma faculdade, não tendo caráter obrigacional para os municípios.

Através da progressividade extrafiscal, O Poder Público busca incentivar e ou não incentivar certo comportamento do contribuinte. É de suma importância a observação do art. 7º da Lei nº 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, que em consonância com o art. 182, § 4º, II, da Constituição Federal, permite a instituição de alíquotas crescentes de IPTU com relação ao tempo sempre que não observadas as disposições do plano diretor do município.

Com isso, tenta persuadir o proprietário de imóvel em zona urbana, a utilizar o mesmo de forma correta, observando à sua função social e o bem-estar da coletividade.

É relevante atentar-se para o diploma normativo supracitado, que ajuda no esclarecimento da progressividade do IPTU que é denominado Estatuto da Cidade, disciplinado na já explicitada Lei 10.257 de 2001. Indubitavelmente o artigo 7º do Estatuto da Cidade, tem uma grande importância para o diploma legal que disciplina a política urbana no Brasil. Assim pode-se observar:

Art. 7 Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do artigo 5 desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5 do artigo 5 o desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo). (...) Observa-se, pois, que a majoração da alíquota do IPTU possui o limite de cinco anos consecutivos, além de não poder incidir excedendo o dobro do valor que se aplicara no ano anterior, chegando ao máximo de 15% do valor do imóvel. (BRASIL, 2001)

Percebe-se que o aumento da alíquota do IPTU possui o limite de cinco anos consecutivos, além de não poder incidir excedendo o dobro do valor que se aplicara no ano anterior, chegando ao máximo de 15% do valor do imóvel. De fato, existe uma notória inconstitucionalidade na sobredita extrafiscalidade do IPTU contida no plano diretor, pois esse valor cobrado é exorbitante, considera-se um confisco à quantia que se deseja retirar do contribuinte, um verdadeiro ultraje ao

princípio constitucional da não tributação com efeito de confisco, previsto no art. 150, IV, da carta magna de 1988.

Então, a alíquota do IPTU, nos casos do uso e localização do imóvel, cresce de forma equilibrada com a grandeza do bem delimitado, como ocorre com a progressividade expressa no inciso I, do § 1º, do art. 156 da CRFB/88. Logo, o aumento da base de cálculo gradua a forma de construção do bem (como popular, de classe média ou luxuoso), proporcionalmente a essencialidade do imóvel, traz mais consistência para consecução do prestígio ao princípio da capacidade contributiva.

Desta forma, é considerada umas das bases do sistema socioeconômico do Estado, a propriedade. Pois, sua importância vai além dos direitos individuais e que vai de encontro com a ordem econômica e social, tornando o entendimento compreensível e coerente de que a propriedade deve realmente atender os objetivos do proprietário e da coletividade.

No art.182 da CRFB/88, sobre a nomeada "política urbana", o constituinte preserva a função social da propriedade, através dos mecanismos tributários extrafiscais. Logo, o IPTU progressivo quanto ao tempo, é inerente à função social da propriedade, pois seu respaldo legal é quando não estar em conformidade com o princípio da função social da propriedade, dos quais os termos estão descritos pelo plano diretor, cujas normas basilares sobreveio com a Lei do Estatuto das Cidades - Lei 10.257/01.

3 A COBRANÇA DO IPTU PROGRESSIVO SOB LOTES DENTRO DE CONDOMINIOS

O IPTU progressivo é aplicado de forma extrafiscal, apenas para coibir os contribuintes de utilizar seus terrenos de acordo com a função social da propriedade, assim, como já visto o IPTU é de competência do Município. Então, há diversas leis municipais que estipulam os percentuais de progressão de alíquotas do IPTU para imóveis, indo de 0,5% a 3,5%, conforme o caso.

Ao se tratar de condomínios particulares existe uma discursão se há possibilidade ou não de cobrar o IPTU progressivo nesses lotes, neste caso é de importância averiguar se este cumprem ou não a função social. Pois, estes loteamento fechado, divididos por muros e determinado para fins de moradia, em

áreas afastada da circunscrição urbana, no qual não deve existir interferência do Município em questão à edificação do Lote ou não, pois isto é de interesse privativo e particular do possuidor do condomínio.

E relevante citar os benefícios tragos pelos condomínios construídos em áreas afastadas do meio urbano e alheia ao melhoramento do serviço público, pois, apresentam desenvolvimento e valorização à região.

Existe outro fator que inibe a aplicação da alíquota de IPTU progressivo, que é a inexistência de melhoramento e serviços realizados pelo poder Público, como é exigido no artigo 32, §1º, do Código Tributário Nacional, em que estipulam cinco requisitos mínimos que devem ser construídos pelo poder público, sendo eles:

I - Meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; II - abastecimento de água; III - sistema de esgotos sanitários; IV - rede de iluminação pública, com ou x sem posteamento para distribuição domiciliar; V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado. (BRASIL, 1966)

E diante disto devem respeitar o requisito mínimo da existência de melhoramentos.

É de suma importância destacar o entendimento do Des. Marco André Nogueira Hanson, quando da exposição de seu voto como Vogal no acórdão proferido pela 3ª Câmara Cível no julgamento da Apelação n. 0067980-39.2009.8.12.0001:

Ora, é evidente que a implantação de um loteamento fechado ocasiona a ocupação até antecipada das áreas vazias da cidade, traz progresso e incentivo e todo o tipo de incremento empresarial, tanto no presente como no futuro, proporcionando, inclusive, a valorização de imóveis de menor custo localizados na região e, com isso, vindo a agregar valor econômico ao patrimônio das pessoas mais carentes e ao da coletividade como um todo.

E ainda no seu voto o Des. Marco André Nogueira Hanson é totalmente contra a aplicação do IPTU progressivo nos condomínios particulares, uma vez que entende que deve-se considerar que trata-se de loteamento fechado, com toda a infraestrutura necessária ao seu funcionamento, onde há o aproveitamento para atividades urbanas compatível com os equipamentos urbanos, comunitários e

serviços públicos existentes, além de não oferecer risco à saúde de vizinhos ou terceiros.

Apenas os proprietários dos lotes do empreendimento poderiam alegar eventual ofensa a seu direito de vizinhança, daí porque, não se pode falar em "função social" e seu descumprimento.

Desta forma, o TJMS analisou a questão por várias vezes e vem decidindo o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL E REPETIÇÃO DO INDÉBITO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – IPTU – COBRANÇA PROGRESSIVA – 3,5 % – NÃO ATENDIMENTO DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 148, INCISO II DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – AUSÊNCIA DE MELHORAMENTOS REALIZADOS PELO PODER PÚBLICO – FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA MÍNIMA – IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE TAXA POR SERVIÇOS PÚBLICOS NÃO PRESTADOS – RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR – DEVIDA – CORREÇÃO MONETÁRIA COM BASE NO ÍNDICE OFICIAL DA CADERNETA DE POUPANÇA (TR) ATÉ 25.03.2015, APÓS APLICADO IPCA-E, DESDE O VENCIMENTO DE CADA PARCELA – DESDE O PAGAMENTO INDEVIDO – JUROS DE MORA – A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA – SÚMULA 188 STJ – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Contudo, pode se observar que no caso dos imóveis localizados em condomínio fechado, é apenas possível a incidência de IPTU, na alíquota de 0,5% (meio por cento) do valor venal de lote não edificado e encravado dentro do perímetro urbano, desde que seus lotes se encontram alheios de todos os melhoramentos e serviços públicos erigido e conservado pelo poder público, de acordo com o artigo 32, § 1º, do Código Tributário Nacional, quais sejam, pavimentação e meio-fio, abastecimento de água, sistema de esgoto sanitário e rede de energia elétrica.

O Tribunal de Justiça do Estado do Goiás também vem decidindo contra aplicação do IPTU progressivo nos Condomínios particulares. Assim, pode citar-se a ementa do processo judicial entre o Município de Goiânia e Goiânia Agro Comercial Ltda., na seguinte redação:

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONDOMÍNIO RESIDENCIAL HORIZONTAL. IPTU. PROGRESSIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. NÃO DEVEM SER APLICADAS ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS DO IPTU EM RELAÇÃO AOS IMÓVEIS INTEGRANTES DE CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS HORIZONTAIS **PORQUE ELES NÃO TÊM PERTINÊNCIA DIRETA COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**: LOCALIZAM-SE EM CONDOMÍNIO HORIZONTAL DE ALTO PADRÃO, QUE SÃO ÁREAS PRIVADAS, GERALMENTE LOCALIZADAS NA PERIFERIA DA CIDADE, EM ÁREA DE EXPANSÃO URBANA, DESUNIDAS DE SUA CIRCUNVIZINHANÇA, CONSTRUÍDAS COM RECURSOS EMINENTEMENTE PRIVADOS E COM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO, MEDIANTE A REALIZAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS COMPENSATÓRIAS. REMESSA E APELO CONHECIDOS E IMPROVIDOS. SENTENÇA CONFIRMADA. (grifo nosso)

Neste caso, conforme o informativo da COAD Notícias, 2007, o relator, desembargador Vítor Barboza Lenza é totalmente contra a aplicação das alíquotas progressivas do IPTU, pois acredita que não devem ser aplicadas em relação aos imóveis situados no Residencial Aldeia do Vale porque eles não tem nexos com o princípio da função social da propriedade, vez que são de tamanha excelência.

O relator ainda faz lembrar que é de conhecimento público que os condomínios particulares tem por finalidade proporcionar liberdade e segurança aos seus moradores, entendendo que apenas parte da sociedade que a usufrui, aquela que possui maiores condições econômicas e financeiras.

Entendendo que o condomínio não exprime qualquer interesse social significativo. Ainda sob a luz da possibilidade de aplicação do IPTU progressivo nos condomínios particulares, ele explica que este é área privada e estão localizados em áreas que ficam a margem da cidade, relatando que a construção desta é realizada mediante recursos eminentes privados e que apenas recebe do poder público a autorização muitas vezes através de realização de obras públicas compensatórias.

Ainda no processo da Apelação noticiado pelo COAD Notícias, 2007, o Município tenta explicar como aplicam a alíquota do IPTU progressivo e busca seu fundamento no artigo 17 do Código Tributário Municipal (CTM) e admitiu que a progressividade só é permitida para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento

da função social da propriedade urbana. Esclareceu, ainda, que esse tipo de organização não trata da cobrança do IPTU com base no tamanho do imóvel, mas é porque que é uma forma de controle do Município para reprimir a especulação imobiliária e de tentar fazer com que os imóveis urbanos cumpram sua função social.

4 ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DA COBRANÇA DO IPTU PROGRESSIVO À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Os Tribunais de Justiça de alguns Estados bem como o Goiás e o do Mato Grosso do Sul, estão decidindo reiteradamente sobre a proibição de cobrança de IPTU progressivo nos Condomínios em determinadas situações, dependendo do caso e das leis Municipais estão apenas fixando a alíquota mínima de 0,5% sobre os Condomínios, devido a inexistência de aperfeiçoamentos públicos.

Ao falar sobre o princípio da função social da propriedade é perceptível o seu elo com o Plano Diretor de forma estreita, este tem como função expressar as indispensabilidades aos habitantes dos municípios e ajuda no ordenamento da cidade. Esse Plano Diretor é a lei concisa da cidade, e que está diretamente abaixo da Lei Orgânica do Município, o qual tem por responsabilidade o desenvolvimento adequado e justo, na procura de uma cidade democrática em que a organização seja eficiente e eficaz. (MACEDO, 2004)

A Constituição Federal estabelece que a propriedade urbana só desempenha a sua função social se obedecer ao que lhe determina o Plano Diretor. De outra forma, estará o imóvel sujeito as punições do art.182, §4º em seus incisos I, II e III, sendo um deles o IPTU na forma progressiva da Carta de 1988 e regramento no art. 7º da Lei 10.257/2001.

Dando a entender que o IPTU progressivo só será aplicado para impor aos proprietários, segundo a lei do Plano Diretor, a cumprir com função social em seus imóveis, desta forma não se pode dizer que o condomínio estará passível de receber esta penalidade pois o mesmo exerce sua função social e assim o **TJ-MS : 08450309020158120001 MS 0845030-90.2015.8.12.0001** entende que toda a infraestrutura é custeada pelo dono do empreendimento, e não pelo poder público, além de os referidos loteamentos exercerem plenamente sua função social, vez que colaboram para o progresso, para a ocupação antecipada de determinadas regiões e até mesmo para a valorização da área.

E ao se tratar dos institutos jurídicos preditos no Estatuto da Cidade, Macedo acostado na lição de Oliveira assevera:

São poderosos instrumentos de intervenção na propriedade particular, que definem o caráter social da propriedade. Não pode esta servir a instintos egoístas, mesquinhos e nada nobres. Ao contrário, a propriedade, quando aproveitada ou quando utilizada em serviço da coletividade, atende a sua finalidade social. Do contrário, serve a intuits especulativos, o que desmerece o norte que lhe foi fixado na Constituição.” (OLIVEIRA apud MACEDO,2004, p.18)

Então, diante dessa afirmativa pode se compreender que o condomínio está de acordo e cumpri a finalidade social, não necessitando de instrumentos de intervenção, uma vez que propiciar o máximo de benefícios à sociedade e tem uma exploração eficiente do imóvel de modo a propiciar o bem-estar da coletividade.

É de suma relevância, citar-se o entendimento da juíza no caso da ação declaratório anulatória de débito fiscal, ocorrida na cidade de Campo Grande – MS, noticiada pelo jornal online Campo grande News,2016; em que ela compreende que ao verificar o valor do imóvel gerador do débito é incompatível com o valor cobrado pelo IPTU, acrescenta que o loteamento é desprovido de melhoramentos públicos o que justifica a não cobrança da alíquota de 3,5%, e afirma que o terreno em questão estão cumprindo sua função social, de maneira que valoriza a região onde foi implantado. Recorda-se ainda, a aquiescência do loteamento estar condicionada a implantação de toda uma infraestrutura.

Ao tentar assimilar os condomínios particulares, pode conceituar conforme, segundo Caio Mário M. S. Pereira, ter-se-á condomínio "quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma das partes".

Nos artigos 1.314 a 1.330 do Código Civil, elucida-se sobre o condomínio comum o qual existem multiproprietários onde todos detêm a propriedade em comum, sem individualizações. E que solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos. E tem como características a indivisão, inalienáveis e inseparáveis da unidade autônoma.

Ainda conforme os artigos supracitados observar se os deveres fundamentais dos coproprietários, em que cabe analisar os deveres de cada um deles em relação ao bem. Observando que os principais deveres são sobre as despesas de conservação ou divisão, assim como os ônus a que a coisa está sujeita.

A fração ideal, de acordo com a alteração proporcionada pela lei 10.931/04, que pode ser expressa de forma decimal ou ordinária na convenção de condomínio, representa o quinhão do proprietário da unidade autônoma no condomínio.

No entanto, diante da completa alteração promovida em tal dispositivo, atualmente está fração ideal não é mais necessariamente proporcional ao valor da unidade autônoma. Neste caso, a autonomia privada foi privilegiada, pois agora o critério para se medir a extensão da fração ideal pode ser definida livremente pelos condôminos, podendo ser atribuída frações iguais, independentemente do valor da unidade.

Diante desta conceituação de condomínio é relevante comentar sobre o entendimento do Exmo. Des. Marco André Nogueira Hanson em seu voto como vogal do acórdão, ocorrido no **TJ-MS : 08450309020158120001 MS 0845030-90.2015.8.12.0001**, que o loteamento Terra Golfe, apresenta-se cercados por muros, com suas entradas equipadas por guaritas e de ordinários, fechadas por cancelas, vigiadas por agentes privados de segurança que controlam seu acesso mediante identificação ao qual proporciona maior segurança aos condôminos, pois o acesso é permitido às pessoas que não são estranhas ao parcelamento.

E também entende que a implantação de um loteamento fechado ocasiona a ocupação antecipada de várias áreas vazias da cidade, pois traz progresso e incentivos e todo o tipo de incremento empresarial, no agora e no futuro, acredita que estes loteamentos proporcionam a valorização dos imóveis que encontram –se ao seu redor , com isso agrega valor econômico ao patrimônio dos cidadãos mais carentes e ao da sociedade como um todo.

Diante desta observação, é compreensível afirmamos que os condomínios por si só já cumprem a função social da propriedade e além auxiliar na valorização dos seus arredores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à propriedade como se viu, é direito fundamental sagrado na Constituição da República Federativa do Brasil. Este direito evoca do seu detentor o seguinte dever: que à propriedade ele dê cumprimento a sua função social.

Chama-se este fenômeno de Princípio da Função Social da Propriedade. Como constatou-se a partir das discussões aqui levantadas, o legislador constituinte implementou no ordenamento jurídico mecanismo legal com vistas a dar efetividade ao princípio em comento, qual seja: a possibilidade da aplicação da

modalidade progressiva do IPTU no tempo aos terrenos que não estão tendo sua função social desempenhada.

Conclui-se que a instituição do IPTU progressivo no tempo, é um mecanismo efetivo e necessário na tentativa de pôr fim ao processo de especulação imobiliária e para desestimular os proprietários que comumente mantém suas propriedades paradas sem efetivamente cumprir sua função social.

Contudo, o instituto em tela pede sua razão de ser aplicado quando não se vislumbra desatenção ao Princípio da Função Social da Propriedade. Como ocorre quando o ente tributante, valendo-se do seu poder, fixa alíquotas maiores para os terrenos dentro de condomínios fechados.

Neste momento, esquece-se, pois, o ente tributante, que não há possibilidade de se aplicar o IPTU na modalidade progressiva em lotes dentro de condomínios, vez que os mesmos dão por si só função social ao local onde se situam, por consequência da implementação de suas benfeitorias.

Contudo, nota-se a preocupação dos municípios de locupletar-se, os Tribunais buscaram criar meios que decidissem a favor dos Condomínios, que mesmo fixam uma alíquota esta seria a mínima possível para que não prejudicassem –os.

Porém para o uso destas alíquotas nos Condomínios são injustas e desnecessária, uma vez que feri o direito à propriedade, já que está visível o cumprimento da sua função social.

E diante disso é perceptível que diante da problemática em questão pode-se observar que os Tribunais de Justiça estão unificando seus entendimentos quanto a não aplicação do IPTU progressivo no tempo, pois entende que a estrutura do Condomínio são utilizados de acordo com a função social da propriedade, de certo que seria injusto aplicar alíquotas altíssima sobre estes lotes que tanto trazem melhorias e valorização para as construções circunvizinhas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Edvaldo Nilo de. **Direito Tributário**. Salvador: JusPodivm, 2011.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BORBA, Cláudio. **Direito Tributário**. 24.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BRASIL. **Estatuto da Cidade**. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001., 2001b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 06 Junho 2014.

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

_____.Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Institui o **Código Tributário Nacional**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496301/000958177.pdf?sequence=1>> Acesso em 11 abr. 2019

CHIANCA, Thiago. **Impossibilidade de aplicação de alíquota progressiva em loteamento fechado (particular) quando inexistentes melhoramentos ou serviços públicos**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/62302/impossibilidade-de-aplicacao-de-aliquota-progressiva-em-loteamento-fechado-particular-quando-inexistentes-melhoramentos-ou-servicos-publicos>>. Acessado em Abr de 2019

COAD, Notícias. **TJ-GO proíbe Município de cobrar IPTU progressivo em condomínio fechado**. Disponível em <<http://www.coad.com.br/home/noticias-detalle/8666/tj-go-proibe-municipio-de-cobrar-iptu-progressivo-em-condominio-fechado>>. Acessado em Abr 2019.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: RT, 2003.

LOPES FILHO, Juraci Moura. **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e Imposto Territorial Rural (ITR)**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Ives Gandra, **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo: Saraiva, 1990, v.6.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACEDO, Paulo. **A função social da propriedade urbana e o iptu progressivo**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18760/A_Fun%C3%A7%C3%A3o_Social_da_Propriedade_Urbana.pdf> Acesso em Abr 2019.

MEDICIS, Ernani. O princípio da vedação do confisco e as multas punitivas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VII, n. 17, maio 2004. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3839>. Acesso em abr 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães. Progressividade e seletividade no IPTU. In: **IPTU**. São Paulo: Quartier Latim, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições, v. 4. In Lafayette, **Direito das Coisas**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RIBEIRO, Luiz Antonio. **Princípios da anterioridade e da noventena**. Cuiabá: Grupo Atam, 2010?. Disponível em: <<https://www.grupoatame.com.br/principios-da-anterioridade-e-da-noventena/>> Acesso em: abr de 2019.,

ROCHA, Valdir de Oliveira. **Determinação do montante do tributo**. quantificação, fixação e avaliação. São Paulo: IOB, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

YAFUSSO, Paulo. **Justiça proíbe cobrança de IPTU progressivo em condomínios**. Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/justica-proibe-cobranca-de-iptu-progressivo-em-condominios>> Acessado em: mar de 2019

[1] Possui graduação Medicina Veterinária pela Universidade Estadual do Maranhão (1992), em Direito pelo Centro Universitário de Desenvolvimento do Centro Oeste (2005). Pós-Graduação em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus - DF, mestre em prestação jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins em parceria com Escola Tocantinense da Magistratura. Exercício durante 13 anos como Médico Veterinário da Prefeitura Municipal de Valparaíso de Goiás e Secretário Municipal de Indústria, Comércio, Agricultura, Meio Ambiente e Turismo da Prefeitura Municipal de Valparaíso de Goiás, como assessor judiciário no Tribunal de Justiça do Tocantins pelo período de 2009/2011, na docência há 31 anos, sendo que atualmente exerço o cargo de Professor de Direito na Faculdade Católica de Tocantins. Atuo como Analista Ministerial em Ciências Jurídicas na Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins.

AS SÁTIRAS AOS CANDIDATOS EM PERÍODO ELEITORAL: PROTEÇÃO À HONRA OU GARANTIA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

LARISSA DE CARVALHO AMARAL:

Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

FÁBIO BARBOSA CHAVES^[1]

(Orientador)

RESUMO: O período eleitoral representa a preparação para o exercício pleno da cidadania, considerando o atual sistema eleitoral no Brasil. Os candidatos aos cargos eletivos, durante este período, ficam em propositalmente em evidência, proporcionando aos eleitores informações necessárias à composição dos critérios considerados relevantes para o convencimento. A exposição da imagem do candidato visa agregar valor, mas imputa riscos inerentes à fragilidade que tal situação impõe. A sátira representa a valorização do cômico, mas com objetivo claro de desvalorização. O direito brasileiro protege a imagem e a honra, objetiva e subjetiva do indivíduo, da mesma forma que garante a liberdade de expressão, nos exatos limites da lei. Desta forma, não é incomum a interpretação aparentemente conflituosa dos dois elementos garantidores diante da situação concreta caracterizada pela sujeição da imagem de um candidato, em período eleitoral, à sátira a ele dirigida. A análise constitucional, permeando as circunstâncias do caso em concreto resulta da aplicação do direito e a solução do conflito. O juízo de ponderação deve ser considerado em conflitos entre princípios.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Proteção à honra. Princípios Constitucionais. Ponderação. Razoabilidade.

ABSTRACT: *The electoral period represents the preparation for the full exercise of citizenship, considering the current electoral system in Brazil. Candidates for elected positions during this period are deliberately in evidence, providing voters with the necessary information to compose the criteria considered relevant to the conviction. The exposure of the candidate's image aims to add value but implies risks inherent in the fragility that such a situation imposes. The satire represents the valorization of the comic, but with clear objective of devaluation. Brazilian law protects the image and honor, objective and subjective of the individual, in the same way that guarantees freedom of expression, within the exact limits of the law. In this way, it is not uncommon for the apparently conflicting interpretation of the two guarantors*

in the face of the concrete situation characterized by the subjection of the image of a candidate, in electoral period, to the satire addressed to him. The constitutional analysis, permeating the circumstances of the case results from the application of the law and the resolution of the conflict. The weighing judgment should be considered in conflicts between principles.

Keywords: Freedom of expression. Protection of honor. Constitutional principles. Weighting. Reasonability.

INTRODUÇÃO

O período eleitoral gera conflitos, entre eles está à discussão que será abordada ao longo do presente artigo, que se da entre a proteção à honra e à garantia da liberdade de expressão. Diante disso como forma de solução dos conflitos gerados utiliza-se aos princípios constitucionais.

O legislador com intuito de se resguardar cria à lei 12.034/2009 que é uma espécie de censura temporal a arte de sátiras contra candidatos políticos no período eleitoral, que tem sua constitucionalidade analisada no decorrer do estudo.

Questiona-se se cabe ao Estado, por intermédio dos seus órgãos, delimitarem qual a conduta dos cidadãos e jornalistas. O dever de omissão, advindo da não censura, abarca a atividade legislativa. Até que ponto são intangíveis as atividades de imprensa, manifestação de pensamento e criação artísticas.

O presente artigo é de âmbito Constitucional, com certa nuance de Direito Eleitoral, voltado aos princípios constitucionais, com juízo de ponderação entre a liberdade de expressão e o direito à honra.

Com efeito, o projeto não tem o intuito de exaurir todas as questões sobre direito de sátira, muito menos sobre as questões levantadas quando esta entra em confronto com direitos da personalidade, haja vista que essa atitude seria temerária. Ademais, ambos os direitos têm contornos e valores sociais modificáveis a depender do caso concreto.

1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À HONRA E À LIVRE MANIFESTAÇÃO

A honra é a ponderação da conduta do indivíduo, e o meio em que está inserido, assim a honra é a percepção de dignidade e boa reputação. Proveniente do latim honor, indica a própria dignidade de uma pessoa, que vive com honestidade e probidade, pautando seu modo de vida nos ditames da moral.

O direito à honra é protegido pela constituição Brasileira, que tem como dever resguardar o cidadão de determinadas condutas que possam feri-la. Consagra o direito à honra, ao lado de outros direitos personalíssimos, no artigo 5º no inciso X: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Schreiber (2013) afirma que -a honra é um dos mais antigos direitos fundamentais. Marques (2010) conceitua o direito à honra e delimita sua abrangência da seguinte maneira:

O direito à honra, à reputação ou consideração social, abrangendo a honra externa ou objetiva e a interna ou subjetiva perfila como um direito de personalidade, que se reporta ao âmbito do direito civil, mas por ter sido recepcionado pela Constituição Federal (inciso X, do art. 5o, CF), como integrante dos direitos fundamentais, gera a exigência de sua observância, ou seja, um efeito inibitório (chillingeffect) não só perante os particulares, mas também sobre a esfera pública.

O direito à honra é lastreado pela dignidade pessoal, inerente a sua própria condição, ou seja, a honra da pessoa deve ser protegida independente dos méritos ou deméritos e/ou qualquer circunstância.

Conforme Lellis et al (2013, p.228), liberdade de expressão:

E um elemento fundamental de toda sociedade democrática, pois garante aos indivíduos o direito fundamental de serem livres e de expressarem livremente. Contudo, tal liberdade não significa entrar pelas veredas do desrespeito ao próximo.

Washington Luiz Testa Júnior (2011, p.75) consignou que:

A liberdade de informação, em sentido amplo, confunde-se em certa medida com outras liberdades e direitos, a

exemplo das liberdades de pensamento, de expressão ou de manifestação, de comunicação social, de imprensa, dos jornalistas e a do próprio indivíduo, o que não raras vezes traz conflitos.

No artigo 5º, incisos IX e XIV desrespeita diretamente o princípio democrático, pois a liberdade política termina e o poder público tende a se tornar mais corrupto e arbitrário quando pode usar seus poderes para silenciar e punir seus críticos. IX e XIV, a Constituição Brasileira (BRASIL, 1988) protege o produtor de qualquer censura ao conteúdo intelectual, artístico, científico e de comunicação, sobre isso Cavalcante (2018, p.16) consigna que:

Segundo o Dicionário Online de Português (RIBEIRO, 2018. n.p) o conceito de censura é:

Ação de controlar qualquer tipo de informação, geralmente através de repressão à imprensa. Restrição, alteração ou proibição imposta às obras que são submetidas a um exame oficial, sendo este definido por preceitos morais, religiosos ou políticos.

Por esses conceitos constrói-se que a censura nada mais é do que a possibilidade da ingerência do Poder Estatal de interferir no conteúdo da manifestação de pensamento.

No julgamento proferido pelo STF junto à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 130, foi analisada a constitucionalidade da Lei da Imprensa,(Lei 5.250/67),que tinha pensamentos herdados do regime militar, o Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2009) manifestou: “nada mais nocivo e perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão e pensamento”.

Na mesma análise, a Corte Constitucional brasileira foi enfática em proibir que as publicações/produções jornalísticas sofressem censura, bem como asseverou ser excepcional qualquer meio de intervenção do Estado na divulgação de notícias e de opiniões, inclusive judiciais.

A relação entre a mídia e a liberdade de expressão é íntima e essencial, vez que aquela aglomera os meios que expandem as possibilidades para as manifestações,

expondo como exemplo a leitura, escrita, expressão cultural, humorística entre outros.

As sátiras produzidas por programas humorísticos representam humor jornalístico, sendo expressões do pensamento crítico e objeto de criação artística, preenchidos de informações. Magalhães (2008, p. 74), afirmou que a liberdade de expressão:

Mais do que um direito, a liberdade de expressão pode ser entendida como um conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação. Sendo diversas as formas de expressão humana, o direito de expressar-se livremente reúne diferentes “liberdades fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente para se garantir a liberdade de expressão no seu sentido total”.

Já para Guerra e Amaral (2015, p. 3) o direito de informar ou informar sem obstáculos:

[...] consiste num poderoso meio para o desenvolvimento de debates públicos, permitindo que os indivíduos articulem fatos e informações livremente. Dessa maneira, o direito de informar versa sobre a possibilidade de conduzir informações, facultando às pessoas o direito de expressar, comunicar e informar fatos e acontecimentos. Vale ressaltar que nas democracias, dois -poderes? são eleitos com base na opinião pública, que é formada com base nas informações recebidas pelo povo.

A manutenção das liberdades de informação e de expressão é requisito para manutenção da democracia, logo é primordial para o Estado Democrático de Direito. O ministro do STF Luiz Roberto Barroso, no julgamento da Reclamação nº 22328/RJ consignou que existem 5 (cinco) motivos para que a liberdade de expressão ocupe um lugar privilegiado no ordenamento jurídico pátrio e nos documentos internacionais (CAVALCANTE apud BARROSO, 2018):

a) a liberdade de expressão desempenha uma função essencial para a democracia, ao assegurar um livre fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito, condições essenciais para a tomada de decisões da

coletividade e para o autogoverno democrático; b) a proteção da liberdade de expressão está relacionada com a própria dignidade humana, ao permitir que indivíduos possam exprimir de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, bem como terem acesso às dos demais indivíduos, fatores essenciais ao desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial; c) este direito está diretamente ligado à busca da verdade. Isso porque as ideias só possam ser consideradas ruins ou incorretas após o confronto com outras ideias; d) a liberdade de expressão possui uma função instrumental indispensável ao gozo de outros direitos fundamentais, como o de participar do debate público, o de reunir-se, de associar-se, e o de exercer direitos políticos, dentre outros; e e) a liberdade de expressão é garantia essencial para a preservação da cultura e da história da sociedade, por se tratar de condição para a criação e o avanço do conhecimento e para a formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação.

Nenhum direito constitucional é absoluto, inclusive a liberdade de expressão, mesmo sendo imprescindível em um Estado Democrático de Direito. Importante destacar que própria Carta Magna impõe limites para a liberdade de expressão: a vedação ao anonimato; o direito de resposta; a restrição à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias; classificação indicativa; o dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Depreende-se, então, que a informação ou expressão artística não padecerão perante censura. Todavia, incisos do mesmo dispositivo o resguarda, vedando o anonimato e assegurando o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem - art. 5º, IV e V, da Carta Republicana (BRASIL, 1988) - caso haja prejuízo causado pela produção da artística.

2 O PERÍODO ELEITORAL E SUAS IMPLICAÇÕES RESTRITIVAS

O período eleitoral representa uma circunstância em que a Liberdade de Expressão se transfigura com maior relevância. É tempo em que, por intermédio da

manifestação e do contraste de opiniões, o eleitor é apto a eleger seus representantes.

As formas de liberdade de expressão devem ser especialmente resguardadas nesse período, sobretudo quando os meios de transmissão da informação são marcados por instrumentos como a internet e as mídias sociais, intensamente utilizadas para como instrumentos de discussão e atuação pública.

O direito à liberdade de expressão é essencial indispensável à democracia, como já destacado. No entanto, o direito a garantia fundamental, não é único e exclusivo de modo que há necessidade de respeitar e resguarda os direitos de todos seja o candidato ou eleitor, sendo necessário evitar a perseguição do mérito público para haver igualdade entre todos.

Entre os princípios regem o sistema eleitoral brasileiro, evidencia-se o da igualdade e celeridade, como fundamento para haver uma fiscalização de maior eficácia durante as eleições, para com isso não haver uma disparidade entre os candidatos, dessa forma o propósito e de garantir uma disputa eleitoral honesta e igualitária entre os candidatos que tem o objetivo de ocupar o cargo público.

A vedação estabelecida pela lei 9.504/97, responsável pela edição de regras gerais e específicas para organização e efetivação das eleições em todos os níveis federativos, se refere ao período de campanha eleitoral, almejando preservar a igualdade de oportunidades entre os candidatos, além reprimir abusos do poder em proveito de candidatos ou partidos.

Com o objetivo de haver igualdade entre os candidatos as cortes brasileiras impõem medidas coercitivas, tais como a retirada do conteúdo se for supostamente lesivo e se permite o direito de resposta. Ademais, ao se pensar no sistema legislativo e nas reformas futuras da lei eleitoral, é preciso ter em conta as modificações para que o texto legal não tente intervenções exageradas na área da liberdade de expressão no período em que mais se necessitará dela, no período eleitoral.

Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 21.594, Classe 22a, j. 9.11.2004, DJ de 17.12.04, p. 317:

Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública. Sem tais características, poderá haver mera promoção pessoal – apta, em determinadas circunstâncias a configurar abuso de poder econômico – mas na propaganda eleitoral (Respe nº 16.183/ MG, de 17.2.2000, rel. Min. Eduardo Alckmin, DJ de 31.3.2000).

As mídias são fundamentais em um pleito eleitoral, especialmente para o desenvolvimento da propaganda eleitoral. A divulgação de informações por meio eletrônico representa um novo parâmetro para o alcance da efetiva igualdade, postulado democrático que iguala, em tese, as condições de concorrência entre os adversários.

3 O CONFLITO ENTRE O DIREITO À SÁTIRA E O DIREITO À HONRA

A relação entre o exercício do direito à livre manifestação, expresso por meio da sátira, e a proteção à honra, subjetiva e objetiva, se desenvolve em meio a uma tênue linha. Trata-se de dois direitos protegidos constitucionalmente, aos quais foram conferidos proteção em nível constitucional, integrando o rol de direitos fundamentais.

Como já destacado, a realização de uma sátira representa a liberdade de expressão artística e intelectual, mas, não raras as vezes, o exercício deste modelo artístico se aperfeiçoa provocando alegações que violam a honra de quem são evocadas para se fazer rir.

O jornalista Azevedo (2017), em certa oportunidade, afirmou, com ironia, que “[...] como reza a divisa da comédia, -Rindo, moralizam-se os costumes” — ou, em latim, para ficar podre de chique: ‘Ridendocastigat mores’. Ou seja, os humoristas assinalam perseverantemente as incontínuas da sociedade por intermédio das sátiras sejam elas políticas, econômicas ou sociais.

Ocorre que a Honra é um direito personalíssimo por esse caráter é prerrogativa inafastável, mesmo que o seu detentor seja indivíduo ocupante de cargo público ou pessoa com algum tipo de notoriedade. O Superior Tribunal de Justiça-STJ já foi

instado a decidir sobre o conflito destas duas prerrogativas, durante o julgamento do Recurso Especial n. 736.015/RJ (BRASIL, 2005), a Ministra Nancy Andrighi avaliou que “para o deslinde da questão, é preciso analisar não só a expressão apontada como injuriosa, e sim está em conjunto com a integralidade do texto e com o estilo do periódico que o veiculou”.

Na mesma oportunidade, quando a questão da colisão entre a honra e o humor foi levada ao Judiciário, consignou-se pelo entendimento dos ministros do STJ que não caberá ao órgão fazer análise crítica sobre o talento dos humoristas ou sobre a qualidade do conteúdo. Destarte, a prestação jurisdicional deve limitar-se a apreciação houve ou não violação à substância moral dos indivíduos envolvidos no conteúdo da sátira.

4 CONFLITO PRINCIPIOLÓGICO E RAZOABILIDADE

Para se ponderar o conceito de princípio no Direito, é essencial procurar as suas definições fora do domínio do saber jurídico, para, em seguida, analisar as acepções atribuídas por diversas posturas metodológicas no interior da Ciência Jurídica.

Afirma Espíndola (2002) que, para evidenciar, em letras claras, os predicados de sua normatividade, tanto como conceito jurídico quanto como norma de direito, será preciso detalhar a configuração de sua ideia no interior do sistema jurídico positivo, em termos analítico-dogmáticos, e sua transmigração de significado normativo, nos quadrantes do Direito Positivo.

Para o jurista Luis Dies-Picazo (1983 apud BONAVIDES, 2004, p.255): “a ideia de princípio deriva da linguagem da geometria, ‘onde designa as verdades primeira’ [...]. Exatamente por isso são ‘princípios’, ou seja, ‘porque estão ao princípio’, sendo as premissas de todo um sistema que se desenvolve no geométrico”.

Conforme Espíndola (2002, p.53) conclusão que se pode tirar da ideia de princípio ou sua conceituação é que:

[...] seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as

demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Sendo assim se tem a concretização da ideia de que o conceito de princípios no direito, é essencial haver uma distinção entre o texto e a norma para atuar de princípio, isto é, os princípios estáveis na composição necessitam distinguir-se dos princípios específicos à inserção das normas, portanto, exercendo esta prática.

Diversos das normas, os princípios não são conflitantes, mas adversários. Havendo o choque, não há a exclusão necessária, pois não gera antinomia lícita. Em regra, os conflitos acontecem no nível de legitimidade, e as conseqüentes divergências são ponderadas. O enfrentamento de princípios aparentemente opostos evoca a adoção de medidas específicas para o atendimento de um e a conseqüente diminuição de outro.

O princípio da proporcionalidade tem por finalidade inicial manter o equilíbrio entre os direitos individuais com os anseios da sociedade. A proporcionalidade é aplicada como meio de ponderação em meio a dois ou mais princípios constitucionais que estejam em conflito, decidindo, em cada caso, qual deve prevalecer sobre o outro.

O postulado da razoabilidade decorre da prática administrativa, atuando como instrumento de controle do exercício, pela administração, de discricionariedade, sendo aplicado como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada ou indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral.

Segundo Barcellos “a ponderação será entendida neste estudo como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (BARCELLOS, 2005, p. 23). Como destacado, o juízo de ponderação é o método utilizado para que solução de conflito principiológico, tendo a proporcionalidade como forma de sua aplicação.

5 ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.034/2009

Não há liberdade de expressão pela metade ou sob censura prévia, ou seja, não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Posto isso, não cabe ao Estado, por meio de qualquer um de seus órgãos, delimitarem qualquer conduta pautada na liberdade de expressão.

O dever de omissão, advindo da não censura, abarca a atividade legislativa, pois são intangíveis as atividades de imprensa, manifestação de pensamento e criação artística. Sobre a novidade legislativa imposta pela Lei n. 12.034/2009 (BRASIL, 2009). O Ministro Celso de Mello, decano da Corte Suprema, no seu voto na ADI n. 4.451/DF (BRASIL, 2018,s.p.) aponta que:

Essa estranha (e preocupante) tentação autoritária de interferir, de influenciar e de cercear a comunicação social, especialmente quando ela traduz crítica mordaz, dura e implacável, não pode ser tolerada nem admitida por esta Suprema Corte.

Nada justifica a instituição dos dispositivos questionados, tendo vista que o constituinte e o legislador ordinário já haviam se preocupado com o possível uso indevido dos meios de comunicação social, de maneira a impedir a sua influência irregular na formação da vontade popular.

A proteção do processo eleitoral diante de condutas externas faz constar regra expressa na CRFB/88:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão no 4, de 1994).

O processo eleitoral é ato que se perfaz com o depósito do voto, o único instante que todos os cidadãos, sejam eles ricos ou pobres são formal e materialmente iguais de fato e de direito - *Oneman, one vote* (BRASIL, 2018).

Importante considerar que o processo eleitoral não é estado de sítio, sendo este o único momento de vida coletiva que a Carta Magna permite restrições para

a liberdade de imprensa – artigo 139, inciso III (BRASIL, 1988) –, tendo em vista a excepcional gravidade da fase de sítio.

A liberdade de expressão é livre no período não-eleitoral, devendo ser da mesma forma durante o processo eletivo, permitindo que os meios de transmissão de infrações produzam e vinculam conteúdo humorístico, crítico ou não, sobre políticos, (pré-)candidatos e/ou autoridades.

Sobre o pretexto de que as sátiras atingem os direitos personalíssimos das figuras públicas satirizadas, o ministro Gilmar Mendes (SARLET apud MENDES, 2018, s.p.) destacou que:

[...] é no caso concreto que os juízes eleitorais devem aferir a ocorrência de abusos passíveis de sanção, posto que não se estaria a permitir uma espécie de vale-tudo, o que, ao fim e ao cabo, guarda sintonia com a posição do Relator quando sublinha a possibilidade de uma responsabilização por eventuais abusos.

Ademais, dentro ou fora do período eleitoral, o ofendido pode se valer da tutela jurisdicional para requerer o ressarcimento moral, ou pleitear a condenação por calúnia, injúria e difamação do artista ofensor.

Para efeito do processo político-eleitoral, a distinção entre sátiras e aberrações abertas e fraudulentas da realidade, popularmente conhecidas como *fake news*, com efeito de violação potencial da isonomia do pleito é de suma importância, sendo esse critério ponto importante para o resguardo da liberdade de sátira.

Destarte, cuida-se de tema bastante complexo que necessita de maior reflexão e construção de ideias à luz dos casos concretos que forem surgindo, sempre visando o aprimoramento de critérios para a dissolução dos conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Todavia, de antemão pode se assentar que o inciso II do artigo 45 da Lei n. 9.504/97 é claramente inconstitucional na medida em que frontalmente ataca a liberdade de expressão artística, logo também atinge o pensamento crítico e o direito de sátira, sendo visivelmente uma modalidade de censura prévia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se a análise da liberdade de expressão no âmbito eleitoral com a garantia à liberdade de expressão, exercido por meio da sátira, e o direito à proteção da honra. Por meio do exercício do juízo de ponderação, demonstrou-se ser possível o enfrentamento dos dois direitos, constitucionalmente previstos como regras e expressões principiológicas.

A situação em concreta posta sob análise é a efetivação de sátiras durante o processo eleitoral, sobretudo durante a fase de propaganda eleitoral, tendo como objeto a imagem do candidato.

De um modo geral, conclui-se que o legislador não pode interferir na liberdade de expressão com a arte sátira em razão de ser um direito resguardado, e a honra sequer ser ferida. Deve haver uma harmonização, utilizando-se do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

A posição que se mostra adequada ao contexto eleitoral brasileiro e ao desenvolvimento e uso dos meios de comunicação, é a de que se mostra ofensiva aos ditames constitucionais qualquer tipo de proibição à realização de sátiras aos candidatos em pleitos eleitorais mesmo quando efetivada durante o período de propaganda eleitoral. A essencialidade da informação durante o pleito eleitoral, aliada à garantia à livre manifestação, diante do contexto eleitoral, faz com que prevaleça a possibilidade de se satirizar o candidato, desde que não ultrapasse o limite, e passe a causar lesão.

A partir do exercício para solução de conflitos principiológicos, foi possível analisar o método da ponderação, em nome da necessária manutenção da autoridade constitucional, que implica pela preservação da autoridade normativa das regras e dos princípios integrantes, mantendo sua coesão e capacidade de sobreposição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, AndreLuis Dornellas. **Colisão e ponderação entre princípios constitucionais.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,colisao-e-ponderacao-entre-principios-constitucionais,29173.html>>. Acesso em: 24 abril.2019.

ARAÚJO. Saint-Clair Cardoso de. **Métodos de Pesquisa**. Disponível em: <http://www.iesambi.org.br/apostila_2007/metodos_pesquisa.htm>. Acesso em: 12 out.2018.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. GUERRA, Tâmara Belo. **Direito à informação**. Disponível em:
<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2581/2258>>. Acesso em: 12 out.2018.

AZEVEDO, Reinaldo. **Ridendo castigat mores**. 2017. Disponível em:
<<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/ridendo-castigat-mores/>>. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out.2018.

_____. **Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009**. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Brasília-DF, Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm>. Acesso em: 09 out. 2018.

_____. **Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília-DF, 1967. Disponível em:
<<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128588/lei-de-imprensa-lei-5250-67>>. Acesso em: 09 out. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Org.). **Supremo julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal**. 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402>>. Acesso em: 11 out. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Org.). Distrito Federal. **Ação Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF**. Tribunal Pleno, Relator

Ministro Carlos Britto. Data de Publicação: 05.11.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 11 out.2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Org.). Distrito Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.451/DF**. Tribunal Pleno, Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em: 21.6.2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3938343>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Org.). Distrito Federal. **Recurso Extraordinário n. 215.267/SP**. 1º Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgamento em: 24.4.2001. Publicado em: 25.5.2001. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1677164>>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Org.). Distrito Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.452/RJ**. Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ de 12.5.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&ba se=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Org.). Distrito Federal. **Recurso Especial n. 736.015/RJ**. 3º Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em: 05.05.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq uencial=175996&num_registro=200500481507&data=20050701&tipo=51&forma to=P DF>. Acesso em: 29 out. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica**. Brasília-DF, Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constituição e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra - Portugal: Livraria Almediana, 2002.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **907-STF**. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/09/info-907-stf.pdf>>. Acesso em: 09 out.2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2011.

COMISSÃO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO — **7a relatoria Relatório sobre liberdade de expressão no período eleitoral** <<https://feed.itsrio.org/liberdade-de-expressao-no-periodo-eleitoral-ed76e7675379>>. Acesso em: 24 abril.2019.

DÉBORA RIBEIRO (Ed.). **Significado de Censura**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/censura/>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 1 ed. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38 ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Porto Alegre-RS: Lumen Juris, 2011.

FREIRE, José Alonso Tôres. **UM DIÁLOGO EXPLOSIVO: SÁTIRA, PARÓDIA E HISTÓRIA**. 2004. Disponível em:

<<https://periodicos.fclar.unesp.br/index.php/itinerarios/article/viewFile/2790/2528>>. Acesso em: 22 out. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso De Direito Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo-SP: Saraiva, 2004. v. 3.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 2 ed. São Paulo-SP: Atlas, 1989. GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo-SP: Saraiva, 2008. v. IV.

GUERRA, Sidney. **Direito Fundamental à Intimidade, Vida Privada, Honra e Imagem**. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/recife/direitos_fun_dam_sidney_guerra.pdf>. Acesso em: 24 out. 2018.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo-SP: Martins Fontes, 2003.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de Metodologia Científica: teoria da ciência e iniciação à pesquisa**. 34 ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2015.

G1 (org.). **Humoristas protestam contra lei que proíbe piadas sobre políticos durante período eleitoral**. 2010. Disponível em: <[http://g1.globo.com/bom-diabrasil/noticia/2010/08/humoristas-protestam-contr a-lei-que-proibe-piadas-sobrepoliticos-durante-periodo-eleitoral.html](http://g1.globo.com/bom-diabrasil/noticia/2010/08/humoristas-protestam-contr-a-lei-que-proibe-piadas-sobrepoliticos-durante-periodo-eleitoral.html)>. Acesso em: 11 out. 2018.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Direito à liberdade de imprensa**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32009-37587-1-PB.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2018.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **Direito à Honra**. 2010. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-honraandrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 26 out. 2018.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística**. São Paulo-SP: FDT, 1997.

NUZZI, Erasmo de Freitas. **Meios de Comunicação e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo-SP: Plêiade, 1997.

OPINIÃO E NOTÍCIA. **Humoristas protestam contra censura**. 2010. Disponível em: <[http://opiniaoenoticia.com.br/brasil/politica/humoristas-protesta m-contra-censura/](http://opiniaoenoticia.com.br/brasil/politica/humoristas-protesta-m-contra-censura/)>. Acesso em: 11 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (Brasil) (org.). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 24 out.2018.

PEREIRA, Eduardo Diniz Alves. **A Vida da Pessoa Pública: Reflexões Sobre Liberdade de Expressão, Crimes Contra a Honra e Censura**. Disponível em: <http://www.pucrio.br/ensinopesq/ccpg/Pibic/relatorio_resumo2009/relatorio/dir/eduar o.pdf>. Acesso em: 5 out.2018.

PIRES, Maísa Rezende. **O equilíbrio necessário para que a liberdade de expressão coexista com outros direitos**. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10790>. Acesso em: 19 out.2018.

ROLLO, Arthur. **A propaganda eleitoral antecipada, com enfoque nas eleições de 2014**. <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/6/art20140604-03.pdf>>. Acesso em: 25 abril.2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O STF, a liberdade de expressão e a liberação das sátiras nas eleições**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun29/direitos-fundamentais-stf-liberdade-expressao-liberacao-satiras-eleicoes>>. Acesso em: 22 out. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo-SP: Atlas, 2013.

TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. **Informação, Direito e Verdade**: Regulação Constitucional da Imprensa. 1 ed. Curitiba - PR: Juruá, 2011.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **A Posição Privilegiada da Liberdade de Imprensa e o Direito à Informação Verdadeira**. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/5/12>>. Acesso em: 6 out.2018.

^[1] Doutor em Direito pela PUCMINAS. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela PUCGOIÁS. Professor de Graduação e Pós-graduação da Faculdade Católica do Tocantins. E-mail: fabio.barbosa@catolica-to.edu.br

PSICOPATIA: ASPECTOS JURÍDICOS E PSICOLÓGICOS

BÁRBARA PINHEIRO SANTOS:

Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo

ANDREIA AYRES GABARDO DA ROSA^[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a Psicopatia, seus aspectos jurídicos e psicológicos trazendo uma análise sobre o conceito e a perspectiva histórica, bem como, seus comportamentos antissociais e amorais que o diferem dos agentes portadores de doença mental, retardo mental ou desenvolvimento mental incompleto, além de demonstrar, de maneira sucinta, os critérios diagnósticos do psicopata. O estudo traz qual a metodologia utilizada pelos julgados do Brasil para a responsabilização penal e as medidas de tratamento adotadas a esses indivíduos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, através de pesquisas bibliográficas em livros, artigos e publicações, e, por meio documental analisando jurisprudências.

PALAVRAS-CHAVE: Psicopatia; Psicopata; Aspectos Jurídicos; Aspectos Psicológicos.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Conceito e Perspectiva Histórica: 2.1. Psicologia Forense e os Critérios Diagnósticos da Psicopatia; 2.2. O Psicopata no Ordenamento Jurídico; 2.3. Julgados no Brasil; 2.4. Medidas de Tratamento. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Psicopatia refere-se a um distúrbio de personalidade em que o indivíduo apresenta comportamentos antissociais e amorais sem demonstração de arrependimento ou remorso, incapacidade para amar e se relacionar com outras pessoas com laços afetivos profundos, egocentrismo extremo e incapacidade de aprender com a experiência.

Remete a problemas como a agressividade, delinquência e comportamentos antissociais vistos por muitos profissionais como de difícil recuperação. A internação é considerada por alguns especialistas, pois esses indivíduos dificilmente se ressocializam na sociedade.

Por tratar-se de um assunto delicado, estudar o tema proposto, é de extrema relevância, tendo em vista que é indiscutível a importância da conexão entre o Direito e a Psicologia no que tange a este assunto, já que as duas ciências estão intimamente ligadas tendo como objetivo principal trazer a harmonia na sociedade, não só afastando dela pessoas que poderiam prejudicá-la, como também ofertando a essas pessoas tratamento ao seu transtorno psicológico.

Neste artigo serão abordados quais os critérios diagnósticos utilizados pelos profissionais da psicologia forense e de que modo esses indivíduos são compreendidos em uma perspectiva jurídico-penal, identificando quais os métodos utilizados pelos profissionais da psicologia forense para diagnosticar um psicopata e quais os tipos de medidas punitivas e preventivas são aplicadas através de análise em jurisprudências.

Assim, seu objetivo é apresentar um panorama das abordagens relacionadas ao construto psicopatia, algumas de suas principais controvérsias, os instrumentos psicométricos de avaliação mais relevantes utilizados e discutir as implicações do conceito para a investigação científica.

O presente trabalho será desenvolvido a partir do método dedutivo que tem por base na dedução do problema, terá uma abordagem qualitativa do tema proposto mostrando realidades múltiplas de um processo indutivo, através de pesquisas bibliográficas em livros, artigos e publicações, e, por meio documental analisando jurisprudências.

2. CONCEITO E PERSPECTIVA HISTÓRICA

O conceito de psicopatia surgiu dentro da medicina legal, quando médicos se depararam com o fato de que muitos criminosos agressivos e cruéis não apresentavam os sinais clássicos de insanidade (HAUCK FILHO, et al., 2009). Descrições desses pacientes e tentativas de criar categorias nosográficas adequadas aos mesmos são consideradas pela literatura o momento inicial da chamada tradição clínica de estudo da psicopatia (HARE & NEUMANN, 2008). A tradição clínica apoiou-se basicamente em estudos de casos de criminosos e pacientes

psiquiátricos, com o uso de entrevistas e observações como fontes principais de dados para a descrição do fenômeno e a hermenêutica clínica como método de análise dos dados.

Segundo Monteiro, Freitas e Soares (2014, p. 3):

no final do século XVIII alguns filósofos e psiquiatras passaram a discutir com mais afinco a psicopatia. Eles passaram a estudar a relação do livre arbítrio e das transgressões morais, questionando se alguns perpetradores seriam capazes de entender as consequências de seus atos. Philippe Pinel, em 1801, foi o primeiro a notar que alguns de seus pacientes envolvidos em atos impulsivos e autodestrutivos, tinham sua habilidade de raciocínio intacta e completa consciência da irracionalidade que estavam fazendo. A esse fenômeno, deu-se à época o nome de *"manie sans delire"*, ou insanidade sem delírio. Foi com Pinel que surgiu a possibilidade de existir um indivíduo insano, mas sem qualquer confusão mental.

Kraepelin, em 1904, ao definir a personalidade psicopática, incluiu os casos de inibição do desenvolvimento da personalidade, no que se refere ao afeto e a volição, além de alguns casos de psicose incipiente. Schneider, em 1923, foi além, difundindo a Psicopatia como um distúrbio de personalidade que não afeta nem a cognição nem a estrutura orgânica, mas que ainda assim traria prejuízos para o indivíduo ou para a sociedade. Kahn, em 1931, agrupou na personalidade psicopática vários problemas e desordens de personalidade não classificadas como doenças mentais, tendo como condição essencial o desajustamento social (Shine, 2000).

Em 1941, Harvey Cleckley, tornou-se o mais importante autor a escrever sobre o tema, com a obra *"Thamaskofsanity"*. Segundo o autor, psicopatas não são necessariamente criminosos, mas sim indivíduos que possuem certas características (emoções superficiais, falta de sentimento de culpa, grande capacidade de convencimento, etc) podendo ser políticos, homens de negócios ou, até mesmo, psiquiatras.

Em 1952 foi criado o método utilizado para indicar o diagnóstico da psicopatia. O mesmo foi chamado de *"Diagnostic and statistical manual of mental disorder"* ou "DSM". Criado pela Associação Americana de Psiquiatria foi aperfeiçoado ao longo do tempo, diagnosticando com transtorno de personalidade antissocial uma pessoa que apresentasse no mínimo três das características elencadas em um teste feito a partir dos 15 anos de idade (MONTEIRO, FREITAS e SOARES, 2014).

No caso da psicopatia, para haver diagnóstico, o indivíduo deve ter no mínimo 18 anos, tendo manifestado traços na infância, adolescência ou início da fase adulta. O padrão internacional para avaliação e diagnóstico deste transtorno é a escala PCL-R, criada pelo Dr. Robert D. Hare em 1991, em que se avalia a compatibilidade do indivíduo com as 20 características que definem um ser psicopata (RODENBUSCH, 2018). Nesse instrumento, o avaliador deve atribuir um escore de 0 a 2, conforme ausência, presença moderada ou forte de cada uma das características descritas pelos itens. Os itens refletem diversas das características de personalidade descritas por Cleckley (1941/1976), além de comportamentos antissociais (Hare & Neumann, 2008). No caso da obtenção de um resultado acima de 30 pontos, caracteriza-se um psicopata típico.

Um aspecto importante da obra de Cleckley sobre a psicopatia foi conceber o quadro em termos de traços de personalidade, enfatizando os aspectos interpessoais e afetivos. Embora as descrições típicas de psicopatia tenham sido feitas principalmente a partir de estudos de caso com criminosos, o trabalho de Cleckley buscou desvincular o conceito de psicopatia do crime em si, destacando as características de personalidade e os comportamentos atípicos dos indivíduos tidos como psicopatas (Wilkowski & Robinson, 2008).

Segundo Cleckley (1941/1976), as características da psicopatia são: 1) Charme superficial e boa inteligência; 2) Ausência de delírios e outros sinais de pensamento irracional; 3) Ausência de nervosismo e manifestações psiconeuróticas; 4) Não confiabilidade; 5) Tendência à mentira e insinceridade; 6) Falta de remorso ou vergonha; 7) Comportamento antissocial inadequadamente motivado; 8) Juízo empobrecido e falha em aprender com a experiência; 9) Egocentrismo patológico e incapacidade para amar; 10) Pobreza generalizada em termos de reações afetivas; 11) Perda específica de insight; 12) Falta de reciprocidade nas relações interpessoais; 13) Comportamento fantasioso e não-convidativo sob influência de álcool e às

vezes sem tal influência; 14) Ameaças de suicídio raramente levadas a cabo; 15) Vida sexual impessoal, trivial e pobremente integrada; 16) Falha em seguir um plano de vida.

Para Hare e Neumann (2008), vários pesquisadores clínicos contribuíram para o estudo da psicopatia, mas o trabalho de Cleckley foi sem dúvida o mais abrangente e firmou-se como a principal referência dentro da abordagem clínica.

Para os médicos psiquiatras, a psicopatia não é uma doença mental tampouco os psicopatas são denominados loucos, haja vista não apresentarem características convencionais tais como: desorientação ou qualquer tipo de perda da consciência, delírios ou alucinações, sofrimento mental ou emocional, entre outros. Pelo contrário, os chamados psicopatas são pessoas que se relacionam extremamente bem, são articulados e convincentes em suas falas e possuem um raciocínio frio e calculista que se alia a uma incapacidade de tratar as pessoas que os rodeiam como seres humanos pensantes e portadores de vontade própria.

Nota-se, portanto, a evolução dos estudos dos psiquiatras e, que, com o passar do tempo foi evoluindo sobre o conceito da psicopatia. A partir do conceito dos psiquiatras alemães a psicopatia tornou a ser considerada como doença mental, e atualmente passou a ser considerada doença mental, o que perdura até o dia de hoje, que conclui por uma extensa base de estudos destes psiquiatras ao longo dos séculos. Foram diferentes nomes semânticos, porém com o mesmo quadro clínico. Passando de Loucura Moral a Criminoso Nato.

2.1 PSICOLOGIA FORENSE E OS CRITÉRIOS DIAGNÓSTICOS DA PSICOPATIA

Avaliar aspectos de personalidade em Psicologia Forense tem sido um desafio, visto que existe escassez de instrumentos para avaliação que respalde as impressões clínicas que dão sustentação.

No meio forense, a psicopatia é entendida atualmente como um grupo de traços ou alterações de conduta em sujeitos com tendência ativa do comportamento, tais como avidez por estímulos, delinquência juvenil, descontroles comportamentais, reincidência criminal, entre outros. É considerada como a mais grave alteração de personalidade, uma vez que os indivíduos caracterizados por

essa patologia são responsáveis pela maioria dos crimes violentos, cometem vários tipos de crime com maior frequência do que os não-psicopatas e, ainda, têm os maiores índices de reincidência apresentados (AMBIEL, 2006).

O termo Psicopatia costuma ser usado popularmente como sinônimo de antissocial para descrever uma gama de problemas de comportamentos não específicos, que envolvem delinquência, agressividade e baixo controle dos impulsos (Lilienfeld, 1994). Do ponto de vista clínico, contudo, o comportamento antissocial nem sempre é comparável à Psicopatia (Garrido, 2005); porém, devido às contravenções e transgressões da lei típicas destes indivíduos, esses conceitos se apresentam como temas que se colocam entre a clínica e o judiciário, sendo por isso alvo de atenção da Psicologia Forense (DAVOGLIO, 2010). Ainda segundo o autor, na área forense, a avaliação psicológica exige que o profissional tenha sempre presente a possibilidade de distorção dos dados pelo periciado.

Apesar da constante discussão acerca da validade dos instrumentos de avaliação, uma pesquisa realizada por Rovinski e Elgues (1999 APUD JUNG, 2014) com psicólogos forenses no estado Rio Grande do Sul revelou que 87% dos participantes faziam uso de instrumentos psicológicos, além da entrevista clínica. Entre as técnicas mais utilizadas, foram citadas entrevistas, observações de comportamentos. Os testes projetivos e gráficos foram os mais citados (87%), seguidos dos percepto-motores (71%) e, em menor frequência, os inventários e escalas (18%). Com bases nestas pesquisas, os testes projetivos são mais aplicados no âmbito jurídico.

Na avaliação psicológica das características antissociais e psicopatas é fundamental a observação atenta do comportamento do examinando, desde o momento de sua entrada na sala de exame (os indivíduos com estas características são tipicamente manipuladores), pois podem tentar controlar suas verbalizações durante a perícia, simular e dissimular, manipulando suas respostas e reações. O uso de testes psicológicos tende a dificultar estes comportamentos e fornecer elementos diagnósticos complementares (MORANA, STONE & ABDALLA-FILHO, 2006).

Nesse contexto, a perícia psicológica forense pode ser definida como o exame ou avaliação do estado psíquico de um indivíduo com o objetivo de elucidar determinados aspectos psicológicos deste; este objetivo se presta à finalidade de

fornecer ao juiz ou a outro agente judicial que solicitou a perícia, informações técnicas que escapam ao senso comum e ultrapassam o conhecimento jurídico. Na perícia psicológica, todo o processo de avaliação (a obtenção dos dados através de instrumentos adequados, a análise dos dados e a comunicação dos resultados) deve ser direcionado aos objetivos judiciais (JUNG, 2014).

De acordo com Silva (2003), recorre-se à prova pericial quando os argumentos ou demais provas de que se dispõe não são suficientes para o convencimento do juiz em seu poder decisório, portanto, esta tem como finalidade última auxiliar o juiz em sua decisão acerca dos fatos que estão sendo julgados. A perícia psicológica é considerada um meio de prova no âmbito forense e sua materialização se dá através da elaboração do chamado laudo pericial. O laudo pericial, que será apreciado pelo agente jurídico que o solicitou, deve ser redigido em linguagem clara e objetiva para que possa efetivamente fornecer elementos que auxiliem a decisão judicial, devendo responder aos quesitos (perguntas) solicitados, quando presentes. Segundo a autora, embora o Direito exija respostas imediatas e definitivas, o laudo psicológico poderá somente apontar tendências e indícios (JUNG, 2014).

Segundo Rovinski (2003; 2004) as técnicas e os métodos de investigação utilizados na avaliação psicológica forense não diferem de forma substancial do processo de avaliação psicológica clínica, necessitando apenas de uma adaptação aos objetivos forenses. A escolha da metodologia a ser utilizada na perícia, irá depender das particularidades de cada caso. A coleta dos dados deve direcionar-se ao que deve ser investigado, para que o psicólogo selecione os instrumentos psicológicos mais adequados para cada caso, baseando-se na própria natureza do exame em questão e na prévia leitura dos autos do processo (com especial atenção ao que demandou a perícia psicológica e aos quesitos formulados).

De modo geral, a metodologia utilizada nas perícias psicológicas seria: a) leitura dos autos do processo (identificação da demanda, das questões psicológicas que serão alvo da investigação pericial e dos quesitos que deverão ser respondidos pelo psicólogo); b) levantamento das hipóteses prévias que nortearão a coleta dos dados; c) coleta dos dados junto ao sujeito (entrevista inicial) e, quando necessário, junto a terceiros ou a instituições; d) planejamento da bateria de testes/técnicas mais adequada para o caso; e) aplicação da bateria de testes; f) interpretação dos resultados dos testes à luz dos dados colhidos nos autos processuais e na(s)

entrevista(s); g) redação do informe psicológico com o objetivo de responder à demanda jurídica que motivou tal avaliação (e, quando presentes, responder aos quesitos/perguntas constantes no processo judicial) (JUNG, 2014).

De acordo com Jung (2014, p. 3):

em uma perícia psicológica forense o psicólogo geralmente utilizará entrevistas e testes psicológicos para conhecer os aspectos psíquicos do sujeito que se relacionam com a questão legal pronunciada, buscando eleger quais instrumentos poderão auxiliá-lo nesta investigação. No momento da escolha de quais instrumentos são mais adequados para um determinado tipo de perícia psicológica, há de se considerar se estes podem responder à demanda, ou seja, às perguntas formuladas pelos agentes jurídicos (ou seja, definem-se quais atributos serão avaliados e quais são os instrumentos mais adequados para conhecê-los). Este é um cuidado que deve existir em qualquer tipo de avaliação psicológica e que, na perícia psicológica, deve ser revestida de um cuidado especial, pois a grande maioria dos instrumentos dos quais dispomos não foram especificamente construídos para uso em avaliações forenses e as conclusões obtidas a partir dos mesmos deverão ser transpostas para os objetivos e linguagem jurídicos.

Sendo assim, não existem metodologias fixas para a realização de avaliações psicológicas periciais, sendo estas construídas de acordo com as características do caso e do sujeito (nível de escolaridade, idade, presença de limitações físicas ou mentais, etc). A leitura dos autos do processo propicia o levantamento de hipóteses prévias antes do primeiro contato com o indivíduo e permite que a entrevista seja direcionada para a investigação de tais hipóteses.

2.2 O PSICOPATA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Pesquisadores conceituam a psicopatia como transtorno de personalidade diferente de doença mental e/ou retardo mental. A responsabilidade pelos atos praticados pelos psicopatas é bastante discutida no direito penal.

O artigo 26 do Código Penal Brasileiro diz:

Artigo 26 do CP – É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O referido artigo do Código Penal fez menção ao agente portador de doença mental, retardo mental ou desenvolvimento mental incompleto que se enquadra no termo inimputável, termo este em que se exclui o psicopata como agente que disporá da isenção de pena, disposta no artigo, pois é definido como portador de transtorno de personalidade.

De acordo com Fernando Capez:

Imputabilidade: É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. A imputabilidade apresenta, assim, um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que é a faculdade de controlar e comandar a própria vontade. Faltando um desses elementos, o agente não será considerado responsável pelos seus atos, passando a ser considerado inimputável. Causas que excluem a imputabilidade: São quatro: (a) doença mental; (b) desenvolvimento mental incompleto; (c) desenvolvimento mental retardado; (d) embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior (2012, p. 65).

A imputabilidade, portanto, pode ser considerada ao psicopata, por este não ser um agente portador de doença mental ou retardo mental, não se enquadrando nas causas excludentes.

A inimputabilidade está relacionada ao critério biopsicológico, pois há necessidade que o agente sofra com patologia mental que influencie na sua capacidade mental intelectual (biológico) e, ainda, que não haja a compreensão no momento da ação ou omissão do delito (psicológico) (GONÇALVES, 2015).

Para Fernando Capez a semi-imputabilidade está definida conforme artigo 26 do Código Penal quando diz:

semi-imputabilidade ou responsabilidade diminuída (parágrafo único): É a perda de parte da capacidade de entendimento e autodeterminação, em razão de doença mental ou de desenvolvimento incompleto ou retardado. Alcança os indivíduos em que as perturbações psíquicas tornam menor o poder de autodeterminação e mais fraca a resistência interior em relação à prática do crime. Na verdade, o agente é imputável e responsável por ter alguma noção do que faz, mas sua responsabilidade é reduzida em virtude de ter agido com culpabilidade diminuída em consequência das suas condições pessoais (2011, p. 346).

Percebe-se que se considera a semi-imputabilidade ao psicopata, pois este transtorno diminui a consciência do agente mesmo sabendo o que é o certo e errado. Para muitos julgadores a semi-imputabilidade é considerada a melhor forma para aplicação de pena nestes casos. Trata-se de diminuição de pena ou substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança.

Segundo o julgado de Habeas Corpus no dia 04 de agosto de 2011 os Senhor Ministro Relator Jorge Mussi e os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu, Gilson Dipp e Laurita Vaz:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO

LEGAL. CULPABILIDADE. DESFAVORABILIDADE. CONDUTA SOCIAL. ARGUMENTAÇÃO IDÔNEA. SANÇÃO MOTIVADA. ELEVAÇÃO JUSTIFICADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE REPRIMENDA IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA (...) MINORANTE PREVISTA NO ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. **SEMI-IMPUGNABILIDADE**. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERTURBAÇÃO MENTAL REDUZIDA. FRAÇÃO MÍNIMA QUE SE MOSTRA DEVIDA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. Nos termos do art. 26, parágrafo único, do CP: "A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento." 2. Demonstrado que o paciente não era portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, apenas não possuindo plena capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento, em razão de perturbação na sua personalidade, justificada a escolha pela fração mínima (1/3) prevista no parágrafo único do art. 26 do CP.3 (...). (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Habeas Corpus nº 186149). (grifo nosso).

Note-se que há entendimentos em que se consideram a semi-imputabilidade como medida de aplicação de pena para os psicopatas.

A medida de segurança aplicada é o cumprimento de pena em hospital de custódia com tratamento psiquiátrico, de acordo com o grau de periculosidade e sanidade mental do agente. Este tratamento pode ser definitivo e duradouro.

Nos casos aclamados pela mídia e pela sociedade, a forma de aplicação ao cumprimento de pena relaciona-se aos transgressores comuns.

Note-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO. LATROCÍNIO TENTADO. IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA. TRANSTORNO ANTISSOCIAL DE PERSONALIDADE. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DA PENA. NÃO INCIDÊNCIA DA PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA. [...] 2. TRANSTORNO ANTISSOCIAL DE PERSONALIDADE. IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DA PENA. 2.1. As modernas classificações internacionais consideram as psicopatias como transtornos da personalidade e as definem como alterações da forma de viver, de ser e relacionar-se com o ambiente, que apresentam desvios extremamente significativos do modo em que o indivíduo normal de uma cultura determinada percebe, pensa, sente e particularmente se relaciona com os demais. O transtorno antissocial de personalidade coincide com o que tradicionalmente se denomina psicopatia. As personalidades psicopáticas se enquadram no rol das perturbações da saúde mental, anomalia psíquica que se manifesta em procedimento violento, regulando-se conforme o disposto no parágrafo único do art. 22, do Código Penal. 2.2. Comprovado pelo laudo psiquiátrico que o réu ao tempo do crime padecia de transtorno antissocial de personalidade, a redução de pena é obrigatória, o que é facultativo é o quantum maior ou menor (1/3 a 2/3) dessa diminuição de pena. 2.3. A consequência legal da capacidade relativa de culpabilidade por perturbação da saúde mental ou por outros estados patológicos, é a redução obrigatória da pena, pois se a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, então a redução da capacidade de culpabilidade determina, necessariamente, a redução da pena. Argumentos contrários à redução da pena no sentido do cumprimento integral da pena são circulares, inconvincentes e desumanos porque o mesmo fator determinaria, simultaneamente, a redução da culpabilidade

(psicopatias ou debilidades mentais explicariam a culpabilidade) e a agravação da culpabilidade (a crueldade do psicopata ou débil mental como fator de agravação da pena). Não incidência da untermassverbot na medida em que o legislador não atuou de maneira deficiente, mas sim ponderada. (TJRS, Terceira Câmara Criminal, Recurso de Apelação Criminal n. 70037449089, de Carazinho, Relator Des. Odone Sanguiné, j. em 17/03/2011 – grifos não originais).

Observa-se que em alguns casos a medida de segurança e a internação em hospital de custódia muitas vezes não cabe ao caso, como neste julgado, pois os tratamentos oferecidos não têm benefícios suficientes aos psicopatas além comprometer o tratamento de outros pacientes. Portanto, os agentes portadores de transtorno de personalidade são, na maioria dos casos, julgados como semi-imputáveis para a melhor aplicação da pena.

2.3 JULGADOS NO BRASIL

Há grande controvérsia no tratamento penal dos psicopatas, tanto na doutrina, quanto no Legislativo e Judiciário, pois não existem entendimentos específicos que possibilitem o adequado tratamento e estabelecimento para o cumprimento de pena dos mesmos.

Observa-se:

RÉU COM TRANSTORNO DE PERSONALIDADE. PERICULOSIDADE PRESENTE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR MEDIDA DE SEGURANÇA. CABÍVEL A IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA A RÉU QUE, MALGRADO SEMI-IMPUTÁVEL, APRESENTA PERICULOSIDADE, EM FACE DE TRANSTORNO DE PERSONALIDADE. LIMITAÇÃO DA MEDIDA AO PRAZO MÁXIMO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PREVISTA EM ABSTRATO PARA O CRIME COMETIDO. EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (TJ-DF - EI 20020510039874 DF, Relator MARIO MACHADO, Data de Julgamento:

02/03/2005, Câmara Criminal, Data de Publicação: DJU 04/08/2005 Pág: 104).

Nos casos em que são considerados semi-imputáveis, caberá somente ao juiz decidir o cumprimento de pena onde tirará por base a aplicação de pena pura e simples, aplicação de pena, com base no artigo 26 do Código Penal Brasileiro, ou imposição de medidas de segurança, conforme dispõe os seguintes termos:

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º (BRASIL, 1984).

A doutrina e julgados no Brasil oscilam em relação a esses casos. Alguns são adeptos a aplicabilidade de pena com medida de segurança, outros não. O que não é admitido pelo sistema jurídico brasileiro é o não reconhecimento da impunidade destes agentes portadores de transtorno de personalidade, seguindo a linha do Habeas Corpus a seguir:

STM - HABEAS CORPUS HC 00002352320137000000 SP (STM) Data de publicação: 17/02/2014 Ementa: ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE É PORTADOR DE TRANSTORNO DE PERSONALIDADE COM INSTABILIDADE EMOCIONAL E TRANSTORNO DE ANSIEDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. No caso sub examine, estando o feito com denúncia recebida, não há que se falar em nulidade do Auto de Prisão em Flagrante. A jurisprudência pátria é uníssona no sentido de que a concessão de habeas corpus para o trancamento de ação penal é medida excepcional, que só se justifica quando, de plano, for possível constatar, de maneira indubitável, a atipicidade da conduta, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade, ou a ocorrência de circunstância extintiva da

punibilidade, o que não se verifica. A alegação de que o paciente é portador de transtornos de personalidade e ansiedade, o que afastaria a culpabilidade, não é suficiente para que ele seja considerado penalmente inimputável, uma vez que somente é possível aferir a inimputabilidade do agente com a instauração do incidente de insanidade mental, medida já adotada pelo Juízo de Primeira Instância. Ordem denegada. Decisão unânime. (grifo nosso)

Conclui-se que os crimes cometidos pelos psicopatas serão analisados e julgados de forma a fazer com que cumpram como punição a pena que será aplicada a cada caso, não deixando com que se reconheçam a impunidade por se tratar de agentes portadores de transtorno de personalidade.

2.4 MEDIDAS DE TRATAMENTO

O caso dos psicopatas. Como vimos, estes são portadores de transtorno de personalidade não se enquadrando nesse tipo de tratamento, porém há casos e julgados em que são considerados passíveis de tratamento ambulatorial e/ou em hospital de custódia.

Os psicopatas por não serem caracterizados com doença ou retardo mental, ocasionalmente, acabam não tendo resultados benéficos através do cumprimento de pena por medida de segurança e/ou cumprimento de pena em hospital de custódia, pois estes agentes não padecem de sintomas tratáveis. Enquanto os que portam de doença mental não se recordam por qual motivo assassinaram pessoas, os psicopatas matam pessoas pelo simples fato de decidirem que estas não merecem viver, matam por prazer, sem nenhum arrependimento. São pessoas com forte poder de persuasão e difícil de serem influenciados, a convivência com agentes portadores de doença mental pode haver a possibilidade de submeterem e explorarem, aproveitando do comprometimento cognitivo dos mesmos (VASCONCELLOS, 2014). Além de submeter a influência sobre rebeliões e fugas.

A definição dos agentes diagnosticados com psicopatia é essencial para estipular sua forma de responsabilização penal como sendo imputáveis, inimputáveis ou semi-imputáveis.

O processo criminal binário teve mudanças em relação aos psicopatas como mostra Genival Veloso de França:

antes, no advento do sistema do “duplo binário”, considerávamos as personalidades psicopáticas como inimputáveis, pelo equívoco de se imporem primeiro a pena e depois o tratamento em Casa de Custódia. Hoje, sob a vigência do sistema “vicariante” ou “unitário”, defendemos que elas sejam consideradas semi-imputáveis, ficando sujeitas à medida de segurança por tempo determinado e a tratamento médico-psiquiátrico, resguardando-se, assim, os interesses da defesa social e dando oportunidade de uma readaptação de convivência com a sociedade (2015, p. 1185).

Portanto, conclui-se que doutrinas e julgados se divergem na responsabilidade penal destes agentes, visto que deverá ser feito estudo de cada caso concreto para estipular a sanção penal que deverá ser aplicada.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A matéria em estudo mostra a complexidade fundamentada ao conceito e a responsabilidade penal dos psicopatas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. O direito penal prioriza a responsabilidade desses agentes através da semi-imputabilidade, mas há a necessidade de análise de cada caso individualmente, podendo ser submetido a responsabilização como imputáveis, inimputáveis ou medida de segurança, além da possibilidade de internação em Hospital de Custódia com tratamento psiquiátrico, pela multiplicidade dos fatos.

A aplicabilidade penal no caso em questão é bastante controversa como mostra os julgados no presente trabalho. No Brasil, a semi-imputabilidade é considerada a melhor forma de aplicação da responsabilidade penal desses agentes. Por não ter lei ou doutrinamento específico, direcionado a esses casos, cabe ao juiz definir a responsabilidade penal dos psicopatas, por isso, é necessário a análise e estudo de cada caso para a melhor aplicação das sanções penais.

As punições submetidas aos psicopatas não os frustram e não surtem efeitos necessários para a ressocialização na sociedade; são agentes que necessitam

de leis, estruturas e mecanismos adequados para a eficácia de sua própria responsabilização penal. O amparo de estudos na área facilita essa responsabilidade dos psicopatas, tornando possível a melhor definição para o cumprimento de pena destes.

4. REFERÊNCIAS

AMBIEL, R. A. M. Diagnóstico de psicopatia: a avaliação psicológica no âmbito judicial. 2006.

BRASIL. Código Penal. 19º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CLECKLEY, H. *The mask of sanity* (5th ed.). St. Louis: Mosby, 1941.

CLECKLEY, H.M. *The Mask of Sanity*. St. Louis: Mosby, 1941. Disponível em <www.cassiopaea.org/cass/sanity_1.Pdf>. Acesso em: 10 junho 2019.

DAVOGLIO, T. R.; DE LIMA ARGIMON, I. I. Avaliação de comportamentos antissociais e traços psicopatas em psicologia forense. *Avaliação Psicológica: Interamerican Journal of Psychological Assessment*, 2010.

FRANÇA, G. V. *Medicina legal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

GARRIDO, V. *O Psicopata: um Camaleão na Sociedade Atual*. São Paulo: Paulinas, 2005.

GONÇALVES, R. A. *Personalidade: O lado anti-social*. *Psychologica*, 1999.

GONÇALVES, V. *Curso de Direito Penal: parte geral*, vol. 1. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HARE, R.D.; NEUMANN, C.S. *Psychopathy as a clinical and empirical construct*. *Annual Review of Clinical Psychology*, 2008.

HAUCK FILHO, N.; TEIXEIRA, M. A. P.; DIAS, A. C. G. *Psicopatia: o construto e sua avaliação*. *Avaliação Psicológica: Interamerican Journal of Psychological Assessment*, 2009.

JUNG, F. H. Avaliação psicológica pericial: áreas e instrumentos. Revista Especialize On-line IPOG-Goiânia–Edição Especial, 2014.

LILIENFELD, S. O. Conceptual problems in the assessment of psychopathy. *Clinical Psychology Review*, 1994.

LOPES, J. L. A psiquiatria na época de Freud: evolução do conceito de psicose em psiquiatria. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, 2001.

LYKKEN, D. T. *The antisocial personalities*. Hillsdale: Lawrence Erlbaum, 1995.

MCCORD, W.; MCCORD, J. *The psychopath: An essay on the criminal mind*. New York: Van Nostrand Reinhold, 1964.

MONTEIRO, S. C. M.; FREITAS, V. H. C.; SOARES, V. M. **Análise da psicopatia sob o ponto de vista psicológico e jurídico**. 2014. Disponível em: <<https://stefanocmm.jusbrasil.com.br/artigos/112095246/analise-da-psicopatia-sob-o-ponto-de-vista-psicologico-e-juridico>>. Acesso em: 21 maio 2019.

MORANA, H. C. P.; STONE, M. H.; ABDALLAFILHO, E. Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, 2006.

RODENBUSCH, B. M. Responsabilidade Penal do Psicopata: Um olhar sobre a perspectiva jurídico-penal e seus aspectos psicológicos. (RE) *Pensando Direito*, 2018.

ROVINSKI, S. L. R. *Perícia Psicológica na Área Forense*. Em: J.A.Cunha, *Psicodiagnóstico V*. 5ª ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

ROVINSKI, S. L. R.; ELGUES, G. Z. Avaliação Psicológica na Área Forense: Uso de Técnicas e Instrumentos. *Anais do III Congresso Ibero Americano de Psicologia Jurídica 1999*. Disponível em <http://www.bvs-psi.org.br/> acessado em 22/05/2019.

SHINE, S. K. *Psicopatia*. Casa do Psicólogo, 2000.

SOEIRO, C.; GONÇALVES, R. A. O estado de arte do conceito de psicopatia. *Análise Psicológica*, 2010.

VASCONCELLOS, S. J. L. O bem, o mal e as ciências da mente: do que são constituídos os psicopatas. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2014.

WILKOWSKI, B.M.; ROBINSON, M.D. Putting the brakes on antisocial behavior: secondary psychopathy and post-error adjustments in reaction time. *Personality and Individual Differences*, 2008.

[1] Mestre em Psicologia (UFSC). Especialista em Saúde da Família (UFSC) e em Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes (USP). Atualmente é professora de Psicologia Forense no curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo, psicóloga responsável pelo Núcleo de Apoio ao Discente, Docente e Egresso (NADDE) desta instituição, e Diretora Acadêmica. Psicóloga. Email: dir.acad@fasec.edu.br

AS REFORMAS POLÍTICAS E SUAS IMPLICAÇÕES NO NORMATIVISMO JURÍDICO BRASILEIRO: FINANCIAMENTO PARTIDÁRIO E CLIENTELISMO NO BRASIL

MARIA LAURA PEREIRA DA SILVA:

Graduanda do Curso de Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

RESUMO: Trata sobre como se dão as políticas partidárias em um país onde as campanhas eleitorais podem ser financiadas com dinheiro particular. Faz uso da metodologia de pesquisa bibliográfica, tendo como um dos objetivos realizar uma breve aproximação semântica de conceitos-chave como o conceito de clientelismo, de teoria dos jogos, de grupos de pressão e de tecnocracia. Também tem como objetivo realizar uma aproximação empírica da realidade para depois explicitar problemas trazidos por esse sistema de financiamento, principalmente no âmbito político. Finalmente, apresenta a reforma proposta pelo Senado Federal e as possíveis mudanças no jogo político brasileiro.

Palavras-chave: Política. Partidos. Clientelismo. Reforma. Financiamento, Eleitoral.

ABSTRACT: This is about how are given the party policies in a country where political campaigns can be financed with private money. It makes use of methodology literature, having as a goal to perform a brief discussion of the semantics of key concepts such as the concept of clientelism, game theory, pressure groups and technocracy. It also aims to conduct an empirical approximation of reality and then explain the problems brought by this system of financing, particularly in the political sphere. Finally, present the reform proposed by the Senate and the possible changes in the Brazilian political game.

Keywords: Policy. Parties. Clientelism. Reform. Funding. Electoral.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aproximações Conceituais; 2.1 O clientelismo no Brasil; 2.2 Grupos de pressão vs partidos políticos; tecnocratas; 3. Uma aproximação empírica da realidade; 4. Financiamento Eleitoral; 4.1 Teoria dos Jogos; 4.2 Inputs x Outputs; 5. A reforma; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Reforma Política organizada pelo Senado Federal brasileiro tem como um de seus objetivos acabar com o financiamento privado das campanhas e instaurar o financiamento público, com a finalidade de reduzir a corrupção política e a

desigualdade que há entre os partidos e candidatos que possuem uma base esquerdista e ideológica e os partidos conservadores, detentores do poder e apoiados pelo capital e pela mídia.

Nas palavras do Senador Jorge Viana: “É uma satisfação que nós vamos dar para o eleitor, de limitar os gastos nas campanhas para que aqueles que têm propostas ideológicas possam disputar, pelo menos com alguma condição, com aqueles que só sabem fazer campanha gastando muito.”.

Na Reforma está depositada a esperança de minimizar a corrupção e o jogo de favorecimentos que é a política brasileira, de parear candidatos com níveis de poder econômico diferentes e de dar mais transparência ao eleitor quanto ao dinheiro gasto nas campanhas.

2. APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS

2.1. O Clientelismo no Brasil

Para facilitar a compreensão do texto e delimitar melhor certas definições, é necessário fazer uma aproximação semântica de alguns conceitos para depois partir para a argumentação.

O clientelismo é um conceito que possui uma vasta gama de interpretações, mas que sempre convergem em um ponto: é uma troca de bens entre o *patron* (sem tradução para o português, mas pode ser entendido de uma forma mais simples como o “coronel”, aquele que detêm o controle sobre o jogo de favores) e o *cliente*.

Para Carvalho (1999, p. 134), clientelismo é “um tipo de relação entre atores políticos que envolve concessão de benefícios públicos, na forma de empregos, vantagens fiscais, isenções, em troca de apoio político sobretudo na forma de voto”.

O oferecimento de vantagens políticas é uma das características marcantes do clientelismo; é através desse mecanismo de favorecimento que os interessados garantem a manutenção do sistema de favores e a perpetuação dos políticos no poder.

Uma outra característica pertinente ao clientelismo é oferecida por Edson Nunes:

O clientelismo é mais do que uma simples característica, é todo um sistema de redes que ocupam o lugar que o Estado não ocupa e que não tem presença. Ele diz que aqui no Brasil, veio toda uma lógica completamente particular que combina

elementos e traços de sistema capitalista e não capitalista. (NUNES, 1999).

Nunes apresenta mais uma característica que define muito bem o conceito, a sua capacidade de formar um sistema complexo de relações, que age na surdina, encoberto ou à revelia do Estado, que acaba por corromper o sistema de votos e aniquilar a confiança do eleitor no sistema político. A passagem de Edson Nunes remete à velha máxima do *jeitinho brasileiro*, passando a ideia de um país periférico, atrasado, que ainda não possui maturidade suficiente para valorizar o bem coletivo sobre o bem privado. Por fim, Eli Diniz afirma que o clientelismo é um sistema que vem se aprimorando, ficando mais complexo e se transformando em uma verdadeira máquina política reguladora das ações políticas.

2.2. Grupos de Pressão x Partidos Políticos; Tecocratas

É importante fazer a distinção entre os grupos de pressão, de onde surgem demandas que pressionam os políticos e os partidos, que também originam demandas, porém estas se diferem muito daquelas. Para isso, Paulo Bonavides é de extrema importância quando compara os grupos de pressão e os partidos políticos em sua obra:

Tanto os partidos políticos como os grupos de pressão têm em comum a nota característica de constituírem categorias interpostas entre o cidadão e o Estado, servindo de laço de união e ponte ou canal entre ambos. O partido político do mesmo modo que o grupo de pressão conduz interesses de seus membros até as regiões do poder aonde vão em busca de uma decisão política favorável. (BONAVIDES, 2010).^[1]

Logo em seguida, completa a comparação com as diferenças entre ambos:

a) o partido procura conquistar o poder e seus objetivos políticos são permanentes, ao passo que o grupo de pressão [...] atua apenas transitoriamente sobre o poder com uma intransferência política que se exaure na adoção da lei ou da medida do poder público pleiteada, para atendimento de um interesse ou pretensão; ali, tomada do poder, aqui, mera influência sobre o poder; b) no partido, a perspectiva política é global, [...] ao passo que no grupo essa perspectiva ou função é unicamente parcial; c) o partido, de preferência, estaria volvido para o interesse geral, os grupos para

interesses particulares de seus membros nem sempre coincidentes com aquele; d) o partido pela sua natureza mesma se apresenta apto a generalizar os particularismo, ao passo que os grupos pela sua índole tendem a impor um interesse particular ou a potencializar a unilateralidade de uma representação de interesses. (BONAVIDES, 2010).

Tão importante quanto a distinção entre partidos políticos e grupos de pressão é a caracterização do tecnocrata para Bonavides:

O tecnocrata se identifica em seu comportamento por uma certa incompatibilidade aos aspectos mais humanos da questão social . Fica-se com a impressão de que o seu raciocínio se encarcera em fórmulas matemáticas e o mundo que vive está morto para os seus cálculos. A economia pura e abstrata é o reino onde traça esquemas frios de planificação, que não raro vão despedaçar-se ao encontro da realidade irônica onde as relações sociais não são tomadas na devida conta e em consequência acabam por oferecer um quadro de vingança espelhado em fracassos retumbantes (BONAVIDES,2010)

A caracterização dos grupos de pressão e dos tecnocratas por Paulo Bonavides é pontual e representa muito bem a realidade brasileira, onde grandes percentuais das decisões políticas são baseadas na pressão de determinados grupos ou no calculismo frio de certas pessoas.

3. UMA APROXIMAÇÃO EMPÍRICA DA REALIDADE

Cada dia mais, os representantes políticos que atuam no Senado Federal e na Câmara dos Deputados e também os da esfera executiva atendem a fins que não foram propostos originalmente por eles, como legislar e governar em favor do povo. Pode-se dizer que, em grande parte das vezes, o local de tomada das decisões políticas mais importantes no Brasil se encontra fora de Brasília; o poder de decisão que passa do povo para os políticos, está sendo repassado para aqueles que financiam as campanhas dos candidatos às eleições; o poder público está se tornando poder privado, degenerando o sistema. Para analisar a situação mais a fundo, é preciso observar a questão desde a campanha eleitoral do político.

Para que possa ter maiores chances de ser eleito, ele necessita de uma boa campanha, que nem sempre é aquela feita de ideias boas ou revolucionárias. Atualmente, as chamadas “boas campanhas” são aquelas constantemente divulgadas pela mídia e que custam uma grande quantia em dinheiro e que favoreçam a eleição do candidato ao invés de propor soluções aos problemas que assolam a comunidade.

Muito dinheiro que deveria ser usado para apresentar e solucionar conflitos acaba por gerá-los, como se pode observar a cada temporada de eleições no Brasil: uma quantidade enorme de tempo e esforço das comissões organizadoras das campanhas é gasta na investigação do passado dos adversários, na acusação e troca de farpas, na elaboração de pesquisas que não correspondem ao real, enfim, gasta-se muito maquiando os interesses do candidato, escondendo suas ilicitudes em detrimento do essencial numa campanha política, as propostas de mudança da realidade.

Além disso, outra parte do montante do capital é gasta na compra de votos, no caso de políticos que desejam manter-se no poder. Enfim, não há espaço no cenário político brasileiro para candidatos com ideias inovadoras na cabeça e nenhum dinheiro no bolso.

4. FINANCIAMENTO ELEITORAL

A respeito do financiamento da campanha, Speck diz:

Na teoria da democracia representativa, as eleições restringem-se à competição pelos votos dos eleitores. Na prática, o processo de comunicação entre candidatos e eleitores envolve recursos consideráveis e a competição eleitoral passa a ser também uma competição pelo apoio material à campanha para suprir esta demanda. (SPECK, 2003).

Ou seja, para que o candidato possa aproximar-se do eleitor, deve primeiro adquirir apoio material, leia-se dinheiro. Para obter esse financiamento, os políticos podem pedir auxílio aos partidos políticos aos quais estão filiados, caracterizando o financiamento público da campanha. Mas o que ocorre na prática é o financiamento particular, já que a nossa Constituição atualmente permite esse tipo de financiamento, como mostra Speck.

Após um período de razoável imutabilidade durante a República Populista e o Regime Militar, a redemocratização trouxe várias alterações da legislação do financiamento de partidos e eleições [...]. A legislação foi modificada, permitindo

agora as doações de empresas dentro de certos limites e posteriormente ampliando o financiamento público das campanhas. No entanto, as irregularidades posteriores fizeram com que o debate sobre o financiamento adequado (campanhas eleitorais) e partidos permanecesse atual até hoje. (SPECK, 2003).

Esse sistema de financiamento traz uma série de consequências negativas para os políticos financiados, para o povo e para o próprio sistema político brasileiro: os políticos acabam passando grande parte do tempo que estão no poder, realizando os interesses de grupos de pressão e de tecnocratas (seus financiadores), pagando o que lhes devem, não cumprindo o seu dever de legislar e governar em favor do povo e transformando o sistema em um grande jogo de favorecimentos, em uma grande relação clientelista, onde os eleitores são comprados durante a eleição e esquecidos após a votação.

O mandato político, que deveria ser público, acaba sendo privatizado quando atende os interesses e favorecimentos dos grupos de pressão, fazendo surgir uma interpenetração do espaço público e privado, o que acaba por gerar uma crise na legitimidade do poder, que deveria ser do povo, mas acaba sendo controlado por aqueles que possuem capital e influência suficiente para manipular o jogo político.

4.1 Teoria dos jogos

Tendo em vista a nova trama política que deverá surgir com a mudança para o financiamento exclusivamente público de campanha, as ações dos partidos políticos provavelmente seguirão outros rumos. A mudança de comportamento dessas instituições baseia-se numa tentativa de manter alguns objetivos em detrimento a tantos outros, mas acima disso, prevendo, ao mesmo tempo, os objetivos almejados por outros partidos políticos para buscar uma postura que se mostre mais palatável ao gosto daqueles que, tanto irão eleger os representantes, quanto aqueles que agora estariam presentes no processo do financiamento de campanha. A deslocada do eixo do privado para o público faz com que o enlace político se modifique, processo este que se caracteriza na chamada "Teoria dos Jogos", como diz Adriano Moreira sobre o conceito:

Este critério de razoabilidade implica portanto ter presente o confronto da racionalidade situada de quem decide e da racionalidade situada de quem se lhe opõe. As situações de conflito, por exemplo, a guerra, ou as

competições entre partidos ou grupos de interesses, são aquelas em que esta necessidade se torna mais evidente. A decisão, tomada segundo os critérios de racionalidade situada ou razoabilidade do responsável, tem de incluir, entre os seus dados, a racionalidade situada ou razoabilidade do adversário, se a previsão da resposta eventual deste for tomada em conta no processo decisório. Foi precisamente esta noção de que, em regra, a decisão política tem um oponente que também toma decisões, e que eventualmente luta pela supremacia em relação a mesma sociedade global ou com objetivo oposto, que levou a desenvolver a chamada teoria dos jogos numa perspectiva racionalista. (MOREIRA, 1979).

A Teoria dos Jogos é utilizada para compreender as decisões tomadas pelos atores num determinado plano, nas quais elas são racionais, visando aumentar os benefícios e diminuir os custos. Importada da matemática, essa teoria busca a melhor solução estratégica num meio de disputa com diversos participantes, possibilitando atingir um ponto de equilíbrio. Dentro do contexto político, Adriano Moreira destaca que mesmo a não eleição pode não ser considerada uma derrota diante dos objetivos almejados por aquela ala política.

É necessário estudar formalmente as expectativas racionais do comportamento que será adotado pelo adversário, um dado que é fundamental no processo racional de decisão. No jogo (político) os jogadores (intervenientes) têm certos recursos (poder) e procuram ganhar (objetivo). Uma das características especiais do processo é admitir que pode não haver perdedores: o exemplo corrente é o da eleição em que um dos partidos quer o Poder, e o outro apenas quer afirmar a sua legitimidade de representação no Parlamento, pelo que ambos podem realizar os seus objetivos.

Essa teoria prevê critérios valiosos quando colocadas frente a situações simples, pois ajuda a analisar a situação de forma sistemática. O decorrer de uma campanha e seus aspectos geralmente são analisados pela Teoria dos Jogos, tendo

como base as alianças, estratégias e também o compromisso com os contratos. Com isso, podemos melhor observar como os partidos políticos e os candidatos agem para buscar o poder político e tomar posse de cargos.

Neste sentido, caso se concretize a mudança do financiamento partidário para a esfera pública exclusivamente, todo enlace político sofrerá uma ruptura e terá de se modificar se o objetivo ainda deseja ser alcançado. O “controle” do financiamento eleitoral provocará uma espécie de dívida com o novo contratante. Uma das grandes justificativas para esta mudança seria o repasse de instituições privadas para financiar as campanhas políticas, levando assim a um “compromisso futuro” entre o governo (caso o partido fosse eleito) e essa instituição, fomentando assim um dos maiores problemas do Brasil, a corrupção.

Mas o financiamento público também não é a solução de todos os problemas, como indica essa teoria dos jogos. As situações de interesse continuarão a ocorrer, então terá de haver uma forma de essas doações serem efetuadas. A mais provável é “por debaixo do pano”, ou seja, o famoso “caixa-dois”. O problema da corrupção também entra na base de cálculo da teoria dos jogos.

Um fato como esse, ocorrendo ou não, o dinheiro público será repassado para financiar as campanhas eleitorais, dinheiro do contribuinte, o que levará a uma corrente crise de legitimidade debilitando a já desgastada imagem da política no país.

Entretanto, não podemos tirar conclusões precipitadas acerca dessa temática nos valendo dessa demonstração da teoria dos jogos, visto que sempre haverá novas variantes que interferirão no cálculo da tomada de decisão e no desenrolar dessa situação após uma possível aprovação do financiamento público de campanha.

4.2. Inputs x outputs

Em meio a essas especulações, a mudança do financiamento misto (com grande domínio do privado) de campanha para o financiamento exclusivamente público traz como certeza algo definidor para a política: a mudança das demandas, e, conseqüentemente, das respostas que o sistema governativo irá enviar a sociedade.

Desse modo, essa nova disposição que a reforma política poderá impor gerará uma reviravolta no foco das campanhas partidárias, já que os referenciais, de certa forma, foram modificados, o que levará a algumas dificuldades no contexto político. Moreira explicita muito bem em sua fala como é analisado o sistema *input x output* diante de um novo rearranjo na área:

Os modelos da ciência econômica, a comunicação permanente entre os subsistemas do sistema social é analisada num quadro de input-output que procura ajudar a analisar os fatores que cada subsistema recebe dos outros (input) e o que em troca lhes oferece(output). [...] Os reais problemas surgem quando, perante um modelo concreto em exame, se trata de saber como é que se processam as trocas inputs-outputs, como é que o modelo enfrenta os desafios do ambiente, que procedimentos asseguram o equilíbrio, a ordem, a estabilidade do sistema, e quais os modificam, o disfuncionam, e finalmente os matam. (MOREIRA, 1979)

Assim, a nova perspectiva obrigará, caso este tópico seja aprovado, a uma mudança de pensamento nos partidos políticos e na estratégia de campanha: instituições particulares, pessoas físicas e pessoas jurídicas doam recursos para as campanhas. Assim o destinatário da campanha eleitoral passa a ser, num primeiro momento, a essas instituições, pois elas que serão as principais responsáveis pela decolada da campanha; no caso do financiamento exclusivamente público, a forma de subsidio é recurso advindo da captação de tributos, o que é parte dos dinheiros dos contribuintes, e que agora passariam a ser direcionadas para os partidos políticos. Não se aceita doação privada, como forma de tentar diminuir a crise de legitimidade provocada pelo que seria o caixa-dois.

Com isso, o foco político, na teoria, seria alterado, pelo fato de a reforma, no que tange esse tópico, não possibilitar sob nenhuma hipótese prevista em lei a arrecadação de recursos de corpos privados: as estratégias de campanhas deveriam ser modificadas devido ao *input*, e conseqüentemente, uma modificação nos *outputs*, já que não haveria condições legais de haver algum acordo que extrapolasse os interesses públicos.

5. A REFORMA

A reforma política é um instrumento que possibilita maior participação popular dentro do ordenamento de um país, é um processo, cujas mudanças se dão de forma progressiva buscando a democratização da política. Acerca disso, Paulo Bonavides comenta:

Consiste a reforma num conjunto de providências de alcance social e político e econômico, mediante as quais, dentro duma "moldura de fundamentos inalteráveis", se faz à redistribuição das parcelas de participação das distintas classes sociais. Com a reforma, se se corrigem distorções do sistema e de regime, atende-se ao bem comum, propicia-se a paz social, distribui-se mais justiça entre classes ressentidas e carentes.

Apesar de toda sua relevância para o quadro político-social e o tema da Reforma Política estar em pauta desde o advento da Constituição de 88, devido a grande quantidade de fragilidades e falhas no sistema político-eleitoral brasileiro.

As diversas análises observam inúmeros tópicos previstos na legislação eleitoral que necessitam de mudanças visando o aperfeiçoamento da democracia no nosso país. Diante disso, destacam-se cinco temáticas que principais: Sistema Eleitoral Proporcional; Ausência de Cláusula de Desempenho/Barreira para os partidos políticos; As campanhas Eleitorais e seu Funcionamento; A Infidelidade Partidária; e o Financiamento da Atividade Política no País, por meio do financiamento dos partidos políticos e/ou das campanhas eleitorais.

O sistema brasileiro de financiamento de campanhas políticos, hoje, no Brasil, pode ser classificado como "misto", mas com grande predominância do setor privado. Então para suprir as despesas de campanha, o candidato pode usar tanto dinheiro privado quanto públicos, no seu eleitorado. No nosso país, os recursos de origem privada são claramente superiores nas campanhas de qualquer tipo, mais visível naquelas de destaque eleitoral. Com isso verifica-se que as eleições no Brasil são caracterizadas e até decididas pelo quesito econômico, apesar de o artigo 14 da Constituição de 88 que determina a proteção da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico.

Acerca disso, Carlos Veloso, ministro do Tribunal Superior Eleitoral afirma:

Não haverá democracia nem República sem a igualdade. Esta é inerente à democracia e a República. De modo que é por isso mesmo que a Constituição várias vezes proclama o princípio da igualdade. Penso que o poder econômico, justamente realizando o desequilíbrio entre os candidatos, torna irreal o princípio isonômico, assim tornando ilegítima a disputa eleitoral. (VELOSO, 2001)

A partir desta perspectiva, o tema da Reforma Política, com destaque (neste artigo) ao financiamento partidário, deve ser discutido até que se encontrem soluções que possam resolver os males que assolam a política eleitoral deste país, com o objetivo tanto de melhorar a operacionalização do sistema, quanto ajudar o país a se reerguer de uma crise de legitimidade, e só assim poder avançar democraticamente rumo a uma posição fixa de destaque na órbita política.

6 CONCLUSÃO

A partir da análise da Reforma, num contexto mais amplo, e do financiamento partidário hoje e na proposta pendente, percebemos que o problema no setor eleitoral no Brasil não se resume apenas a legislação (que por si só já traz muitos problemas), mas é apenas um pedaço de um problema que assola todo o cenário político do nosso país, pois as práticas partidárias, inclusive o financiamento da forma a qual vem acontecendo são frutos de uma estrutura que muito antes clamava por mudanças.

Observamos também que o caminho que as reformas querem nos levar distoa em muito do conceito de democracia e as mudanças vão ser apenas superficiais e é quase impossível se chegar em um consenso quanto a uma solução.

Para que possamos chegar em uma reforma que realmente faça a diferença, melhorando o sistema político brasileiro, devemos nos voltar a fonte do problema, que está fundamentado a uma prática política arcaica. Apenas dessa forma, teremos soluções eficientes para os problemas que estão em pauta na Reforma Política.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, C.W. Proibição fantasiosa. Folha de S. Paulo, São Paulo, 19 jun. 2007. Tendências e Debates, p.A3.

BARBOSA, Caroline Vargas. O financiamento público de campanha político-partidária e a crise de representatividade contemporânea. Análise à luz de aspectos constitucionais. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3029, 17 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20234>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 550 p.

CASSEB, Paulo Adib . Financiamento público de campanha. In: Alberto Rollo. (Org.). Reforma política uma visão prática. São Paulo: Iglu, 2007, v. , p. 55-70.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4.634/2009*. Autor: Poder Executivo. Data de apresentação: 10/02/2009 Ementa: Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, para dispor sobre financiamento dos partidos políticos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/632489.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2009.

DE MELO, Maria Aparecida Paoliello. **Financiamento Público de Campanhas Eleitorais**. Arcos. Belo Horizonte. 2008. Disponível em <<http://www.arcos.org.br/artigos/financiamento-publico-de-campanhas-eleitorais/>>. Acesso em: 30 out. 2011.

DINIZ, Eli. **Voto e máquina política: Patronagem e Clientelismo no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982.

MOREIRA, Adriano. **Ciência Política**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009. 511 p.

NUNES, Edson. **A gramática política no Brasil**, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1999.

SPECK, Bruno Wilhelm. A Compra de Votos – Uma Aproximação Empírica. **Opin. Publica**, Campinas, v. 9, n. 1, maio, 2003.

VELOSO, Carlos In: COSTA, Homero de Oliveira. **A Reforma política no Brasil & outros ensaios**. Natal: Sebo Vermelho: 2001. p.36

NUNES, Edson. **A gramática política no Brasil**, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1999

A (IN) EFICÁCIA DOS PROGRAMAS DE RESSOCIALIZAÇÃO OFERTADOS NO CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO DE PALMAS/TO - CASE, SOB A ÓTICA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA

JANE ALVES DE SOUSA: Acadêmica de Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

SIBELE LETÍCIA RODRIGUES DE OLIVEIRA BIAZOTTO

(Orientadora)^[1]

RESUMO: Neste artigo, investiga-se a (in)eficácia dos programas de ressocialização ofertados no Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas/TO – CASE, sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que dispõe sobre a proteção integral dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. O objetivo deste estudo consiste em analisar se as políticas públicas implementadas por meio do programa de ressocialização no CASE de Palmas/TO contribuem significativamente para o resgate do adolescente, proporcionando sua reintegração social no âmbito familiar e na sociedade, ou seja, se há eficácia na redução dos índices de reincidência do adolescente em conflito com a lei. Para o desenvolvimento deste artigo, fez-se necessária, além da pesquisa bibliográfica e descritiva, a pesquisa quantitativa para averiguar a eficácia da ressocialização por meio de análise de dados de reincidência ocorridos no CASE de Palmas/TO. Os dados apontam que é necessário implementar políticas públicas de ressocialização do adolescente nesses programas ofertados no CASE Palmas/TO para que a educação e a profissionalização sejam ferramentas primordiais na construção desse novo cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: ECA; adolescente; ressocialização; eficácia; CASE.

THE INEFFECTIVENESS OF THE RESOCIALIZATION PROGRAMS OFFERED AT THE SOCIO-EDUCATIONAL SERVICE CENTER OF PALMAS/TO — CASE, UNDER THE PERSPECTIVE OF THE STATUTE OF THE CHILD AND THE ADOLESCENT - ECA.

ABSTRACT: In this article, we investigate the ineffectiveness of the resocialization programs offered at the Socio-educational Service Center of Palmas/TO – CASE, under the perspective of the Statute of the Child and the Adolescent - ECA, which provides for the full protection of the rights of the child and adolescent. The

objective of this study is to analyze if the public policies implemented through the Socio-educational Service Center of Palmas/TO significantly contribute to the rescue of the adolescent, providing their social reintegration in the family and society, that is, if there is effectiveness in reducing the recidivism rates of adolescents in conflict with the law. For this article's development, in addition to the bibliographic and descriptive research, the quantitative research was necessary to ascertain the effectiveness of the adolescent's resocialization in these programs offered in the Palmas/TO's CASE. The data indicate that it is necessary to implement public policies for the resocialization of the adolescent in these programs offered in the Palmas/TO's CASE, so that education and professionalization are primordial tools in the construction of this new citizen.

KEYWORDS: ECA; adolescent; resocialization; efficiency; CASE.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações gerais sobre o menor infrator. 3 Medidas socioeducativas e ato infracional. 4 Menores infratores do centro de atendimento socioeducativo de Palmas/TO. 5 Considerações finais. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista a necessidade de programas de ressocialização que reeduquem e ressocializem menores infratores, este artigo parte do pressuposto de investigar a eficácia dos programas de ressocialização ofertados no Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas/TO – CASE, conforme são estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Importante destacar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado pela Lei n. 8.069/1990, foi um marco legislativo na ordem jurídica brasileira. No presente Estatuto, estão dispostas as medidas socioeducativas, as quais foram propostas pelo legislador como instrumentos a serem aplicados aos adolescentes que praticarem atos infracionais.

Vale ressaltar que essa Lei prevê seis modalidades socioeducativas, quais sejam: advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação.

Nesse sentido, além da proteção integral à criança e ao adolescente, estes devem ser tratados como sujeitos de direitos com o desenvolvimento de uma nova

política de atendimento. Entretanto, acontece que, infelizmente, na prática, muitos equívocos ocorrem, e as medidas que primordialmente deveriam ter um caráter educativo e pedagógico se restringem a mero caráter sancionatório e punitivo, tornando-se raras as experiências exitosas dessas medidas na consecução de seus objetivos.

Diante desse panorama, compreende-se que o sistema de atendimento socioeducativo precisa ter como requisito fundamental o planejamento, o controle e a avaliação das políticas de forma integrada e contínua, a fim de que se obtenha êxito na execução das medidas socioeducativas.

Destarte, pretende-se no decorrer desta pesquisa investigar quais são os programas de ressocialização oferecidos no Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas/TO – CASE; compreender como as ações de ressocialização são desenvolvidas; e, por fim, analisar se os programas ofertados estão sendo eficazes na redução do índice de reincidência do adolescente em conflito com a lei.

Para tanto, o método adotado neste artigo foi o estudo de caso descritivo realizado por meio de pesquisa quantitativa e qualitativa.

Este artigo se justifica em virtude de sua relevância socioeducativa, pelo compromisso ético que todo representante do direito deve ter com a justiça e pela busca incessante da melhoria do sistema socioeducativo, com o intuito de garantir uma sociedade mais justa e igualitária para crianças e adolescentes.

Assim sendo, o trabalho está dividido em partes: esta introdução, em que se contextualiza o estudo; em seguida, há a exposição do panorama histórico das legislações do menor infrator e as medidas socioeducativas, dando ênfase ao Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, por ser objeto de estudo deste trabalho, perpassando pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE); logo após, são expostas as medidas socioeducativas e ato infracional, apontando a finalidade de tais medidas e explanando sobre as seis medidas socioeducativas elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, foco deste estudo; segue-se explanando sobre a (in)eficácia dos Programas de Ressocialização ofertados pelo Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas/TO – CASE, expondo os pontos controversos no que tange à sua aplicabilidade. Por fim, são feitas as considerações finais e indicadas as referências bibliográficas do estudo.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O MENOR INFRATOR

Há um crescente número de crianças e adolescentes praticando atos infracionais, e estudiosos da área e especialistas em segurança pública apontam que um dos maiores responsáveis pelo aumento das estatísticas dos atos infracionais é o tráfico de drogas. Assim, é importante que o Estado tenha um olhar mais atencioso para com esses jovens, pois,

Mesmo com tantos direitos inerentes à criança e ao adolescente, na atualidade, vem acontecendo uma onda de marginalização e eventos envolvendo os 'menores' no Brasil, deixando a sociedade apreensiva com as atitudes das crianças e adolescentes que, ao longo do tempo, vêm aumentando as estatísticas e os índices de criminalidades. Acredito que o enunciado acima, seja culpa de uma sociedade que virou as costas para essa população juvenil do Brasil. Não basta somente criar leis, se a sociedade, por meio do Estado, não fiscaliza e não dá as garantias para o cumprimento das regras criadas por ela mesma, para prevenir e coibir os atos negativos dos menores, independentemente de sua origem e culpa (ROCHA, 2015, p. 9).

Nesse sentido, discorrer sobre ressocialização do menor infrator é de suma relevância social, uma vez que a violência de criança e adolescente alcança um patamar elevado nas estatísticas do crime. Assim, faz-se necessário compreender o perfil desse menor infrator, as medidas socioeducativas e como funciona o Centro de Atendimento Socioeducativo, no caso deste estudo, o CASE de Palmas/TO.

Com o intuito de compreender melhor o panorama histórico do menor infrator, fizemos um breve e genérico recorte histórico, evidenciando algumas fases importantes, analisando os diversos grupos e instituições que acolhiam os menores "desvalidos", como já foram tratados.

Começamos o estudo antes da Independência do Brasil. Naquela época, os Jesuítas eram representantes da Igreja Católica e seguiam as determinações de Portugal, cuja missão era catequizar as crianças ameríndias e transformá-las em pessoas dóceis, de acordo com os padrões portugueses. Rizzini e Pilotti (2009, p. 18) afirmam que,

Mesmo depois da Lei do Ventre Livre, em 1871, a criança escrava continuou na mão dos senhores, que tinha a opção de mantê-la até os 14 anos, podendo, então, ressarcir-se dos seus gastos com ela, seja mediante seu trabalho gratuito até os 21 anos, seja entregando-a ao Estado, mediante indenização.

No entanto, apesar das Leis e determinações que previam a abolição, era cômodo para os Senhores colonos manter as crianças escravas trabalhando, tendo em vista que seu árduo trabalho ou venda atrairia bons lucros. Vale ressaltar que a maioria desses menores morriam facilmente pelos maus tratos e péssimas condições em que viviam.

Conforme Rizzini e Pilotti (2009), a Santa Casa de Misericórdia era financiada pelas Câmaras Municipais, na qual as crianças recebiam a proteção da Igreja Católica. Nela se trabalhava com um método europeu denominado Roda dos Expostos e tinha como objetivo acolher as crianças que eram deixadas na roda por mães não identificadas, pois estas apenas sinalizavam por meio de uma campainha que tinham deixado criança na roda.

Cabe aqui destacar que a primeira Casa foi construída na Bahia, na década de 1726, onde as crianças eram cuidadas até aos sete anos de idade. A partir daí, essa criança ficava à "mercê da determinação do juiz, que decidia sobre seu destino de acordo com os interesses de quem o quisesse manter" (RIZZINI; PILOTTI, 2009, p. 19).

No período de 1840, foram instituídas as Companhias de Aprendiz, designadas para recolher crianças pobres abandonadas e os delinquentes encaminhados pela polícia.

Quanto à família que viviam em situações de vulnerabilidades, criou-se um mito a seu respeito, enfatizando que não eram capazes de cuidar de seus filhos, fortalecendo a ideia de intervenção do Estado, dessa forma,

O mito criado em torno da família das classes empobrecidas serviu de justificativa para a violenta intervenção do Estado neste século. Com o consentimento das elites política da época, juristas delegaram a si próprio o

poder de suspender, retirar e restituir o Pátrio Poder, sempre que julgassem uma família inadequada para uma criança (RIZZINI; PILOTTI, 2009, p. 25).

Enfim, quanto ao Estado, o marco de sua atuação foi a criação do Serviço de Assistência a Menores – SAM, no período de 1941, o que ocasionou uma estreita relação entre o público e privado, contribuindo para um clientelismo marcado por corrupções.

Após os marcos acima elucidados, cabe aqui destacar, dentre outros, a Criação da ONU, em 1945; do UNICEF, na década de 1946; a Aprovação da Declaração Universal dos Direitos da Criança, no período de 1948; a criação da FUNABEM, na década de 1964; da Sementes da Convenção dos Direitos da Criança, em 1978; da Instituição do Ano Internacional da Criança, em 1979; também em 1979, ocorreu a Aprovação do Segundo Código dos Menores; a criação da Pastoral da Criança, em 1983; o surgimento do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, na década de 1985; a Promulgação Constituição Brasileira, ocorrida em 1988. Na sequência, houve a Aprovação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989; já na década de 1990, ocorreu a Promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a criação da Fundação Abrinq; logo após, em 1992, criação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA; e em 1995 foi realizada a I Conferência Nacional dos Direitos da Criança.

À luz da história do ordenamento jurídico no que diz respeito ao menor de idade, observa-se o longo caminho percorrido, marcado muitas vezes pela injustiça para com crianças e adolescentes, e a não garantia a esses sujeitos da proteção e do tratamento diferenciado como mereciam, visto que

A infância, e, ainda com ela a juventude, tem sido verificadas como algo cambiante no decorrer dos séculos, demonstrando concepções várias de acordo com as necessidades políticas de cada tempo e lugar, percorrendo procederes que vão do cuidado à educação, e deste ao controle ou cooptação pelo consumo e a sociedade de massa (LEAL, 2018, p. 29).

Isso não quer dizer que o regulamento jurídico era contra os costumes e as leis de cada período, mas o que faltava era eficiência judicial e, em sua doutrina, o que pudesse valorizar e atender os menores de forma peculiar e integral.

Conforme Leal (2018, p. 29), o que pode se apreender do contexto histórico acima mencionado é que a “concepção de infância não parte de questões puramente biológicas, sequer naturalmente constituídas ou ontológicas, sendo, portanto, mutáveis”. Isso nos remete a pensar que, historicamente, existe a privação ou negação dos direitos da criança e do adolescente, não proporcionado a eles um direito fundamental, que é o exercício da cidadania.

Observa-se que um dos obstáculos enfrentados pelos jovens e adolescentes era a negação de seus direitos fundamentais, até a maioridade, visto que eram considerados comparativamente seres inferiores. Nesse sentido, o reconhecimento mundial dos Direitos Humanos foi muito relevante na construção de um sistema de valores compartilhados.

No que tange às ações direcionadas à infância e juventude, merece destaque o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual conceitua criança como sujeitos de até 12 anos incompleto, e adolescente é o indivíduo que está na faixa etária entre 12 e 18 anos incompletos.

Entretanto o Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua o menor como um indivíduo incapaz de compreender e discernir a respeito do caráter ilícito do fato, não obtendo capacidade suficiente de desenvolvimento psíquico para distinguir a maneira criminosa de um fato ou ação.

Rocha (2015, p. 18) afirma que

Menor infrator é todo indivíduo que, antes de completar dezoito anos de idade, ao cometer qualquer tipo de delito classificado como ato infracional, será tratado de forma diferente do maior de dezoito anos de idade que infringe a lei, responderá por seus atos e conforme a norma específica, com medidas socioeducativas determinadas pela autoridade judiciária ou, no máximo, podendo ser apreendido por um período de três anos em unidades específicas do Poder

Estatual, pois é inimputável, não podendo responder pelos seus atos como adulto.

Partindo desses pressupostos, o art. 104 do ECA, da Lei n. 8.069/1990, dispõe que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos as medidas previstas nesta Lei”. E, em conformidade com o Código Penal brasileiro, o limite da inimputabilidade é aos 18 anos, ou seja, o adolescente não será submetido a processo criminal, mas às normas e aos procedimentos previstos em legislação especial.

Diante disso, o principal objetivo do ECA é garantir às crianças e aos adolescentes as normas de proteção integral, sustentadas pela Constituição de 1988, em seu artigo 228, o qual enfatiza que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Mesmo sendo inimputáveis, eles sofrem sanções por seus atos, uma vez que serão aplicadas as medidas socioeducativas, as quais serão analisadas na seção a seguir.

3 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E ATO INFRAACIONAL

Destarte, ao tratarmos das garantias de direito e proteção integral, não existe diferença entre criança e adolescente, no entanto, ao nos referirmos sobre a prática do ato infracional, incide a diferença quanto à aplicação das medidas.

No que tange às crianças, são-lhes reservadas as medidas de proteção, cujo tratamento pode ser estendido aos pais e/ou responsáveis, e tais medidas são de competência do Conselho Tutelar, que tem a incumbência de zelar pelos seus direitos.

Conforme o ECA, aos adolescentes são aplicadas as medidas socioeducativas, que podem ser mais rigorosas, pois, apesar da inimputabilidade do agente, tais medidas são consideradas restritivas de direitos e são feitas pela autoridade judiciária, a exemplo da privação de liberdade, ou seja, dependendo de sua conduta, o adolescente poderá vir a ter seus direitos limitados. Conforme disposto no art.101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, são medidas de proteção aplicáveis à criança e ao adolescente:

- 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;

IX - colocação em família substituta.

No que diz respeito ao acolhimento institucional, vale ressaltar que tal medida de proteção, juntamente com o acolhimento familiar, são medidas provisórias e excepcionais, prevalecendo como transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não mencionando a privação de liberdade. Além disso, o encaminhamento para uma instituição deve ser realizado por meio de uma Guia de Acolhimento, e, quando verificada a possibilidade de reintegração familiar, o responsável pelo programa de acolhimento informará a autoridade judiciária que, após dar vista ao MP, determinará o caso.

É importante tecer a seguinte observação, conforme o mencionado no artigo 100 do ECA: a escolha das medidas de proteção deverá levar em consideração as necessidades pedagógicas, enfatizando aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

No entanto, todo ato infracional praticado por criança corresponde às medidas previstas no artigo acima mencionado. Assim, podemos enfatizar nessa lei uma de suas transformações no que tange à política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente, que é a maneira como concebem os que cometem ato infracional.

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 determina o menor como inimputável, ou seja, aquele que comete crime, portanto não poderá ser aplicada pena. Sendo considerados atos infracionais, requer-se a regulação de tais atos por uma Lei específica que cuida da proteção do menor. A referida Lei foi denominada

como Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/1990, observando a previsão de medidas socioeducativas, como as tipificadas no artigo 112, quais sejam:

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 serviço à comunidade
- IV- Liberdade assistida
- V- Inserção em regime semiliberdade
- VI- Internação em estabelecimento educacional
- VII- Qualquer uma das previstas no artigo 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.

Por conseguinte, faremos uma breve análise das medidas socioeducativas acima aludidas, com o intuito de obter uma melhor compreensão de sua aplicação na prática.

Advertência

A advertência tem como propósito alertar o adolescente e seus pais e/ou responsáveis quanto às precipitações de envolvimento no ato infracional. Essa medida poderá ser aplicada sempre que houver prova da infração e indícios suficientes de autoria. Pelo caráter preventivo e pedagógico de que se reveste, deveria também se estender aos menores de 12 anos.

Reparação de danos

Poderá ser aplicada quando se referir a ato infracional com reflexos patrimoniais, assim, a autoridade judiciária poderá determinar que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou por outra forma compense

o prejuízo da vítima. Na esfera civil, os pais são os responsáveis e respondem pelo dano que o filho tenha provocado.

Prestação de serviços à comunidade

Esta consiste na prestação de serviços comunitários, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como programas comunitários ou governamentais e não governamentais. É importante ressaltar que tal medida deve ser gratuita e levada a efeito em estabelecimento de serviços públicos ou de relevância pública, governamentais ou não, federais, estaduais ou municipais. O prazo dessa medida deve ser proporcional à gravidade do ato praticado, podendo ser aplicada em qualquer dia da semana, não devendo prejudicar a frequência à escola ou a jornada normal de trabalho.

Liberdade assistida

Esta medida destina-se a acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente. O caso será acompanhado por pessoa capacitada, designada pela autoridade. Deverá ser nomeado um orientador, a quem incumbirá promover socialmente o adolescente e sua família, supervisionar a frequência escolar, discutir a profissionalização. A medida destina-se, em princípio, aos infratores passíveis de recuperação em meio livre, que estão se iniciando no processo de marginalização. A liberdade assistida, conforme o ECA, tem prazo mínimo de seis meses, com a possibilidade de ser prorrogada, renovada ou substituída por outra medida.

Semiliberdade

É admissível como início ou como forma de progressão para o meio aberto. Comporta o exercício de atividades externas, independentemente de autorização judicial. É obrigatória a escolarização e a profissionalização. Não comporta prazo determinado, devendo serem aplicadas as disposições a respeito da internação, no que couber. Deverá ser revista a cada seis meses.

Internação

É a medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Essa medida é a mais severa de todas as medidas previstas no ECA, por privar o adolescente de sua liberdade. Deve ser aplicada somente aos casos mais graves, em caráter excepcional e com a observância do devido processo legal, conforme

prescreve o ditame constitucional e o ECA. A medida em questão não admite prazo determinado e não poderá em nenhuma hipótese exceder a três anos, devendo ser reavaliada a cada seis meses, mediante decisão fundamentada. Atingido o limite de três anos, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida (art. 121, § 4º, do ECA).

Em razão da reavaliação semestral da medida, que poderá tanto permitir o reingresso do adolescente no meio familiar e comunitário ou mantê-lo afastado dele, por mais seis meses, não há de se falar em livramento condicional. A liberação obrigatória do adolescente somente deverá ocorrer quando este completar 21 anos de idade, conforme prevê o art. 121, § 5º do ECA. É importante ressaltar que a internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele ao abrigo, obedecida rigorosa a separação por critérios de idade, presença física e gravidade da infração (art. 123, ECA).

Pode-se aludir que o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA prescreve inúmeras medidas socioeducativas ao menor infrator, desde que estas sejam regidas pelo que determina seu art. 6º, qual seja: “Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Como mencionado acima, o artigo 6º do ECA significa a ruptura com práticas arbitrárias e ainda fundamentada por elementos subjetivos e preconceituosos das leis anteriores, que não consideravam o menor de forma integral, os quais eram considerados como delinquentes ou infratores e, por isso, privados de sua liberdade como forma de reajustá-los à ordem social.

Nesse sentido, torna-se crucial designar o que seja ato infracional, a fim de que compreendamos em quais as circunstâncias o adolescente pode ser responsabilizado a cumprir medidas que os auxiliem na sua reinserção na sociedade. Nesse intuito, o Estatuto da Criança e do Adolescente é um importante instrumento, pois visa a assegurar a proteção integral da criança e do adolescente, ou seja, primordialmente visando ao 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, com vistas ao seu desenvolvimento pleno.

Entretanto, no art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, vislumbra-se ato infracional como sendo “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”, e, conforme determina a Constituição de 1988, o artigo 104 da referida Lei acrescenta: “São penalmente imputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato”.

Diante disso, compreende-se que as medidas socioeducativas aplicadas ao adolescente infrator devem levar em consideração a condição primordial de sujeito em desenvolvimento, proporcionando-lhes ações que os auxiliem na sua ressocialização e reeducação. Partindo desses pressupostos, o artigo 227 da Constituição de 1988 estabelece:

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.

A doutrina, no que se refere à Proteção Integral aludida na Constituição, garante às crianças e aos adolescentes serem reconhecidos como sujeitos de direito em pleno desenvolvimento, independentemente da condição social em que estejam inseridos, como está elucidado nos três fundamentos da Proteção Integral:

- I – a criança adquire a condição de sujeito de direitos;
- II – a infância é reconhecida como fase especial do processo de desenvolvimento;
- III – a prioridade absoluta a esta parcela da população passa a ser princípio constitucional (art. 227 da CF/88).

O art.227, § 3^a, da Constituição Federal estabelece os aspectos específicos que o Princípio da Proteção Integral deve considerar, quais sejam:

§ 3^o O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI – estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

Dessa forma, faz-se necessária uma breve análise sobre a previsão legal do tema em questão a fim de que se compreenda se as medidas socioeducativas desenvolvidas pelos Centros de Atendimentos Socioeducativos cumprem o papel primordial do Estado, que é ressocializar o menor infrator. No caso específico deste estudo, analisamos o CASE de Palmas/TO, apresentando os dados analisados na próxima seção.

4 MENORES INFRATORES DO CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO DE PALMAS/TO

A presente pesquisa teve como pressuposto analisar as políticas públicas implementadas por meio do programa de ressocialização no Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas/TO, averiguando se há eficácia na redução dos índices de reincidência do adolescente infrator.

Vale ressaltar que, conforme entrevista realizada no Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas/TO – CASE, a técnica responsável mencionou que o

centro atende somente adolescentes do sexo masculino que estão em cumprimento de medida de internação, conforme descrito a seguir.

O Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas/TO – CASE tem capacidade para 42 pessoas, atualmente com 29 adolescentes internos do sexo masculino. O Centro de Internação Provisória, com capacidade para 20, possui 14 do sexo masculino e 4 do sexo feminino, lotadas no Centro de Internação Provisória feminino. E na Unidade de Semiliberdade masculino possui um adolescente.

Em consonância com a entrevista realizada, afirma-se que a média de idade predominante fica entre 16 a 17 anos. No que tange à escolaridade, todos os adolescentes estão matriculados, contudo há uma grande distorção na idade/série, uma vez que a maioria está cursando o ensino fundamental.

Nesse escopo, pontua-se que a escolarização deverá ser um instrumento de promoção ao adolescente em conflito com a lei a fim de que ele tenha condições de refletir sobre sua realidade social e compreender as lesões geradas em detrimento dos seus atos infracionais. Desse modo, compreende-se a necessidade de efetivas políticas públicas que reflita sobre o importantíssimo papel da escola na formação, socialização e ressocialização desse adolescente, com projetos pedagógicos que tenham em seu bojo o intuito de ressignificar suas práticas sociais e, conseqüentemente, revelando outro sentido a suas vidas.

Quanto à participação familiar nesse processo, relatam que as visitas são realizadas nos sábados e domingos. Afirmam também que as famílias têm responsabilidade quanto ao cumprimento da medida socioeducativa por meio do trabalho de fortalecimento de vínculos desenvolvidos por uma equipe de analistas.

A responsável afirma que o CASE atende aos eixos de atividades determinadas no SINASE: escolarização (oferta da educação básica); atividades esportivas: futsal semanalmente, tênis de mesa, natação; os cursos profissionalizantes são realizados em parceria com o sistema S, Fundação Cultural do Município, Defensoria Pública e outros. Estão previstas em rotina pedagógica a assistência religiosa, atendimento à saúde e atividades culturais.

Partindo desse pressuposto, torna-se essencial estabelecer uma tríplice responsabilidade entre a família, a sociedade e o Estado, com o intuito de garantir

a efetivação dos direitos fundamentais do adolescente, considerando as políticas sociais básicas como educação, lazer, segurança, saúde, dentre outras, de suma importância para o desenvolvimento e a formação do ser humano.

Sobre a reincidência e incidência de atos infracionais, os dados demonstram que 71 adolescentes passaram pelo Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas/TO – CASE em 2018, e 59,1% das incidências de atos infracionais são referentes a roubo e 36,6% são reincidentes. No Centro de Internação Provisória Feminino – CEIP, passaram trinta e cinco (35) adolescentes no ano supracitado, sendo 42,8% incidência de atos infracionais por roubo e 28,5% reincidentes; no Centro de Internação Provisória masculino – CEIP, os dados são cada vez mais alarmantes, pois passaram pela unidade 150 adolescentes, sendo 68,7% incidência de atos infracionais por roubo e 33,3% reincidentes; a Unidade de Semiliberdade Masculino recebeu 35 adolescentes, destes, as incidências de atos infracionais computaram em 57,1% caracterizados por roubo e 28,5% reincidentes; e na Unidade de Semiliberdade Feminino houve um maior percentual de reincidência, pois das 10 adolescentes que passaram pela unidade, as incidências por roubo foram 60,5% e as reincidentes foram de 50%. É importante ressaltar que os dados acima mencionados estão descritos conforme tabela repassada pela responsável técnica do CASE de Palmas/TO.

Mediante análise dos dados, é possível aferir que, embora haja empenho na aplicação das medidas e elementos pelos os quais são desempenhadas, o que nos preocupa são os graves reflexos negativos, tendo em vista que efetivamente não estão contribuindo de maneira eficaz e eficiente para recuperação e ressocialização, objetivo primordial das medidas socioeducativas, resultando na reincidência de atos infracionais, como os próprios dados apontam.

Tem sido notório que está cada dia mais crescente o número de adolescentes infratores, e muitos deles, de maneira reiterada. O que se pode aferir é que um dos maiores dilemas tem sido a ineficácia dos Centros de Atendimento Socioeducativos na ressocialização e na reeducação dos menores em conflito com a lei. Observa-se que esses centros têm como referência a reintegração do adolescente na sociedade, na família e no meio em que vive. Entretanto falta-lhes uma compreensão aprofundada das ações de natureza pedagógica e inclusiva, havendo grande dificuldade em sua aplicação, carecendo de articulação com outras

políticas públicas entre os órgãos do governo com vistas a uma integração que objetive melhorias na execução dessas medidas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada teve como objetivo averiguar a eficácia da ressocialização por meio de análise de dados de reincidência ocorridos no Centro de Atendimento Socioeducativo – CASE de Palmas/TO, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, os dados apontam que é necessário instituir políticas públicas de ressocialização do adolescente nesses programas ofertados pelo Centro de Atendimento Socioeducativo de Palmas/TO, a fim de que a educação e a profissionalização sejam instrumentos essenciais na construção desse novo cidadão. Devem ser propiciadas condições plenas de reestruturação psíquica e familiar com o fim de resgatá-lo enquanto ser humano e sujeito em sintonia com meio em que vive.

Acredita-se que as ferramentas constitucionais necessárias para a eficácia das medidas socioeducativas, que são o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, já foram conquistadas. Entretanto falta estabelecer o seu eficaz cumprimento, ou seja, exigir e garantir que as leis transcendam para realidade, pois sabemos que, em sua maioria, o sistema é falho, que a precariedade nas unidades de internação é fato. O que não é justo e inadmissível é a criança e o adolescente sofrer as consequências em detrimento da falta de compromisso do Estado.

Salienta-se a importância de políticas públicas que considerem a multiplicidade de vulnerabilidades existentes no mundo contemporâneo em seus diversos fatores, assim, o principal desafio do CASE Palmas/TO consiste na implementação de políticas públicas que visem ao desenvolvimento integral do adolescente.

Diante disso, a fim de que se obtenha êxito no sistema, é de extrema relevância a criação de políticas públicas que acolha esses adolescentes não apenas na efetivação das medidas, mas antes e após o cumprimento.

Exposto isso, o que almejamos neste artigo é que esta pesquisa contribua para que família, sociedade e Estado possam se preocupar mais com os adolescentes em conflito com a lei e também sirva de instrumento para futuros debates sobre o tema em questão, oferecendo contribuições que amenizem o problema que reflete negativamente em toda sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/governo-federal/ECA2019/digital.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2019.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 abr. 2019.

LEAL, Jackson da Silva. **Sistema penal e juventude**: da política social à prática penal desde o discurso da juventude privada da liberdade. Porto Alegre: Fi, 2018.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo Penal Juvenil**. A garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PASSETTI, Edson. **O que é menor**. 3. ed. São Paulo: Brasilense, 1987 (Coleção Primeiros Passos).

ROCHA, J.O. **As crianças e os adolescentes**: os menores infratores: uma visão crítica a luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. 1. ed. Santos, SP: Comunicar, 2015.

RIZZINI, Irene e PILOTTI, Francisco (Orgs.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Cortez, 2009.

[1] Professora de Direito Penal na Faculdade Serra do Carmo; Advogada Criminalista. E-mail: slbiazotto@gmail.com.