

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1012

(Ano XIII)

(01/05/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

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.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

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

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Combate à Prática de Atos de Alienação Parental
Melissa Telles Barufi, 08.

ARTIGOS

Escolas do Campo e a Pandemia: Aspectos Legais

Vanessa Andriani Maria, 10.

Ressocialização no sistema prisional brasileiro

Rodrigo Hettshmeir, 26.

Terceirização do serviço público no âmbito educacional através de processos licitatórios

Ana Carneiro Junqueira Mota, 50.

A ciência da criminologia e sua contribuição diante do enfrentamento à criminalidade no Brasil

Leonardo Vieira Bandarra, 66.

O direito e o instituto da alienação fiduciária de bens imóveis: saldo devedor

Thais Cristine Silva Lima, 85.

Escritura pública de venda e compra simples: as condições para o registro junto ao órgão competente

Daniele Donizete da Silva, 101.

Informação ou Desinformação? A Era das Fake News e a Dinâmica da Comunicação na Atualidade

Vanessa Andriani Maria, 116.

A produção de provas de ofício pelo juiz na persecução penal

Marcus Francisco Medeiros Lopes, 132.

Gratuidade da justiça após a reforma trabalhista

Diana Calegari Silva Diogo, 145.

Caso Brumadinho: responsabilidade civil dos envolvidos

Leyrimi Eduarda de Almeida Pedro, 160.

Os limites dos poderes do conciliador-instrutor nos Juizados Especiais Federais

Daniel Frederico Fagundes de Lima Andrade, 171.

As Garantias Constitucionais como forma de respaldo à aplicabilidade dos Direitos Fundamentais: a aplicabilidade da garantia constitucional do Mandado de segurança

Inaê Muniz Pires de Queiroz, 178.

A culpabilidade dos psicopatas no direito penal: o limiar entre a insanidade mental e o desejo de matar

Gabriela Sandrin Datore, 197.

A responsabilidade civil nas relações contratuais de direito privado

Dara Freitas da Silva, 214.

Desarmamento e segurança pública no Brasil

Leonardo Marin Mendes, 233.

Pessoas Com Deficiência no Mercado de Trabalho

Giovanna Passoni Remédio, 250.

Conhecimento, fiscalização e punibilidade na contravenção de perturbação do trabalho e sossego alheios

Josias Felix de Souza, 270.

A Maternidade Solo e o Direito à Creche Durante a Pandemia Covid-19

Franciele Cristine Avelina Vaz, 287.

A ineficácia da aplicação da medida de segurança aos psicopatas, quando da prática do tipo penal, assassinato, como condição ressocializadora ou punitiva

Ana Carolina dos Santos, 296.

Alienação Parental: Aplicação da Lei Nº 12.318/2010

Carlos Marcelo Nascimento Sousa Carvalho, 315.

A fiscalização na execução dos contratos administrativos para garantir sua eficácia junto a Administração Pública

Kemely Caroline de Souza Lima Miotto Beata, 333.

O controle exercido pela Administração Pública no Estado Constitucional de Direito à luz da separação de Poderes

Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro e Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio De Santana, 254.

Novo Código de Trânsito entrou em vigor em 12 de abril

Wagner de Andrade Frozi, 366.

A execução provisória da pena nos casos de condenação pelo Tribunal do Júri: uma abordagem da Lei nº 13.964/2019

Caroline Pinheiro Vicente, 377.

A responsabilidade civil do médico por danos decorrentes de cirurgias plásticas

Jakeline de Jesus Santos Serra, 409.

Assédio sexual no âmbito do trabalho

Fábio Henrique de Oliveira Diniz, 428.

Trabalho análogo à escravidão em face do ordenamento jurídico penal brasileiro

Nayara Santos de Sá, 439.

A Administração Pública, conflito de competência e o exercício de poder de polícia ambiental

Ingrid Lopes Gama, 451.

COMBATE À PRÁTICA DE ATOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

MELISSA TELLES BARUFI: Advogada,
Presidente da Comissão Nacional da
Infância e Juventude do IBDFAM e do
Instituto Proteger.

O mês de abril é dedicado para intensificar a conscientização de que a Alienação Parental é uma forma de abuso que prejudica a saúde emocional e psíquica de uma criança, de um adolescente e, até mesmo, de um idoso quando privados de expressar, nutrir ou desenvolver laços de afeto e até conviver com pessoas que naturalmente deveriam amar.

O conceito de Alienação Parental está previsto no art. 2º da Lei nº 12.318/2010 – lei que aborda a alienação parental no país: *“considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”*.

A Lei, de forma didática, também exemplifica o que vem a ser ato de alienação parental, o que - de fato - facilita o entendimento prático deste tipo de violência, visando o caráter preventivo. Por exemplo: realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; dificultar o exercício da autoridade parental; tolher o contato da criança ou adolescente com genitor; inibir o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; omitir ao genitor, deliberadamente, informações pessoais relevantes sobre a criança ou o adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço (artigo 2º da lei 12.318/2010), entre outras condutas, que, infelizmente, podem ser identificadas.

Qualquer ato de alienação parental é abuso de poder parental, fere o princípio da igualdade de direitos e deveres entre os genitores em razão dos filhos, o que significa que, mesmo após a ruptura conjugal, a relação parental não se esgota.

A Lei 12.318/2010 trouxe maior segurança jurídica às partes e para o julgador que, diante da norma, tem subsídios técnicos para efetivar sua aplicação, promovendo a colheita das provas necessárias à demonstração da ocorrência da alienação parental, com consequente aplicação da solução mais adequada ao caso concreto.

Sabemos que a lei não consegue, sozinha, eliminar condutas que violam direitos, assegurar acesso à proteção integral que os vulneráveis necessitam alcançar. É preciso a conscientização. Continuamos destacando a importância de conscientização,

educação e disseminação do conhecimento sobre o tema, ou seja, a necessidade de educação parental.

Crianças e adolescentes precisam ser preservados dos conflitos dos adultos. É necessário que eles sejam protegidos, amparados para que possam se desenvolver de forma saudável, tornando-se adultos equilibrados emocionalmente, livres de culpas e de dores que não são as suas.

ESCOLAS DO CAMPO E A PANDEMIA: ASPECTOS LEGAIS

VANESSA ANDRIANI MARIA: Advogada (ULBRA), pós-graduada em Advocacia Cível (UNA) e Direito do Trabalho (UNA). Membro da Comissão de Direitos Humanos e do Grupo de Violência de Gênero da OAB Santa Maria-RS. Engenheira Agrônoma (UFSM), Mestre em Ciência e Tecnologia Agroindustrial (UFPEL). Graduanda em Formação Pedagógica em Geografia (UNIASSELVI).

RESUMO: Este trabalho aborda um tema atual que é o uso eficiente das tecnologias a favor do ensino. Avaliam-se, nesse sentido, as ações escolares, neste período de isolamento social em função da pandemia e a utilização mais apropriada dos meios digitais, métodos e metodologias, considerando as necessidades e recursos reais dos educandos das escolas do campo, em especial. Os métodos utilizados foram o dialético e o observacional, bem como através da pesquisa bibliográfica e documental. Os dados revelaram que, apesar das dificuldades em adaptar o ensino presencial para a modalidade remota e pelo uso das tecnologias digitais, o cenário pandêmico é desafiador e enriquecedor para a prática pedagógica. Generalizando, as problematizações levantadas no panorama atual exigirão ponderações sobre o lugar das Tecnologias de Informação no diagrama educativo escolar das escolas do campo e na Educação do Campo, como direito, propriamente dita.

Palavras-chave: Ensino Remoto, Aprendizagem, Covid-19.

ABSTRACT: This paper addresses a current theme that is the efficient use of technologies in favor of teaching. In this sense, school actions are evaluated in this period of social isolation due to the pandemic and the more appropriate use of digital media, methods and methodologies, considering the real needs and resources of school students in the field, in particular. The methods used were dialectical and observational, as well as through bibliographic and documentary research. The data revealed that, despite the difficulties in adapting face-to-face teaching to the remote modality and the use of digital technologies, the pandemic scenario is challenging and enriching for pedagogical practice. Generalizing, the problematizations raised in the current panorama will require considerations about the place of Information Technologies in the school educational diagram of the schools of the field and in the Education of the Field as a right.

Keywords: COVID-19, Learning, Educational Policies

Sumário: 1. Introdução – 2. Metodologia 3. Mudança de Rotina: Tecnologias em Sala de Aula 4. Organização Das Atividades Pedagógicas 5. Aspectos Legais Relevantes para a Educação do Campo 6. Considerações finais. 7. Referências

1. Introdução

O Brasil e o mundo estão enfrentando a mais grave crise sanitária e econômica dos últimos anos com a pandemia da Covid-19, que descontinuou o curso da vida das pessoas e está desafiando a existência da sociedade mundial. Estão sendo tomadas medidas de distanciamento social para a defesa da vida e cabe reconhecer a relevância do uso das tecnologias, como instrumentos de informação e comunicação para todos.

O Ministério da Educação juntamente com Secretarias e Conselhos de Educação uniram-se para indicar soluções e unificá-las com o ensejo de não deixar a educação parar. Nessa seara, passam a fazer com que os professores acreditem que a Educação à Distância (EaD), através das tecnologias digitais de **informação**, por meio de aulas televisivas, plataformas digitais, outras mídias e comunicação, podem dar prosseguimento às atividades escolares, que foram interrompidas em função da necessidade de medidas de distanciamento social.

Por muito tempo, a educação na escola foi determinada por uma metodologia pedagógica baseada na reprodução de informações de modo uniforme, muitas vezes, automática, sem analisar a individualidade de cada estudante. Essa forma de ensinar, denominada “tradicional”, perdeu um pouco de relevância, em um tempo em que a informação está ao alcance de quase todos através de um ou dois toques.

Por se tratar de um País de dimensões continentais, inviável qualquer solução que não considere que a educação brasileira é constituída de uma pluralidade de conjunturas socioculturais, definidas pelas diversidades econômicas, geográficas, climáticas e culturais.

Ressalta-se que professores do campo principalmente, enfrentam vários desafios para sustentar um formato de educação emergencial à distância que não é arazoado para a realidade de quem vive no campo.

O ensino na pandemia deve ser conexo ao processo histórico brasileiro que através do capitalismo, sempre foi vítima de uma política de concentração de propriedade e de riqueza e vasta produção de pobreza e miséria.

Apesar da Lei, o descaso com as escolas do campo ainda é muito arraigado no Brasil, porque há lacunas de políticas públicas, há o fechamento de escolas, falta estrutura física e pedagógica, há professores com formação insuficiente, o que resulta no deslocamento das escolas do campo para as cidades.

Este artigo teve como objetivos: acompanhar e pesquisar o processo de adaptação à nova realidade imposta aos educadores das escolas do campo em tempo de pandemia; analisar os impactos no cotidiano escolar pelo contexto da pandemia do Covid-19; e reconhecer os limites e os desafios atribuídos aos educadores para ampliar o processo de ensino e aprendizagem através do uso das tecnologias da informação e comunicação (TICs).

A questão não se resume somente no “como se ensina remotamente”, existem questões imbricadas nesse debate, que suplantam o âmbito da técnica do ensinar remoto. Afora as desigualdades de acesso ao remoto, existem as desigualdades vivenciadas fora do ambiente escolar, a questão é que temos uma política pública que equaliza condições, em época de pandemia.

Observa-se que as pessoas que residem em áreas rurais destinam maior parte do seu tempo às atividades agrícolas e pecuárias, desse modo, possuem menor tempo para dedicarem-se aos estudos, pois não podem “deixar de lado” as atividades laborais, por ser seu único elemento de subsistência.

A escola é um dos ambientes de aprendizagem de basilar importância para que os sujeitos sejam incluídos desde a sua origem. Em nosso País, nesta última década vem sendo discutida a diversidade sociocultural, onde esse relevante tema começou a ser ventilado a partir das lutas sociais e políticas de diversos movimentos sociais do campo e da sociedade.

Devido à pandemia do Coronavírus afloraram os problemas relacionados à Educação do Campo e muitas crianças ficaram sem estudar, tendo em vista a suspensão das aulas presenciais. Muitas escolas passaram a empregar os sistemas remotos como formato de educação durante este período pandêmico, residindo aí outro problema: o acesso à internet. Nas áreas rurais, este acesso é baixíssimo ou zero, seja pela indisponibilidade do serviço, ou pela situação de vulnerabilidade econômica das famílias que ali vivem.

As atividades impressas, na maioria dos casos, carecem de elucidação dos professores, para que as crianças obtenham êxito em resolvê-las. Diante desse impasse, muitos pais acabam por desistir do processo educativo do filho.

Professores e alunos, de uma hora para outra, tiveram que adaptar-se a um novo formato de aulas. Coube aos professores, inicialmente, o desafio de adotarem novas metodologias pedagógicas para lecionar de forma remota.

Queiroz (2004), argumenta que os espaços pedagógicos de formação não ocorrem apenas em sala de aula, mas também na família na convivência social, cultural, nos serviços de produção de conhecimento, entre outros.

Nesta perspectiva de aproximação do meio escolar e do meio familiar/produtivo organizasse o movimento de vai-e-vem entre a prática e a reflexão teórica, movimento este que constitui um dos fundamentos da alternância que, assume sentido de estratégia de escolarização, possibilitando aos jovens que vivem no campo, conjugar a formação escolar com as atividades tarefas da unidade produtiva familiar, sem desvincular-se da família e da cultura do meio rural (QUEIROZ, 2004, p.35).

É salutar desenvolver no aluno do campo a aprendizagem através de sua história, colaborando para sua maior autonomia, a fim de que possa viver em sociedade de modo crítico. Além disso, a educação trabalhada de acordo com a realidade dos alunos que vivem no campo faz com que estes sigam trabalhando no próprio campo.

Compete à União, conforme fundado no artigo 3º da Lei 7.352/10, a responsabilidade pelas políticas relativas à Educação do Campo.

A Educação do Campo não surge “do nada” e nem é iniciativa das políticas públicas, mas provém de um movimento social e da mobilização dos trabalhadores do campo, através da sua organização coletiva, diante do desemprego, da precariedade do trabalho e da carência de condições materiais de sobrevivência dessa população.

Essas novas formas de fazer com que o aluno “vá até à escola”, estão sendo desafiadoras para todos os envolvidos, pois com o isolamento, algumas escolas instituíram meios de dar continuidade à rotina de estudos, utilizando o “ciberespaço”.

Harashim (2005) observa que a internet e suas tecnologias para algumas instituições de ensino nascem como resposta, um novo ritmo de se alcançar a informação

(...) Todos aprendem juntos, não em um local no sentido comum da palavra, mas num espaço compartilhado, um “ciberespaço”, através de sistemas que conectam em uma rede as pessoas ao redor do globo. Na aprendizagem em rede, a sala de aula fica em qualquer lugar onde haja um computador, um “modem” e uma linha de telefone, um satélite ou um “link” de rádio. Quando um aluno se conecta à rede, a tela do computador se transforma numa janela para o mundo do saber. (HARASIM et al., 2005, p.19).

Na maioria das vezes, a localidade em que os alunos residem fica a uma distância muito grande da cidade e os educandos querem e precisam estudar. Assim,

as famílias desta comunidade se conectam e coletivamente instalam uma escola, através do apoio e licença do poder público, com educadores da própria comunidade entre os que possuem maior nível de escolaridade, compondo o cotidiano escolar destas pessoas, sejam elas crianças, adolescentes, jovens e adultos.

Salienta-se que essas Escolas seguem os preceitos das Secretarias de Educação, mas apresentam as particularidades de cada região, de acordo com o território que estão inseridas.

A infraestrutura no setor rural não é como a da cidade: as salas são precárias, sem conforto algum, mas o envolvimento de educadores é grande e o mais importante acontece, que é o processo de aprendizagem, o qual independe das condições de infraestrutura presentes.

Desse modo, a Educação do Campo geralmente caracteriza-se como um espaço de precariedade por descasos especialmente pela falta de políticas públicas que atendam às populações que lá habitam.

É uma complexa tarefa a de falar dos impactos da pandemia no campo, justamente pela presença de sua multiplicidade. No campo, alguns dos diversos territórios onde o contato com a natureza pertence à cultura da comunidade: assentamentos, quilombos, áreas indígenas, ocupações de terras entre outros contextos, a Educação Escolar do Campo surge como um modelo contra-hegemônico, com a finalidade de minimizar as discrepâncias existentes entre o ensino e aprendizagem das escolas rurais brasileiras.

Nesse compasso, como um recorte da política de valorização do campo, a educação também deve ser percebida pelo governo, como uma ação que visa a emancipação e cidadania de todos os sujeitos ali presentes.

Importante frisar, neste conjunto, como as novas tecnologias educativas não estão disponíveis para todos, privilegiando apenas algumas realidades e regiões do país.

Assim, o modelo educacional também sustenta a tarefa de se contrapor aos que advogam o fim do rural como tendência de homogeneização com o espaço urbano. O processo de urbanização do rural é proveniente de transformações econômicas e ambientais, que vêm se estabelecendo de forma impositiva.

2. Metodologia

A pesquisa aqui exposta possui caráter exploratório, traz uma primeira aproximação à temática suscitada, instituindo alguns questionamentos e considerando discussões teóricas sobre os assuntos explicitados, proporcionando recomendações

para futuras pesquisas na seara da Educação do Campo, em tempos de pandemia (GIL, 2009).

Os métodos utilizados foram o dialético e o observacional, bem como através da pesquisa bibliográfica e documental.

3. Mudança de Rotina: Tecnologias em Sala de Aula

Durante o período de isolamento e distanciamento social em tempos de pandemia, os educadores sofreram transformações em sua rotina de trabalho e no cotidiano escolar. Ao dia-a-dia escolar, foram incorporados o trabalho remoto, as plataformas e reuniões virtuais com a finalidade de amenizar os prejuízos para os estudantes, no processo de ensino e aprendizagem, sem o auxílio docente presencial. Realizou-se diversas gravações de vídeo—aulas, interatividade de alunos e professores através do WhatsApp, entre outros meios...

Tal suporte foi essencial para que as famílias estabelecessem para os educandos uma rotina mínima de estudos com o intuito de não perderem o compasso e nem o interesse pelas atividades propostas.

Nesse sentido, a pandemia reforçou que a sociedade, a escola e as famílias precisam reinventar-se a cada dia. Vivemos num momento de muitas incertezas, em que escola e família precisam mais do que nunca estar afinadas e alinhadas no processo educativo, formativo e emocional de todos os envolvidos (BORSTEL; FIORENTIN, MAYER, 2020).

A aprendizagem, segundo Moran (2017), advém formal e informalmente, seja sozinha ou com outras pessoas, em grupos presenciais ou on-line. Logo, é certo que a inserção dos meios tecnológicos oferece subsídios ao acesso à informação e à construção de conhecimentos coletivos. Ainda de acordo com o autor, “a escola parece um museu, um outro mundo, um espaço de confinamento, quadrado, com tempos marcados para cada área de conhecimento, para cada atividade, para cada avaliação”(Moran, 2017, p.66), ou seja, encontra-se retrógrada e ultrapassada, fora do contexto em mundo conectado.

Santos e Souza (2020, p. 41), representam preocupação com as Escolas do Campo/roça:

[...] Desse modo, queremos não apenas escolas abertas no campo/roça, mas com condições necessárias e políticas que assegurem uma prática pedagógica que vá além das paredes, dialogando com a realidade local, sendo um espaço que se constrói cidadania e reconhecimento de direitos, dando visibilidade aos sujeitos destes lugares

De acordo com Souza et al (2016), a Educação à Distância (EaD) não pode ser a única solução, pois tal metodologia tende a aumentar as desigualdades já existentes, que são relativamente equiparadas nos ambientes escolares, simplesmente, porque nem todos possuem o equipamento necessário.

A falta de aula presencial e as dificuldades de acessar à internet para ver os vídeos que explicam os afazeres e o assunto que estão estudando, levanta uma maior preocupação: Os alunos realmente entendem o que estão ouvindo?

Franco (2020), ao observar famílias e analisar essa ligação entre professores e alunos, após terem suas rotinas domiciliares sobremaneira impactadas pela quarentena, como “a escola em casa”, cita que:

[...] como professora, como tutora e como pesquisadora da Educação a Distância, vivo atualmente a posição de mãe de aluno da Educação Infantil, o que me levou –inevitavelmente –a refletir sobre como este nível educacional é afetado na Pandemia e como podemos, juntamente com a escola, minimizar os efeitos para as crianças. Infelizmente, a EaD não foi discutida antes no ciclo básico. [...] EaD parecia até fevereiro deste ano algo inatingível para a educação básica. [...] E hoje nos vemos em isolamento e tendo a [EaD] como única alternativa para dar prosseguimento ao semestre letivo. Concordando ou não, se identificando ou não, esta é a modalidade educacional que nos cabe neste momento e que, apesar de não [ser] pensada para crianças e adolescentes, nesta Pandemia vem gerando bons frutos com novas experiências. [...] na EaD sistematizada temos a figura dos tutores que fazem a ponte entre docente e discentes, a presença do polo que auxilia o aluno e do centro de educação a distância que auxilia o professor. E em uma, digamos, “emergencial EaD”, implantada pela contingência do isolamento, não temos estes recursos (pelo menos nem todos. Não é unânime a presença de estúdio de gravação de aulas, nem mesmo de um AVA). O que estamos vendo é um limitado uso de recursos virtuais em que muitas escolas fazem o mínimo, os professores se sentem desamparados e sobrecarregados, os alunos isolados e os pais perdidos.[...] Não podemos cobrar dos pais que se tornem pedagogos da noite pro dia. [...] Contudo, é essencial que os pais sejam como “tutores” das crianças em casa, incentivando a realização das atividades e, principalmente, cobrando das escolas (e não dos professores) que haja um plano de orientação para estes pais em casa. [...] Assim, não

é dever da escola apenas delegar, transferir responsabilidades. A escola tem que assumir para si a função de gestora deste momento de crise e orientar os pais sobre como ajudar seus filhos, oferecer condições de trabalho a seus professores e diminuir a distância transacional sentida pelos alunos, para que não pensem que estão isolados neste processo.

Salienta-se que as famílias das comunidades atendidas pelas Escolas do Campo, em sua maior parte, não possuem sinal telefônico ou este apresenta severas limitações. Ademais, muitos não têm acesso à internet, outros nem mesmo computadores possuem para que os estudantes possam seguir as aulas on-line, ou interagir virtualmente com os professores. O estudo na zona rural sempre foi e segue para àqueles que apresentam muita perseverança. As condições nunca são adequadas a quem busca e aprende. Além disso, as ferramentas de comunicação em meio digital são muitas, e cada escola adota estratégias, de acordo com seus objetivos educacionais.

Enormes são os desafios para implantar, ainda que de forma temporária, a educação à distância na educação básica no país. A realidade apresenta alunos e famílias que não conseguem utilizar plataformas online de ensino e professores que carecem de formação técnica para direcionar processos de aprendizagem em ambientes virtuais. (CNBB, 2020).

De uma hora para a outra, não se interage com um grupo de pessoas e sim, com uma câmera, um artefato inanimado. A pandemia, desse modo, através da mudança radical nas práticas pedagógicas influencia a vida de docentes e estudantes em diversas áreas de conhecimento.

4. Organização Das Atividades Pedagógicas

De acordo com o Parecer do CNe nº 5, de 28 de abril de 2020, a efetivação das atividades pedagógicas não presenciais, caracteriza-se por meio de tecnologias digitais ou não, podendo ocorrer através de programas de televisão, de rádio, material didático impresso com orientações pedagógicas distribuído aos alunos e seus pais ou responsáveis e pela orientação de leituras, pesquisas, atividades e exercícios recomendados nos materiais didáticos. O documento ainda versa sobre o desafio da reorganização dos calendários escolares devido às condições intrínsecas de cada rede, escola, professores, estudantes e suas famílias com a finalidade de alcançar padrões básicos de qualidade e minimizando a desigualdade educacional (BRASIL, 2020). Destarte, fala-se em certo descaso ao estabelecer as atividades pedagógicas remotas, sem sopesar a existência das comunidades camponesas, Escolas do Campo e de seus professores, os quais não dispõem de meios tecnológicos e de materiais para a concretização de tal diretriz.

Conforme com Santos, Molina e Hage (2020), no início da pandemia, algumas escolas tentaram entregar os trabalhos em casa para os estudantes, mas em poucas semanas este trabalho foi suspenso. Existem relatos de escolas do campo que imprimem os afazeres e marcam uma data para que os pais busquem tais atividades. Observa-se, no entanto, que desse modo há grandes dificuldades por parte dos pais, pois estes trabalham para garantir a sobrevivência da família, aliado às dificuldades de acompanhamento das tarefas escolares via "remota", sem falar nas idas e vindas para buscar materiais na escola, ampliando o risco de contágio da Covid-19.

Muitas escolas, tanto públicas quanto privadas, possuem grandes expectativas acerca do que professores e familiares conseguem alcançar. Há distinção entre as famílias em confinamento. Algumas podem ajudar seus filhos a aprender mais do que outras: dispender maior quantidade de tempo disponível para se dedicar aos estudos dos filhos, (auxiliando-os com as aulas on-line), enquanto muitos pais estão em *home office* cumprindo horário laboral integral e outros tantos, precisam trabalhar externamente para garantir a renda mensal; as habilidades não cognitivas dos genitores; a possibilidade de acessar o material online; a quantidade de conhecimento inato dos pais – afinal, é difícil ajudar o filho se tiver de aprender algo estranho ao que se conheceu e aprendeu – , são questões a serem levadas em conta quanto ao papel dos pais na Educação dos filhos em tempos de pandemia. Toda essa conjuntura gerará um aumento da desigualdade na Educação e no progresso do educando (CIFUENTES-FAURA, 2020).

Frisa-se que o ensino remoto emergencial difere da modalidade de Educação à Distância (EaD), pois esta conta com recursos e uma equipe multiprofissional preparada para oferecer os conteúdos e atividades pedagógicas, por meio de diferentes mídias em plataformas on-line. O escopo do ensino remoto não é estruturar um ecossistema educacional robusto, mas ofertar acesso temporário aos conteúdos curriculares, que seriam desenvolvidos presencialmente. Assim, em decorrência da pandemia, o ensino remoto emergencial tornou-se a principal alternativa de instituições educacionais de todos os níveis de ensino, caracterizando-se como uma mudança temporária em circunstâncias de crise. (HODGES, 2020).

Para Freire (1996, p.36), é papel da escola rejeitar a qualquer forma de discriminação, pois "A prática preconceituosa de raça, de classe, de gênero ofende a substantividade do ser humano e nega radicalmente a democracia."

Bourdieu (1998), denomina de "excluídos do interior", numa menção aos alunos que são excluídos dentro do espaço escolar. Atualmente a distinção ocorre pelo tipo de estudo, pelo estabelecimento de ensino, pelas opções curriculares. Nesse contexto, cabem aos desprovidos os setores escolares mais desvalorizados e menos favorecidos até mesmo tecnologicamente, impossibilitando a incorporação da cultura, como lhes é devida.

Neste contexto, Perrenoud (2000) cita que “a transposição didática não é imediata, ou seja, o fato de o docente ser usuário de tecnologias digitais não garante que ele fará uso pedagógico dos seus conhecimentos com seus alunos”. (PERRENOUD, 2000, p. 14). É necessária uma formação docente que permita maior fluência digital, maior experiência, dando aos educadores condições de modificar suas práticas pedagógicas, criando alternativas de uso, em nível didático, destes recursos. Não basta que se tenham os recursos tecnológicos, é imprescindível saber fazer uso dos mesmos, como apoio ao estudo e à aprendizagem. Talvez seja esse mais um grande desafio do momento atual.

5. Aspectos Legais Relevantes para a Educação do Campo

A Educação do Campo deve ser vista não somente como modalidade de ensino, mas também como uma política pública que assegure à população camponesa os mesmos direitos educacionais garantidos à população urbana, pois se entende que no transcurso da história, tal modalidade educacional sempre foi deixada de lado, isto é, não houve um investimento expressivo pelos representantes governamentais, para que tivesse uma educação do campo condizente com a cultura e identidade do povo camponês. Também não houve legislações específicas que garantissem o direito à educação com qualidade, à população camponesa.

Importa dizer que esteve presente em nosso sistema educacional uma educação voltada para a cultura urbana, a qual era introduzida às práticas educacionais camponesas sem qualquer identificação.

Ressalta-se que a Educação do Campo possui tal designação não só por sua localização espacial e geográfica, como também pela cultura que a população camponesa possui que a distingue da cultura das pessoas, que vivem no meio urbano.

A Constituição de 1988 representou um grande marco em defesa da educação e dos direitos sociais, o texto vinculou recursos para a manutenção e o desenvolvimento do ensino público. Mesmo que o texto não citasse diretamente a Educação do Campo, pode-se evidenciar um avanço na Educação como um todo. Após a Constituição Federal de 1988, há uma expansão de diretrizes, emendas constitucionais, pareceres e resoluções.

Dessa forma, como estabelecem as Diretrizes Curriculares da Educação do Campo do Estado do Paraná, a Educação do Campo configura-se “um conceito político ao considerar as particularidades dos sujeitos e não apenas sua localização espacial e geográfica” (BRASIL, 2006, p.24).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação é a Lei maior da educação e através dela se definem as linhas principais do ordenamento geral da educação brasileira,

possuindo como um dos seus principais princípios, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, decorrente da Constituição Federal de 1988, a qual preceitua que toda e qualquer pessoa tem o direito à educação, independentemente de cor, sexo, raça, idade, condição física, etc.

Salienta-se que com a LDB/96 houve um progresso com relação à Educação do Campo, já que esboçou os principais conceitos que orientam esse tipo de educação, determinando legalmente como deve ser a metodologia, o currículo, a organização das escolas situadas no campo, bem como questões envolvendo o calendário escolar que no campo diverge do calendário das escolas do meio urbano, por conta de situações climáticas e fases do ciclo agrícola.

O artigo 26 da LDB/96 possibilitou que a Educação do Campo fosse fornecida de acordo com as necessidades e especificidades da cultura camponesa, considerando-se as diferenças regionais presentes, as quais deverão ser observadas no momento do processo de ensino e aprendizagem dos alunos.

O Decreto nº 7352/2010 nasce em resposta às demandas sociais em nome de uma Educação do Campo que esteja ajustada à realidade do povo camponês. Ele dispõe sobre a política de Educação do Campo e o Programa Nacional de Educação da Reforma Agrária, o PRONERA.

O art. 2º do Decreto estabelece cinco princípios da Educação do Campo:

I - respeito à diversidade do campo em seus aspectos sociais, culturais, ambientais, políticos, econômicos, de gênero, geracional e de raça e etnia;

II - incentivo à formulação de projetos político-pedagógicos específicos para as escolas do campo, estimulando o desenvolvimento das unidades escolares como espaços públicos de investigação e articulação de experiências e estudos direcionados para o desenvolvimento social, economicamente justo e ambientalmente sustentável, em articulação com o mundo do trabalho;

III - desenvolvimento de políticas de formação de profissionais da educação para o atendimento da especificidade das escolas do campo, considerando-se as condições concretas da produção e reprodução social da vida no campo;

IV - valorização da identidade da escola do campo por meio de projetos pedagógicos com conteúdos curriculares e metodologias adequadas às reais necessidades dos alunos do

campo, bem como flexibilidade na organização escolar, incluindo adequação do calendário escolar às fases do ciclo agrícola e às condições climáticas;

V - controle social da qualidade da educação escolar, mediante a efetiva participação da comunidade e dos movimentos sociais do campo (BRASIL, 2010).

O art. 12 do Decreto delinea os objetivos do PRONERA, quais sejam:

I - oferecer educação formal aos jovens e adultos beneficiários do Plano Nacional de Reforma Agrária - PNRA, em todos os níveis de ensino;

II - melhorar as condições do acesso à educação do público do PNRA;

III - proporcionar melhorias no desenvolvimento dos assentamentos rurais por meio da qualificação do público do PNRA e dos profissionais que desenvolvem atividades educacionais e técnicas nos assentamentos (BRASIL, 2010).

Ademais, o referido programa possibilita aos indivíduos a participação da vida civil de forma independente, mas principalmente poder participar das decisões que envolvem as questões dos assentamentos e demais questões sociais, econômicas, políticas, as quais são importantes para exercerem a cidadania com dignidade, em uma sociedade democrática de direito.

6. Considerações Finais

Nessa esteira, pode-se articular que o ano de 2020 foi de grandes desafios em todas as esferas, principalmente para as que contribuem para o desenvolvimento da sociedade e com a divulgação de conhecimento científico de qualidade e acessível a todos.

Pode-se dizer que os educandos camponeses da Escola de Campo, em comparação com as escolas da zona urbana, em sua maioria, não apresentam os mesmos recursos físicos e materiais necessários para a execução do ensino remoto, logo, seria de grande importância a criação e a execução de políticas públicas educacionais voltadas para Educação do Campo.

Salienta-se a importância da infraestrutura e uma boa proposta político-pedagógica, que aborde a realidade de cada região. É preciso pensar na Escola do Campo como um sistema articulado, onde os sujeitos do campo não se tornam menos

camponeses por terem menos acesso à tecnologia e/ou acesso a instrumentos que cheguem à área rural, como jornais, filmes, revistas e livros atualizados, diminuindo a evasão escolar.

Também demonstra que uma formação ampla, que ofereça suporte aos professores tanto instrumental quanto pedagógico, é uma forma de manter a educação e, desse modo, a escola em um ambiente favorável às atividades não presenciais, objetivando-se o processo de aprendizagem com bons resultados.

Frisa-se que para trabalhar com os alunos do campo é necessário não somente conhecimentos científicos, como também é preciso conhecer a realidade local, bem como organizar projetos para trabalhar com as famílias, sem descaracterizar a identidade do homem do campo, entre outros. Urge o uso de metodologias de acordo com a realidade local, a fim de resgatar experiências vividas pelo povo e assim fazer da educação algo mais atrativo.

Fato é que professores, alunos e pais contornam a situação da falta de aulas presenciais como podem para desempenhar um calendário escolar que não foi suspenso, na maioria das regiões.

O atual período, marcado pela pandemia, expõe a precarização das Escolas do Campo, através das condições de trabalho dos educadores, acesso às tecnologias de informação e à carência de formação dos mesmos, para a utilização de tecnologias na educação, bem como os entraves relacionados à equipe pedagógica, a qual também confronta-se com as limitações do uso de tecnologias educacionais.

Após essa pandemia, não se sabe se todas as turmas de Educação do Campo existentes até então irão continuar. Compreende-se somente que o formato de educação a distância tem mostrado o caminho para dar atenção aos alunos e estes não perderem a oportunidade de aprendizagem neste ano escolar.

Observa-se através do já explanado que os parâmetros que disciplinam o trabalho à distância entre docentes, educandos, comunidades, em tempos de pandemia, não geram alívio, causam até mesmo certo desconforto e temores/receios para pais, alunos e até mesmo professores.

Coll e Monereo (2010, p. 11) salientam que apenas incorporar os recursos tecnológicos não transforma os processos educacionais, no entanto, “[...] modifica substancialmente o contexto no qual estes processos ocorrem e as relações entre seus atores e as tarefas e conteúdo de aprendizagem, abrindo, assim, o caminho para uma eventual transformação profunda desses processos”.

A educação deveria ser um processo que auxiliasse os professores, os estudantes e as famílias a atravessar esse momento, com menos estresse, sofrimento

e mais leveza, e não ao contrário. O fato de transformar a Educação do Campo em ensino remoto, significa desconhecer o papel da escola e o sentido e agregação que oportuniza as comunidades. É um espaço essencial para as comunidades, no/do campo.

Neste período de pandemia, sabe-se apenas que vão ficar muitos questionamentos, pois o desenvolvimento destas comunidades camponesas abrangem vários pontos, não só o conteúdo escolar, também o pensar de maneira crítica. Nesse aspecto, fica a pergunta em aberto: A educação realmente é para todos?

7. Referências

BORSTEL, V.V.; FIORENTIN, M. J.; MAYER, L. Educação em Tempos de Pandemia: Constatações da Coordenadoria Regional de Educação de Itapiranga. In: **Desafios da educação em tempos de pandemia**. Orgs: PALÚ, J.; SCHÜTZ, J.A., MAYER, L. Cruz Alta, 2020.324 p.

BOURDIEU, P. Os excluídos do interior. In: NOGUEIRA, M. A.; CATANI, A. (orgs). **Escritos da Educação**. Petrópolis, RS: Vozes, 1998.

BRASIL. **Diretrizes Curriculares da Educação do Campo**. Secretaria da Educação do Estado do Paraná. Disponível em:http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/diretrizes/diretriz_edcamp.o.pdf. Acesso em: 23 abril 2021.

BRASIL. PRONERA – **Educação na reforma agrária**. Disponível em: http://www.incra.gov.br/educacao_pronera. Acesso em: 16 abril 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Parecer nº 5 de 28 de abril de 2020. Reorganização do calendário escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual, em razão da Pandemia da COVID-19**. Disponível em: <<https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Parecer-cne-cp-005-2020-04-28.pdf>> Acesso em: 20 mar 2021.

CIFUENTES-FAURA, J. Consecuencias en los niños del cierre de escuelas por Covid- 19: el papel del gobierno, profesores y padres. Revista Internacional de Educación para la Justicia Social, Madrid, v. 9, n. 3e, p. 1-12, 2020. Disponível em: <<https://revistas.uam.es/riejs/article/view/12216/12089>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

CNBB. **Desafios para Educação em Tempos de Pandemia**. Associação Nacional de Educação Católica do Brasil. 2020. Disponível em:<<https://anec.org.br/noticias/desafios-para-educacao-em-tempos-de-pandemia/>> Acesso em: 29 de mar de 2021.

COLL, C.; MONEREO, C. Educação e Aprendizagem no século XXI: novas ferramentas, novos cenários, novas finalidades. In: COLL, C.; MONEREO, C. (org.). **Psicologia da educação virtual: aprender e ensinar com as tecnologias da informação e da comunicação**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 15-46.

FRANCO, A. M. **Noção de pertencimento e diminuição da Distância Transacional: caminhos para a EaD**. Congresso Nacional Universidade EAD e Software Livre 2020.1 (UEADSL), UFMG, Belo Horizonte, 01/02, jun. de 2020. Palco das Conferências. Disponível em: <<https://eventos.textolivre.org/moodle/mod/forum/discuss.php?d=863>> Acesso em: 19 mar. 2021.

FREIRE, P. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2009.

HARASIM, L., TELES, L.F., TUROFF, M., HILTZ, S.R. **Redes de aprendizagem: Um guia para ensino e aprendizagem online**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2005.

HODGES, C.; MOORE, S.; LOCKEE, B., BOND, A. The Difference Between Emergency Remote Teaching and Online Learning. **EDUCAUSE Review**, 2020. Disponível em: <<https://er.educause.edu/articles/2020/3/the-difference-between-emergency-remote-teaching-and-online-learning#fn3>>. Acesso em: 30 mar 2021.

MACHADO, L. C. P.; MACHADO FILHO, L. C. P. **Dialética da agroecologia**. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

MORAN, J. M. Como transformar nossas escolas Novas formas de ensinar a alunos sempre conectados. In: Educação 3.0: Novas perspectivas para o Ensino. CARVALHO, M. (Org). **Como transformar nossas escolas Novas formas de ensinar a alunos sempre conectados**. Porto Alegre, Sinepe/RS/Unisinos. 2017. Disponível em: <http://www2.eca.usp.br/moran/wp-content/uploads/2017/08/transformar_escolas.pdf> Acesso em: 18 jan. 2021.

PERRENOUD, P. **10 novas competências para ensinar**. Porto Alegre: Artmed, 2000. 192p.

QUEIROZ, L. R. S. Educação musical e cultura: singularidade e pluralidade cultural no ensino e aprendizagem da música. Revista da Abem, Porto Alegre, n. 10, p. 99-107, 2004.

SANTOS, M. J. S.; SOUZA, A. J. Formação docente na educação do campo/roça: o desafio da ocupação do espaço social e escolar "urbano-centrado". In: SOUZA, A. J.;

SOUZA, H. F. **Educação no/do Campo: entre o concebido, percebido e vivido.** Curitiba: Editora CRV, 2020. p.39-58.

SOUZA, S.; FRANCO, V. S.; COSTA, M. L. F. Educação a distância na ótica discente. Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 42, n. 1, p. 99-114, jan./mar. 2016.

SANTOS, C. A.; MOLINA M. C.; HAGE, S. A. M. **Ensino Remoto e à Distância aprofunda as Desigualdades e não garante o Direito à Educação dos Povos Tradicionais e Camponeses em Tempos de Pandemia.** Colaboração de texto. 2020. Disponível em: < <https://anped.org.br/news/ensino-remoto-e-distancia-aprofunda-desigualdades-e-nao-garante-o-direito-educacao-dos-povos> > Acesso em 31 mar. 2021.

RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

RODRIGO HETTSHEIMEIR: bacharelando do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO¹

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa deste artigo se debruça sobre a questão necessária da ressocialização. Assim, apresenta uma análise sobre ressocialização e reincidência e seus aspectos frente ao problema que se tornou o sistema penitenciário brasileiro, principalmente no que se refere às condições de desrespeito, degradantes e desumanas que contrariam o exposto na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal. O objetivo é procurar uma solução para o caos que se encontra o atual sistema Penal Brasileiro e buscar efetivar ressocialização para melhorar os índices de reincidência. Dessa forma, iremos abordar neste artigo sobre os problemas no sistema penitenciário brasileiro e como as medidas de ressocialização podem ser uma solução mais viável a curto prazo. O método utilizado foi descritivo e de revisão de autores para uma avaliação das atuais condições, sendo que ao final do mesmo, houve uma contribuição literária para o tema, e propostas de como o presente estudo deve ser utilizado como ferramenta a colaborar com mudanças.

Palavras-chave: Ressocialização. Sistema. Penitenciário. Penal. Fracasso.

ABSTRACT: The present research of this article focuses on the necessary issue of resocialization. Thus, it presents an analysis of resocialization and recidivism and their aspects in face of the problem that has become the Brazilian penitentiary system, especially with regard to the conditions of disrespect, degrading and inhuman that contradict the exposed in the Federal Constitution and the Law of Penal Execution. The goal is to find a solution to the chaos in the current Brazilian Penal system and seek to effect resocialization to improve recidivism rates. Thus, we will address in this article about the problems in the Brazilian penitentiary system and how resocialization measures can be a more viable solution in the short term. The method used was descriptive and author review for an evaluation of the current conditions, and at the end of it, there was a literary contribution to the theme, and proposals of how the present study should be used as a tool to collaborate with changes.

Keywords: Resocialization. System. Penitentiary. Criminal. Failure.

¹ Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

1 INTRODUÇÃO

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

O conceito de Reincidência “é o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior” (NUCCI, 2008, p. 422).

Nucci (2007) explana duas formas de reincidência: A reincidência real que se verifica quando o agente comete um novo delito depois de já ter, efetivamente, cumprido pena por delito anterior e reincidência ficta, que ocorre quando o autor comete novo crime após ser condenado, porém, sem que tenha cumprido a pena.

Há quem diga que a exacerbação da pena se justifica para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando que a sanção anteriormente imposta foi insuficiente. No entanto, se a sanção imposta não foi suficiente para ressocializar o agente infrator, o Estado foi falho quanto a uma das finalidades principais da pena que é além de outras, a de ressocializar o indivíduo, devendo, portanto, considerar a reincidência não como uma circunstância agravante, pois o Estado não cumprira o seu papel ressocializador. Rogério Greco é enfático ao mencionar que a reincidência é a prova do fracasso do Estado na sua tarefa ressocializadora. (GRECO, 2012).

1.2 QUESTÃO/PROBLEMA

1- O Estado está indiretamente ligado à reincidência do indivíduo já que o mesmo tem dever de ressocializá-lo?

2- Por qual motivo o indivíduo volta a cometer crime, se o papel do Estado é ressocializar o sentenciado dando oportunidade de estudo, emprego e conscientizá-lo que o crime não vale a pena?

3 - Se o Estado não cumpriu a sua função ressocializadora em face do indivíduo que está privado de sua liberdade e em seu poder, o mesmo teria responsabilidade sobre a reincidência do infrator? Se sim, porque o indivíduo deve ser punido pelo crime que cometeu e ainda ter este crime agravado por uma responsabilidade que era do Estado e que o mesmo não cumpriu?

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo Geral

Este trabalho tem como objetivo geral: analisar a ressocialização no sistema penitenciário, abordando todos os seus aspectos legais, doutrinários e sua aplicação,

discutindo a responsabilidade do Estado em face do indivíduo que reincide ao não ressocializar frente ao fracasso do sistema penitenciário apresentado.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Analisar a responsabilidade do Estado em face do indivíduo que reincide.
- Demonstrar o quão ineficiente é o modelo penitenciário na busca da reintegração do indivíduo à sociedade.
- Estudar como ressocializar através do trabalho e do estudo.

1.4 JUSTIFICATIVA

A utilização da reincidência como agravante de pena no processo penal viola os direitos humanos. Há uma concordância quase geral de que os delinquentes necessitam padecer dos males do Sistema, pois 'pensarão duas vezes antes de cometerem novos delitos'.

Hoje, a execução da pena privativa de liberdade parece não cumprir a dupla função de punir e recuperar para ressocializar, conforme estabelece a Lei de Execução Penal (LEP) em seu artigo primeiro, e ainda deixa uma marca na trajetória do egresso que se configura na exclusão social, estigmatizando-o de forma negativa para sempre.

As violações aos direitos humanos dos presos têm sido consequência do descaso dos governantes, legitimado pela sociedade, que vê no sofrimento do preso uma espécie de pena paralela. Ao ser sentenciado, o indivíduo passa à guarda ao Estado, o qual tem o dever de zelar pelos demais direitos do apenado, não atingidos pela sentença. Lamentavelmente, não é essa a realidade. (RANGEL, 2014)

1.5 METODOLOGIA

Este trabalho tem por objetivo analisar o instituto da ressocialização frente o problema da reincidência. Abordará todos os seus aspectos legais, doutrinários e sua aplicação pelos tribunais pátrios e discutirá a responsabilidade do Estado em face do indivíduo que reincide.

Assim, optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica. Segundo Gil (2007), "a pesquisa exploratória é aquela que tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito" e a pesquisa bibliográfica de acordo com Fonseca (2002), é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos e páginas de web sites.

Como técnicas de coleta de dados serão utilizados livros, artigos, legislações, jurisprudências e doutrinas que discorrem sobre o tema. A escolha dessas técnicas se fazem apropriadas, pois representam a maneira mais adequada de atingir o objetivo deste trabalho. O estudo se pauta pela abordagem qualitativa, pois se preocupa com os significados que os sujeitos atribuem às coisas. A pesquisa qualitativa preocupa-se com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais. Segundo Goldenberg (1997):

A pesquisa qualitativa não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, etc. Os pesquisadores que adotam a abordagem qualitativa opõem-se ao pressuposto que defende um modelo único de pesquisa para todas as ciências, já que as ciências sociais têm sua especificidade, o que pressupõe uma metodologia própria. O pesquisador não pode fazer julgamentos nem permitir que seus preconceitos e crenças contaminem a pesquisa. (GOLDENBERG, 1997),

2 PENA

A prisão propriamente dita, segundo Goffmann (2007), surgiu no fim do Século XVIII e princípio do Século XIX com o intuito de castigar e punir o criminoso.

A partir do momento que a sociedade decidiu viver em grupo, surgiu a necessidade da pena, como forma de reprimir, uma forma de castigo, de punir o semelhante pelos crimes cometidos, ou seja, vingança privada àquele que transgredisse as regras estabelecidas na época, direito este que vêm sofrendo modificações ao longo dos tempos.

Atualmente a pena é tida como consequência de uma conduta ilícita, como forma de punição ao mal causado. A pena de prisão no Brasil é a medida prevista no ordenamento jurídico brasileiro aplicável ao autor de uma infração penal, que consiste na perda de sua liberdade, cuja finalidade é preventiva, a fim de evitar a prática de novos delitos.

Pena a partir do vocábulo alemão *pein*, pelo latim *poena*, que se traduz dor, castigo, suplício. O termo latino, por sua vez, tem origem no grego *poiné*, com duplo significado: "retribuição destinada à compensação de um dano, ou ainda *ponos*, com sentido de punição, humilhação e sofrimento." (FRANZOLOSO 2013).

Existem vários conceitos doutrinários sobre o que é pena, e qual a sua finalidade, vejamos alguns: O jurista Rogério Greco traduz pena como:

Uma consequência natural e jurídica do delito, imposta pelo Estado, quando do cometimento de um fato típico, antijurídico e culpável, após a devida persecução criminal, devendo esta, num Estado Democrático de Direito, se dar de acordo com os Ditames da Constituição da República Federativa do Brasil. (GRECO, 2007, p. 11).

Por sua vez, o professor Mirabete salienta que "na pena deve existir várias características como: legalidade, personalidade, proporcionalidade e inderrogabilidade". (MIRABETE, 2004).

Mas o conceito mais aceito pelos doutrinadores, entre eles Frederico Marques, Damásio de Jesus, e Julio Fabrinni Mirabete é o elaborado por Sebastian Soler, que diz: Seguindo o entendimento de que a pena não deve ter caráter exclusivamente retributivo, mas também deve ser direcionada a uma finalidade utilitária e preventiva, Edilson Bonfim e Fernando Capez, definem pena como:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja a finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover sua reabilitação social e prevenir novas transgressões, pela intimidação dirigida à coletividade. (CAPEZ, 2003, p. 09).

Somente com a individualização, personalização e humanização da pena, que é possível assegurar ao encarcerado um tratamento mais justo, humano possível, direito este garantido constitucionalmente. A pena de prisão é considerada uma privação da liberdade, dessa forma a punição tem que estar prevista em lei, para que sejam evitados abusos e arbitrariedades do Poder Público. Desde o início, a pena teve caráter predominante de retribuição de castigo, com o fim intimidativo, a partir da reforma de 1984, passou a ter a finalidade de preventiva e retributiva.

2.1 FINALIDADE DA PENA DE PRISÃO

Conforme preleciona Thompson:

Propõe-se oficialmente como finalidade da pena de prisão, a obtenção não de um, mas de vários objetivos concomitantes, como: punição retributiva do mal causado pelo delinquente; prevenção da prática de novas infrações através da intimidação do condenado e de pessoas potencialmente criminosas e regeneração do preso, no sentido de transformá-lo de criminoso

em não criminoso. (THOMPSON, 2002, p. 25).

Podem ser encontrados outros dispositivos na LEP que visam a ressocialização do condenado, entre elas a progressão de regimes, a assistência ao egresso, todas com a finalidade de reintegrá-lo a sociedade.

A legislação tem por finalidade da pena a ressocialização do condenado, sendo necessária uma avaliação no contexto prisional, com a superlotação das unidades prisionais, falta de estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena, com condições subumanas, precariedade dos estabelecimentos em termo de saúde, higiene, condições estas que o indivíduo é submetido diariamente, o crescimento de organizações criminosas e da corrupção dentro das prisões, falta de segurança, falta de funcionários especializados para o trato com os presos. Dessa forma o sistema carcerário torna-se uma escola do crime, onde criminosos de alta periculosidade dividem celas com sujeitos que praticaram delitos de menor potencial ofensivo, e esses são influenciados e obrigados a incorporar a cultura do meio social ao qual foi inserido.

Para que se tenha êxito, os estabelecimentos prisionais deveriam discriminar os presos de acordo com o exame criminológico, com a finalidade de conhecer a conduta e o melhor programa de tratamento para sua ressocialização e menor índice de reincidência.

A medida repressiva brasileira tem a finalidade de punir o sujeito através da retribuição pela prática delituosa e a prevenção, para o não cometimento de novos crimes. Nestes casos, a pena é apontada por ser "um castigo, uma intimidação ou reafirmação do Direito Penal e um recolhimento do indivíduo que a praticou para ressocialização".. (OLIVEIRA; LIMA, 2009, p. 66).

Nas palavras de Leal (2004):

Desde os primeiros momentos em que o homem começou a viver agrupado, em uma pré-conceituação de sociedade, as punições foram efetivamente drásticas para os indivíduos que conviviam e cometiam algo não aceitável pelo grupo. Em todas as classes étnicas que surgiam em diferentes épocas e em diversos locais, as punições tornavam-se semelhantes, a pena de morte para punir os delitos cometidos. A prática da pena capital tanto servia para punir criminosos, como estabeleciam a hegemonia política e religiosa. (LEAL, 2004, p. 134).

Importante ressaltar neste momento que a pena privativa de liberdade tem a finalidade de retribuição, de prevenção e de ressocialização. A finalidade de retribuição servi para demonstrar a autoridade do Estado aqueles que praticam crimes; a

finalidade de prevenção decorre do propósito de evitar novos crimes; a finalidade de ressocialização, pretende fazer com que o condenado entre no sistema prisional para cumprir sua pena e de lá saia melhor do que entrou, proporcionando a ele valores, ensinamentos e limites que lhe permita voltar a conviver em sociedade.

Contudo os altos índices de reincidência evidenciam que a pena privativa de liberdade não tem alcançado suas finalidades.

3 SISTEMA PENITENCIÁRIO

Entende Ibaixe Jr (2010) por sistema prisional, um conjunto de medidas administrativas e instalações, destinados à execução de penas privativas de liberdade. Sua existência está relacionada ao fato de que o indivíduo que praticou um determinado crime, devido à natureza deste, deve ser segregado do convívio social, sofrendo ao mesmo tempo uma punição e uma retribuição em face da infração. Deveria, também, ter pôr fim a ressocialização desse mesmo indivíduo.

O sistema prisional também conhecido como sistema carcerário age como executor de penas privativas de liberdade, tendo esta como função primordial a ressocialização do indivíduo, objetivando fornecer condições favoráveis para devolvê-lo à sociedade, enfatizando a arquitetura, segurança e respeito aos Direitos Humanos.

Existem normas no ordenamento jurídico brasileiro que tratam da organização do sistema penitenciário, a exemplo do Art. 5º inciso XLVIII da Constituição Federal, que divide as unidades penitenciárias em femininas e masculinas, por idade, pela natureza do delito e o inciso XLIX que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, podemos citar também a Lei de Execuções Penais (LEP) que prevê que os detentos sejam mantidos em celas com pelo menos seis metros quadrados para cada preso.

Assim percebemos que a Constituição Federal de 1988 traz normas que visam buscar a ressocialização do indivíduo, atribuindo normas gerais, que em regra devem ser respeitadas para que seja alcançado o principal objetivo das penas privativas de liberdade.

3.1 BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Segundo MTJR Penal (2009) existem relatos de prisões na bíblia, e muito antes dos registros cristãos. Os primeiros cativos datam de 1700 a.c e suas finalidades eram a de reclusão dos escravos angariados como espólios de guerra. Os principais crimes nos tempos antigos eram o endividamento, a desobediência, o desrespeito às autoridades, normalmente contra reis e faraós.

Estas prisões não estavam estritamente relacionadas à sanção

penal, pois não existiam códigos de regulamentação social. Por este motivo, o próximo estágio desta reclusão era a tortura e execução. Evidencia-se assim que a finalidade da prisão não era a recuperação social. Os locais usados para aprisionar essas pessoas não eram presídios ou cadeias, eram locais tais como, masmorras, torres, castelos, locais abandonados, entre outros. Durante a revolução industrial, já existiam relatos de prisão preventiva. Devido ao crescimento do estado de pobreza que se alastrou por diversos países europeus que contribuíram para o aumento da criminalidade, criou-se um grande movimento de racionalização do Direito, da Execução Penal e muito mais recentemente o reconhecimento dos direitos humanos e dos Jus Naturalismo, que veio agregar a exigência da ética e o respeito à moral e dignidade do indivíduo.

Segundo Santis e Engruch (2016), em 1828, as penitenciárias do Brasil eram muito precárias. Por isso, a Lei Imperial determinou que uma comissão visitasse as prisões civis, militares e eclesiásticas para avaliarem seu estado e apontarem melhoramentos necessários. Esse trabalho resultou em relatórios importantíssimos para a questão das penitenciárias do país, mostrando a realidade lastimável desses estabelecimentos. O primeiro relatório da cidade de São Paulo, datado em abril de 1829, tratava de problemas que ainda hoje existem, como falta de espaço para os presos e a convivência entre condenados e presos provisórios. Em 1830 o Código Criminal veio regulamentar a Pena de Prisão e individualização das penas. A pena de prisão no Brasil acontecia de duas formas: a prisão simples e a prisão com trabalho (que podia ser perpétua). O Código não estabeleceu nenhum sistema penitenciário específico, ficando a cargo dos governos provinciais escolherem o tipo de prisão e seus regulamentos.

Em 1841 foi feito novo relatório, e a comissão apresenta um olhar mais crítico, trazendo sugestões para a futura Casa de Correção de São Paulo, que viria a ser inaugurada em 1852. É nessa época, especialmente com a construção das casas de correção no Rio de Janeiro em 1850, e em São Paulo, que ocorrem as primeiras mudanças no sistema penitenciário brasileiro com a introdução de oficinas de trabalho, pátios e celas individuais, pela implantação de modelos estrangeiros como o Sistema da Filadélfia e o de Auburn. Em 1890, o novo Código Penal aboliu as penas de morte, penas perpétuas, açoite e as galés. Uma inovação desse Código foi estabelecer limite de 30 anos para as penas. Desde a promulgação do Código Criminal de 1830, já se percebia uma escassez de estabelecimentos para o cumprimento das penas previstas no Código.

A realidade no novo Código de 1890 não foi diferente, enquanto a maioria dos crimes previa pena de prisão, que envolvia trabalhos dentro do presídio, não existiam estabelecimentos prisionais suficientes para o cumprimento desses trabalhos. Novamente o legislador se vê obrigado a criar alternativas para o cumprimento dessas

penas. Existia um grande abismo entre o que era previsto em lei, com a realidade carcerária vivenciada naquela época.

O problema da falta de vagas nas prisões criava outro grave problema, a deterioração do ambiente dos presídios. Para agravar ainda mais esta situação, quando não havia uma prisão para o cumprimento da pena, uma prática comum das comarcas do interior, era a transferência dos presos para a capital.

3.2 REINCIDÊNCIA

Para Nucci (2008, p. 422) "reincidência é o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior".

O instituto da reincidência está previsto nos artigos 63 e 64 do código penal brasileiro do qual constam que: "Art 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior." (BRASIL, 1940).

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (BRASIL, 1940).

Nucci (2007) explana duas formas de reincidência: A reincidência real que se verifica quando o agente comete um novo delito depois de já ter, efetivamente, cumprido pena por delito anterior e a reincidência ficta que ocorre quando o autor comete novo crime após ser condenado, porém, sem que tenha cumprido a pena.

3.3 FRACASSO NA RESSOCIALIZAÇÃO

De acordo com Souza (2008) fracasso refere-se ao estado ou condição de não atingir um objetivo desejado ou pretendido. Pode ser visto como o oposto de sucesso. Com isso, este trabalho busca demonstrar o quão ineficiente é o modelo penitenciário na busca da reintegração do indivíduo á sociedade, sendo um dos objetivos da pena, ressocializar.

A ressocialização é assunto de grande relevância atualmente, considerando-se

que o elevado índice de reincidência no país, parece consenso, está diretamente ligado à ineficiência da política adotada para que essa ressocialização se torne efetiva de fato.

Atualmente a situação das penitenciárias no Brasil é calamitosa, cadeias e presídios superlotados, em condições degradantes. Esse contexto afeta toda a sociedade que recebe os ex-apanados que saem desses locais da mesma forma como entraram em situação de revolta maior que antes da detenção. É direito de todos os cidadãos, ainda que tenha cometido algum delito, serem tratados com dignidade e respeito. (CALHAU, 2008).

Afirma-se consenso que a ressocialização está impedida de ser conseguida numa instituição estruturada como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior. A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação. (JESUS, 2007).

Todo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a promulgação da Constituição de 1988, exclui o preso da sociedade com o proposto de ressocializá-lo, porém a realidade é outra. Nesse mesmo sentido, preleciona Mirabete:

O sistema de penas de privativa de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daquele a que, em liberdade, deverá obedecer. Isso sem falar nas deficiências intrínsecas ou eventuais do encarceramento, como a superlotação, os atentados sexuais, a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados. (MIRABETE, 2003, p. 251-252)

De acordo com Zacarias:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Parece consenso que os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as graves contradições que existem no sistema social exterior. A pena privativa de liberdade não ressocializa o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da

estrutura social de denominação. (ZACARIAS, 2006, p. 74).

Concorda com Zacarias a afirmação de Zaffaroni:

A ressocialização está longe de ser objetivo da pena de prisão. Suas funções têm se pautado em objetivos antagônicos, punir e exemplar, ao ponto de se pensar que perdeu-se muito a bússola da ressocialização não sendo mais possível considerá-la utopia, algo irrealizável e sim algo absurdo, aquilo que jamais poderá ser feito porque está em oposição à lógica. (ZAFFARONI 2003, p. 114).

A ideia de ressocialização como a de um tratamento, é radicalmente alheios aos postulados e dogmas do direito penal clássico, que professa um retribucionismo incompatível com aquele. É de fato, sua legitimidade questionada desde as mais diversas orientações científicas, progressistas ou pseudoprogredistas, tais como a criminologia crítica, determinados setores da psicologia e da psicanálise, certas correntes funcionalistas, neomarxistas e interacionistas.

Depreende-se do cenário penitenciário atual vivenciado pela sociedade brasileira que muitos são os fatores negativos que conduzem e levam o apenado a voltar a criminalidade depois do cumprimento da pena e quando em liberdade, sem dúvida alguma nesse rol o ambiente penitenciário que desestrutura o estado emocional do apenado, é um fator que contribui para o seu desequilíbrio mental, notadamente frente a submissão do preso a uma mudança brusca, no que tange ao seu comportamento, o convívio social e familiar, além é claro das condições insalubres da instituições. (BITENCOURT, 2011).

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2011):

Um dos grandes obstáculos à ideia ressocializadora é a dificuldade de colocá-la efetivamente em prática. Parte-se da suposição de que, por meio do tratamento penitenciário – entendido como conjunto de atividades dirigidas à reeducação e reinserção social dos apenados –, o terno se converterá em uma pessoa respeitadora da lei penal. E, mais, por causa do tratamento, surgirão nele atitudes de respeito a si próprio e de responsabilidade individual e social em relação à sua família, ao próximo e à sociedade. Na verdade, a afirmação referida não passa de uma carta de intenções, pois não se pode pretender, em hipótese alguma, reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade em condições de não liberdade, constituindo isso verdadeiro paradoxo. (BITENCOURT, 2011, p. 139).

Na concepção de Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 139) “[...] o objetivo da ressocialização é esperar do delinquente o respeito e a aceitação de tais normas com a finalidade de evitar a prática de novos delitos” e, sucumbindo a isso se percebe com clareza que o trabalho e a educação dos presos retiram os condenados do ócio, o qual é prejudicial a todo o sistema prisional e a sociedade,

Concorda-se com Bitencourt (2011), quando ressalta que a ressocialização não é o único e nem o principal objetivo da pena, mas sim, uma das finalidades que deve ser perseguida na medida do possível. Assim, não se pode atribuir às disciplinas penais a responsabilidade de conseguir a completa ressocialização do egresso do sistema prisional, ignorando a existência de outros programas e meios de controle social através dos quais o Estado e a sociedade podem dispor para cumprir o objetivo socializador, como a família, a escola, a igreja.

3.4 CRITICA AO SISTEMA APRESENTADO

Gerivaldo Neiva entende primeiramente necessário ressaltar, que o Direito Penal como um todo, abarrotava as penitenciárias com delinquentes comuns, isso porque visam usá-lo em todos os âmbitos, banalizando-o assim, em consequência, não havendo mais vagas para os presos. Em segundo plano, temos um sistema idealizado perfeitamente na teoria mais corrompido na prática, chegando a uma defasagem no sistema penitenciário. (GERIVALDO, 2014).

Quanto os direitos fundamentais infelizmente, a maioria dos direitos não são respeitados, representando uma violação do ordenamento jurídico. Historicamente analisando, para entendermos as consequências atuais de um sistema perfeito nas entrelinhas e não executado. Vejamos as ponderações de Heleno Fragoso:

É antiga a idéia de que os presos não têm direito algum. O Condenado é maldito (*sacer esto*) e, sofrendo a pena, é objeto da máxima reprovação da coletividade, que o despoja de toda proteção do ordenamento jurídico que ousou violar. O criminoso é execrável e infame, servo da pena, perda a paz e está fora do direito. O outlaw no antigo direito inglês podia ser morto por qualquer pessoa, pois, como se dizia nos próprios textos, “pode ser morto meritoriamente sem a proteção da lei, o que não quer viver conforme a lei”. No direito primitivo impunha-se ao delinqüente a pena de expulsão do grupo (que virtualmente significa a morte). (FRAGOSO, 1980).

Como pontos extremos, existe uma demanda significativa de condenações e um número de vagas bem inferior ao necessário, sendo comum que presos condenados cumpram sua pena em cadeias públicas, como os condenados a regime

semi aberto ou mesmo regime aberto, cumpram pena no mesmo estabelecimento destinado ao condenados em regime fechado. Com isso, temos presos com características muito distintas, ou seja, presos por crime de pequeno ou médio potencial ofensivo em convívio com presos condenados por crimes de grande potencial ofensivo, sendo acomodados em uma única cela, não respeitando assim a individualização e colocando em risco a segurança jurídica por falta de uma estrutura já prevista em lei. Durante o cumprimento da pena, o condenado conserva todos os direitos. Dignidade, palavra que vem do latim "dignitas", que significa honra, virtude ou consideração, é uma qualidade moral inata, ou seja, nasce com a pessoa, além de ser considerada indisponível, porém como estamos cansados de assistir as mazelas, notamos que os presos são colocados em ambientes insalubres e totalmente desrespeitados ao mínimo de dignidade humana.

Ingo Wolfgang Sarlet considera que a dignidade humana é indisponível e garantida constitucionalmente, assim descreve:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2011, p. 73).

A dignidade da pessoa humana é um conjunto de direitos fundamentais, necessários a sua subsistência, tais como, acesso amplo aos serviços de saúde, educação, e demais outros, inseridos, porém não cumpridos quanto a destinação a esta parcela momentânea (condenados), na Constituição Federal do Brasil.

Feitas ponderações, e de acordo com Kaehne, são situações desumanas que levam ao aumento dos crimes, estando uma diretamente ligada a outra:

São situações como essas que fazem com que os seres humanos recolhidos aos cárceres, que única e exclusivamente, perderam a liberdade, mas não a dignidade, saiam dali embrutecidos, animalizados, bestializados, prontos a cometer não mais aquele crime que os levou aos cárceres, mas outros mais violentos [...]. (KAENE, 2001).

Novamente entrando nas tangentes de direitos sociais a Constituição Federal

traz em seu artigo 5º, e incisos, garantias fundamentais que asseguram ao encarcerado o direito a dignidade, mesmo estando preso este direito não pode ser ferido. Vejamos: "Art. 5º, III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante"; (CONSTITUIÇÃO FEDERAL art. 5).

A realidade dos presídios e delegacias encontram-se em conflito, ante a falta de estrutura, onde o que se encontra é a falta de recursos para oferecer o mínimo de dignidade ao condenado, celas superlotadas, falta de higiene, a violência dentro dos próprios presídios, garantias constitucionais totalmente violadas, que contribuem para agravar a crise que se encontra o sistema penitenciário no país e o aumento da criminalidade, não alcançando assim a finalidade que a esses órgãos é atribuída.

Entre os efeitos do aprisionamento, Fonseca (2006) destaca: a perda da identidade e a aquisição de uma nova, sentimento de inferioridade, regressão e empobrecimento psíquico, o que dificulta a elaboração de metas em longo prazo. Comenta ainda que após ressaltar os prejuízos psicológicos do aprisionamento, percebe-se a necessidade e a responsabilidade da sociedade em possibilitar a reintegração social da pessoa privada de liberdade.

4 MEDIDAS POSSÍVEIS

A LEP (Lei de Execuções Penais – Lei 7.210/1984) é a lei que regula os direitos e deveres dos detentos com o Estado e a sociedade, estabelecendo normas fundamentais a serem aplicadas durante o período de prisão. Por esta razão recebe a alcunha de Carta Magna dos detentos. É considerada, atualmente, como uma das leis mais avançadas, por estabelecer normas e direitos eficientes, principalmente, quanto à ressocialização do detento. (MIRABETE, 2004, p. 108).

Com efeito, a Lei em seu artigo 1º estabelece, como um dos principais objetivos da pena, a oferta de condições que propiciem harmônica integração social do apenado. Assim, se cumprida integralmente, grande parcela da população penitenciária atual alcançaria êxito em sua reeducação e ressocialização.

De acordo com Montoro (1999, p.55) afirma que o termo "ressocializar denota tornar o ser humano condenado novamente capaz de viver pacificamente no meio social, de forma que seu comportamento seja harmonioso com a conduta aceita socialmente".

Entretanto, é preciso que o Estado resguarde um mínimo de liberdade e personalidade do apenado para que este possua condição para assimilar o processo de ressocialização. Ainda neste sentido, prescreve a LEP, art.10º: "A assistência ao preso

e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno a convivência social."

O art.11 do mesmo instituto especifica a assistência devida pelo Estado, devendo esta ser material (alimentação, vestuário e instalações higiênicas), jurídica, educacional, social, religiosa e assistência à saúde.

De acordo com o art.22 a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. Atentando a tais considerações, Albergaria (2006), diz que se elencam como os principais problemas do sistema carcerário a violência física, psicológica e sexual entre presos e agentes custodiadores e entre os próprios presos; a superlotação penitenciária obrigando detentos primários a conviverem com reincidentes e praticantes de crimes hediondos; a falta de assistência médica efetiva.

Então, o que se pode fazer como medidas para mudar este panorama? Está demonstrado que o sistema penitenciário brasileiro está em crise, podendo ser apontado diversas situações, entre elas, falta de investimento público, condições desumanas que o encarcerado é submetido, falta de profissionais capacitados, corrupção, rebeliões. Renan Calheiros acredita ser necessário buscar um modelo de atendimento mais eficiente, dentro das regras do Estado de Direito, com princípios de humanização, assim considera:

O conteúdo retributivo do mal consequente do crime, sendo assim as entidades devem conceder ao cidadão privado da liberdade, como um reeducando, ou seja, alguém precisa ser submetido a um processo de reeducação onde ele tenha acesso a educação, trabalho, lazer e acima de tudo respeito a vida, para que amanhã ele possa ser um egresso, ou seja, alguém que volte a sociedade e todos os acolham como pessoa e não mais como marginal. (CALHEIROS, 1998).

O Estado é o responsável por estabelecer a ordem, a Lei e a segurança, mas o que encontramos são celas superlotadas, direitos e garantias individuais suprimidas, descumprindo sua função de garantir a integridade física e moral dos encarcerados, ferindo o artigo 5º e inciso XLIX da Constituição Federal:

Art: 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:

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e

O encarcerado tem todos os direitos não atingidos pela sentença, tem garantido a inviolabilidade do direito à vida e à segurança, além do respeito a integridade física e moral, e podemos observar que o Estado tem falhado em suas obrigações. O artigo 88 da Lei de Execução Penal ainda prevê como deve ser tratado o condenado: "O condenado será alojado em cela, individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório". (LEI 7210/84, art. 88).

O legislador procurou oferecer um ambiente condizente com as necessidades básicas do ser humano, mas o que temos é um amontoado de pessoas em condições desumanas, ou seja o Estado inerte.

4.1 REINTEGRAÇÃO SOCIAL E RESSOCIALIZAÇÃO POR MEIO DO TRABALHO

O trabalho tem muitos significados do nosso dia-a-dia.

Com isso, o trabalho pode contribuir para melhorar a crise do sistema prisional pois é a possibilidade do preso exercer atividade laborativa, e não é apenas o trabalho mero como passatempo, tendo em vista que não se trata de um mecanismo pedagógico. O trabalho tem a função de resguardar a dignidade da pessoa como agente capaz de prover sua própria subsistência com autonomia. O trabalho exerce papel essencial para que o preso tenha uma experiência construtiva que demonstra que é possível e, principalmente, viver com dignidade sem agredir os outros. (MOURA, 2009).

Dentro dessa perspectiva o trabalho é rico de sentido individual e social, é um meio de produção da vida de cada um ao prover subsistência, criar sentidos existenciais ou contribuir na estruturação da identidade e da subjetividade. (TOLFO; PICCININI, 2007).

As propostas de ressocialização são trabalhadas em diversos lugares no mundo. Para a política de execução penal, pensa-se em atividades laborais e de cunho profissionalizante, bem como atividades educacionais, culturais, religiosas e esportivas. (JULIÃO, 2007).

Para o autor supracitado, trabalho e educação são elementos fundamentais quando se trata da discussão sobre projetos e programas de "ressocialização" no sistema penitenciário. Sempre foram vistos de formas diferentes. Enquanto uns valorizam o trabalho como proposta de programa de ressocialização, existem outros que prezam pela educação. Existe outro grupo que acredita que a educação e o trabalho devem ser trabalhados em paralelo.

O verdadeiro significado do trabalho na vida dos apenados só será visualizado

no momento em que o sistema prisional compreender que o indivíduo só percebe um sentido no trabalho quando pode estabelecer um vínculo com ele, e que lhe permita perceber seu valor. Portanto o trabalho só exercerá um papel preponderante na ressocialização dos apenados quando esses encontrarem um sentido nas tarefas a serem realizadas e assim tentarem buscar o equilíbrio físico e mental (LEMOS, MAZZILI, KLERING, 1998). Os autores frisam que o trabalho prisional precisa ser organizado de tal maneira que as tarefas realizadas não representem somente estímulos mecânicos, mas que antes de qualquer coisa os apenados encontrem nas condições de trabalho os fatores necessários para o seu desenvolvimento pessoal.

O idealismo de um sistema prisional está naquele que conta com trabalho para o detento, que lhe retire da inércia que tanto incentiva a prática delituosa, como aquele que prepara o preso para sua inserção na sociedade decorrido o prazo de cumprimento de sua pena. Além do mais, o sistema deve ser bem estruturado e garantir uma vida saudável ao preso, assim como, por último, o sistema deve ter a participação da comunidade na ressocialização do preso. (MOURA, 2009).

4.2 RESSOCIALIZAÇÃO PELO ESTUDO

Também podem ser oferecidos aos condenados cursos profissionalizantes com oficinas dentro das penitenciárias, e este instrumento seria muito mais que uma forma de novamente socializar o preso, teriam ainda, a função de trazer a formação de mão de obra especializada aos detentos. (MOURA, 2009).

A educação dos encarcerados é uma questão prevista na Lei de Execução Penal e direcionada aos presos, mas sua implantação resulta num impasse bastante manifesto por aqueles que trabalham com educação prisional que é a difícil relação entre a educação e a segurança. A educação é vista pelos agentes de segurança como algo que fragiliza a segurança do presídio; e, por outro lado, o professor diz que o agente tem má vontade e que desmerece os estudos do preso. (MOURA, 2009).

Vale registrar que no Brasil vem sendo discutidas alterações nas disposições da Lei de Execuções Penais para que todos os juizes brasileiros considerem os estudos na prisão como uma forma de diminuir a pena do detento. A ausência de preocupação com a educação e formação profissional do preso é reflexo do descaso que a sociedade brasileira como um todo tem em relação à educação. É preciso que a sociedade amadureça quanto a importância da educação prisional, pois sem educação, a penitenciária é a forma mais onerosa transformar pessoa. A principal função da educação prisional é a de contribuir para resolver problemas como violência, saúde, entre outros de ordem sociais. Há quem argumente que, como temos inúmeros problemas de natureza social, então a educação dos presos é uma questão secundária. Outra ótica e diga-se, bem mais positivista é aquela que vislumbra na educação uma chance para que o preso possa restabelecer sua vida e melhorar outros aspectos. A

Educação, sem ressalvas é o caminho para o desenvolvimento e para barrar o aumento da violência. "Nenhum país do mundo conseguiu se desenvolver e progredir social e economicamente sem investir na educação. A Educação é praticamente a única fonte segura que garante a ascensão social dos mais pobres". (MOURA, 2009, p. 3).

A realidade das prisões brasileiras é uma expressão de questões sociais em que há diversos fatores que colaboram para que ela continue nessas condições, funcionando como uma instituição violadora dos direitos humanos. O efetivo carcerário, geralmente, é formado por uma população com baixa escolaridade e muitas vezes sem nenhum tipo de profissionalização. (ANDRADE, 2008).

Dessa maneira, observa-se a importância de educar os presos e garantir uma atividade laboral para que eles saibam que ao reingressarem na sociedade poderão também voltar ao mercado de trabalho de acordo com as funções os quais tiveram oportunidade de se capacitar durante o período em que estiveram recolhidos para cumprimento da pena.

Assim, aqueles que se encontram presos, em algum momento de suas vidas não conseguiram usufruir a cidadania em sua plenitude, pois apesar da universalização dos direitos, o acesso aos mesmos ocorre de maneira desigual. (ANDRADE, 2008).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fazer uma análise acerca do sistema prisional e da ressocialização do apenado, fica clara a ineficiência do atual sistema prisional e a superlotação das penitenciárias. Em termos de ressocialização, o sistema carcerário atual não é voltado para o trabalho dos presos, sendo que o encarceramento apenas os deixam mais motivados para voltar a praticar a reincidência.

A superlotação prisional, o descaso dos governantes e a inexistência de um trabalho para a recuperação do detento tem sido um pressuposto para as rebeliões em presídios, que tem levado sentenciados a morte por seus próprios companheiros.

Todo esse caos e precariedade de um sistema em crise ocorre por óbvio em decorrência da falência e desestruturação do sistema carcerário que esgotou suas potencialidades de punir e de ressocializar o detento com a promoção da dignidade enquanto encarcerado e de políticas públicas educacionais.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da Execução Penal*. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ANDRADE, V. R. **Sistema Prisional e Direitos Humanos: desafios para a garantia de uma política de proteção aos direitos dos presos.** UFRJ [monografia]. 2008.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro.** Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em: jun. de 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

BORDIEU, Pierre. O camponês e seu corpo. **Rev. Sociol. Polit.** [online]. 2006, n.26. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782006000100007&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: jun. de 2020.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: jun. de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: jun. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm. Acesso em: jun. de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias Infopen**, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: jun. de 2020.

BUENO ARÚS, Francisco. **La resocializacion del deliciente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciário.** In: Actualidad Penal, Madrid, n.1, 1987.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição federal anotada.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALHEIROS, Renan. **Um Novo Modelo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAMPOS, Teresinha de Jesus Moura Borges. **A eficácia das Penas Alternativas.** Teresina: Associação Piauiense do Ministério Público, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 10ª ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2004.

CARVALHO FILHO, Luis Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002, p.45.
Disponível em: www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf.
Acesso em: jun. de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ Serviço** – Saiba como funciona a remição de pena. Agência CNJ de Notícias, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81644-cnj-servico-como-funciona-a-remicao-de-pena>> Acesso em: jun. de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Entenda os diferentes regimes de cumprimento de pena. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em:
<https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/172889464/entenda-os-diferentes-regimes-de-cumprimento-de-pena>. Acesso em: jun. de 2020.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Rio de Janeiro, 2006.

DALEPRANE Cristina Passos; HATAB, Layla Gonçalves. **O trabalho prisional como alternativa de ressocialização penal: uma garantia de efetivação dos direitos humanos**. RVMD, Brasília, V. 5, nº 1, p. 128-164, Jan-Jun, 2011. Disponível em:
<https://bdt.d.uceb.br/index.php/rvmd/article/download/2632/1611>. Acesso em: jun. de 2020.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto, A. **Penas Restritivas de Direitos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

DOTTI, Ariel René. **A Crise do Sistema Penitenciário**. Artigos de Direito, 2003. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12441-12442-1-PB.pdf>. Acesso em: jun. de 2020.

EBRADI, Escola Brasileira de Direito. Como se dá a progressão e regressão do regime de cumprimento da pena? **Jusbrasil**, 2017. Disponível em:
<https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/447444472/como-se-da-a-progressao-e-regressao-do-regime-de-cumprimento-da-pena>. Acesso em: jun. de 2020.

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

FRAGOSO, HELENO *et al.* **Direitos dos presos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRANZOLOSO, Alexandre G. **Aplicação da pena e o princípio da proporcionalidade**. 2013. Disponível em:

<https://www.campograndenews.com.br/artigos/aplicacao-da-pena-e-o-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: jun. de 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Trad. Dante Moreira Leite. 7 ed. São Paulo: Perspectiva Ed., 2007.

GOLDENBERG, Mirian. **A Arte de Pesquisar**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O Regime Disciplinar Diferenciado é Constitucional?** O Legislador, o Judiciário e a Caixa de Pandora. 2007. Disponível em: www.bu.ufsc/constregimedisciplinardifer.pdf. Acesso em: jun. de 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14 ed., vol I. Rio de Janeiro: Impetrus, 2012.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal**. 3. ed. rev. atual. Niterói, RJ: Impetus, 2007.

IBAIXE JR, João. **Sistema prisional: alguns conceitos para compreender estatísticas**. Última Instância, 2010. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/2765/sistema+prisional+alguns+conceitos+para+compreender+estatisticas.shtml>. Acesso em: jun. de 2020.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal parte geral**. 24 ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

JULIÃO, Elionaldo Fernando. **Educação para jovens e adultos privados de liberdade: Desafios para a política de reinserção social**. Salto para o Futuro. EJA e Educação Prisional. Rio de Janeiro, Boletim 06, Maio de 2007.

_____. **Educação profissional para jovens e adultos privados de liberdade**. Salto para o Futuro. EJA e Educação Prisional. Rio de Janeiro, Boletim 06, Maio de 2007.

_____. O impacto da educação e do trabalho como programas de reinserção social na política de execução penal do Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Educação**. Rio de Janeiro, v. 15, n. 45, p. 529-596, set./dez. 2010.

JUNIOR, Mauro Tarantini. MTJR PENAL. **O Sistema Prisional Brasileiro**. Portal Estácio, 2009. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/1734/artigo-sistema-prisional-brasileiro-pseudonimo-mtjr-penal-1.pdf>. Acesso em: jun. de 2020.

KAENHE, Maurício. Privatização dos Presídios. **R. CEJ. Brasília**, n.15, p. 12-29, set/dez.2001. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: jun. de 2020.

KOLKER, Tânia. **A Atuação dos psicólogos no sistema penal**. In: GONÇALVES, H.S e BRANDÃO, E.P. Psicologia Jurídica no Brasil. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2004.

LEAL, João José. **Direito penal geral**. 3ª ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

LEAL, César Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL in Vade Mecum. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEP - Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984 - Institui a Lei de Execução Penal. Art. 91. **A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto**.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. **Manual de Execução Penal, teoria e orática**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Execução Penal**. São Paulo: Ed Atlas, 11ª ed., 2004.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25. ed. São Paulo: RT, 1999.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Revista **Síntese de Direito Penal e Processo Penal**, São Paulo, ano V, n. 28, p. 37, out/Nov, 2004.

MOURA, Danieli Veleza. A crise do Sistema Carcerário Brasileiro e sua consequência na ressocialização do apenado. **Revista jus vigilantibus**. 2009. Disponível em: <http://http://jusvi.com/artigos/40365/3>. Acesso em: jun. de 2020.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Notas sobre a inconstitucionalidade da lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal. In: **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

NEIVA, Gerivaldo. **As Regras de Mandela implodem o sistema prisional brasileiro**. Regras mínimas para tratamento de presos, 2014. Disponível em

<https://gerivaldoneiva.jusbrasil.com.br/artigos/351652213/as-regras-de-mandela-implodem-o-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em: jun. de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Código Penal Comentado**. 7 ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2007.

OLIVEIRA, Gleick Meira; LIMA, Rebecca Rocha. **Do Direito Penal brasileiro: Das penas e da pena de morte**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/diretoria@ambito-juridico.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9101&revista_caderno=3. Acesso em: jun. de 2020.

RANGEL, Anna Judith. **Violações aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil: perspectiva humanitária e tratados internacionais**. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <http://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>. Acesso em: jun. de 2020.

SANTIS, Bruno Morais Di; ENGBRUCH, Werner. **A Evolução Histórica Do Sistema Prisional**. *Revista Pré Univesp*. nº 61, Ed. Universo, 2016. Disponível em: <http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WZMWDYjyvIW>. Acesso em: jun. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública: na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

SOUZA, Marcio. **Fracasso**. Dicionário Informal, 2008. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/fracasso>. Acesso em: jun. de 2020.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. Disponível em: <http://www.intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/juridica/article/viewfile/833/810>. Acesso em: jun. de 2020.

TOLFO, S. R., & PICCININI, V. **Sentidos e significados do trabalho: explorando conceitos, variáveis e estudos empíricos brasileiros [Edição Especial]**. Psicologia & Sociedade, 2007.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A terceirização do sistema carcerário no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 275, 8 abr. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5055>. Acesso em: jun. de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Reclusão x Detenção x Prisão Simples**, 2015. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/reclusao-x-detencao-x-prisao-simples>. Acesso em: jun. de 2020.

VIDAL, Luís Fernando Camargo de Barros. Privatização de Presídios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Revista dos Tribunais, ano 1, nº. 2, abril/julho, 1993.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Diriето penal brasileiro: teoria geral do direito penal v.1**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO NO ÂMBITO EDUCACIONAL ATRAVÉS DE PROCESSOS LICITATÓRIOS

ANA CARNEIRO JUNQUEIRA MOTA:
Bacharelanda do curso de Direito da
Universidade Brasil.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

RESUMO: Uma grande dificuldade dos pais quando se tem filhos e precisam conciliar sua rotina de trabalho e os cuidados com as crianças, é a questão das vagas em creches e pré escolas. Alguns fatores que implicam nesta questão são as quantidades de vagas por escolas, a quantidade de escolas por municípios, a questão da distância entre as escolas e residência das crianças, as salas de aulas superlotadas e as poucas vagas integrais. Uma solução instigante e que traz diversas discussões é parceria entre o setor público e o privado por intermédio de processos licitatórios. Se tratando de processos licitatórios, não é simples e nem fácil, existem centenas de procedimentos, protocolos e normatização a seguir. Existe o bom senso, um olhar abrangente entre os administradores dos municípios para solucionarem e transformarem o problema em benefício e praticidade para ambas as partes, ou seja, para o município, pais e proprietário de instituições privadas.

Palavras-chave: Vagas. Parceria Público X Privado. Processos Licitatórios.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 SISTEMA NACIONAL DE EDUCAÇÃO BÁSICA E SEUS DIREITOS. 2 DIREITO À CRECHE E O DEVER DO ESTADO. 3 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICO. 4 PROCESSO LICITATÓRIO E SUAS LEIS 4.1 Das Modalidades de Licitação. 4.1.1 Concorrência. 4.1.2 Tomada de preço. 4.1.3 Convite. 4.1.4 Concurso. 4.1.5 Leilão. 4.1.6 Pregão. 4.2. Das Fases do Procedimento Licitatório. 4.3. Dos Tipos de Licitações. 4.4 Quem Pode Participar de Licitações. 4.5 Como Participar de Licitações. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O serviço público educacional prestado no Brasil vem sofrendo várias retaliações em questão de qualidade de ensino em comparação aos outros países.

Salas de aulas superlotadas e filas de espera para vagas integrais em creches é uma dificuldade que os municípios vem enfrentando. O ministério público através de denúncias entra em ação e os órgãos públicos precisam cumprir o mandado sobre pena de multas diárias.

O objetivo do trabalho é mostrar uma solução para esse tema que é simplesmente uma parceria entre o setor público e o privado em intermédio de licitações. As instituições de ensino privada desenvolve a apresentação de projetos orçamentários e concorrem entre si para a prestação de serviços educacionais resolvendo as questões das crianças fora da escola, atendendo a demanda integral e também oferecendo um serviço de qualidade para os munícipes.

Com a pressão do ministério público e com a falta de planejamento do município é construído escolas as pressas sem um planejamento ideal que respeite a qualidade de infraestrutura, proposta pedagógica, enfim, é realizado locações de prédios desprovidos de espaços que foram adaptados para receberem uma demanda de urgência. Cada dia que passa as escolas vem tendo mais concretos e menos natureza, mais grades e menos árvores.

Esse trabalho de conclusão de curso está sendo desenvolvido em cima de referências bibliográficas.

A parceria público privado tende a dar certo desde que muito bem estruturado através de normativas, fiscalização, igualdade no oferecimento dos serviços em comparação as crianças matriculas em escolas do municípios e nas escolas administrada por empresas privadas.

Para tanto é de suma importância a abertura para um novo olhar em prol a qualidade de ensino público no Brasil.

1 SISTEMA NACIONAL DE EDUCAÇÃO BÁSICA E SEUS DIREITOS

A constituição da república federativa do Brasil prevê em seu texto inicial de forma clara e assertiva o seguinte:

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. (BRASIL, 1988, Art. 205.)

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelece o Oferecimento da educação básica gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade. (LDB, 2013, Art. 1º.)

A educação básica é dividida por três seguimentos, sendo eles: educação infantil, fundamental e ensino médio.

A educação infantil é o alicerce da educação básica, o ensino fundamental é o chão das paredes e o ensino médio é seu acabamento. É dessa visão holística de "base", "básica", que se pode ter uma visão consequente das partes.

Prevê ainda na constituição a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e a qualidade do ensino público de maneira a entender que é responsabilidade do poder público assegurar esses direitos, zelar, incentivar e garantir de fato a todos os brasileiros esse desenvolvimento pleno em padrão de qualidade (BRASIL, 1988, Art. 206).

Quando se fala em condições de igualdade na constituição, entende-se que todos têm o mesmo direito.

A igualdade mencionada na constituição vai além do escrito pois quando se fala em inclusão, é preciso oferecer além do comum, sendo pertinente se o legislador mencionasse a palavra "equidade" que em sua terminologia consiste em adaptação da regra existente à situação concreta, observando-se os critérios de justiça. Adaptando a regra a um caso específico, a fim de deixá-la mais justa. Ela é uma forma de se aplicar o Direito, mas sendo o mais próximo possível do justo para as duas partes.

O direito à educação é um direito social, sendo um direito de segunda geração, ou seja, está dentro da concepção de um Estado de Bem-estar social, exigindo do Estado um fazer para concretizar o direito conforme previsto da constituição:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

2 DIREITO À CRECHE E O DEVER DO ESTADO

O Plano Nacional de Educação é definido a cada década, e o último foi sancionado em junho de 2014 vigorando até 2024. Foi delimitado 10 diretrizes e 20 metas para o sistema de educação. A meta referente a educação infantil diz:

Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE (BRASIL, Senado Federal, PNE, Lei nº 13.005/2014).

As políticas públicas deram ênfase na educação infantil e trouxeram responsabilidades aos municípios em proporcionar o ensino nessa etapa. No entanto, o tempo curto para que os governos municipais se adaptassem à nova legislação resultou na escassez de vagas nos sistemas públicos de educação infantil e atualmente verifica-se um amplo e crescente processo de judicialização do direito à educação infantil - que passou a ser uma das principais políticas públicas a receber intervenção do Poder Judiciário e do Ministério Público, dado que, a educação é um direito público subjetivo e faz-se possível que seja reclamada a fruição desse direito através de ação judicial no intuito de compelir os órgãos competentes à abertura de novas vagas (OLIVEIRA; SILVA; MARCHETTI, 2018 *apud* MELO, 2006).

Além do governo oferecer a educação básica gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos é dever também do município oferecer assistência aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas conforme mencionado na constituição em seu artigo 7º inciso XXV. Não é obrigatório a criança estar matriculada nos 3 primeiros anos de idade, mas, se por ventura os pais precisarem da vaga por qualquer motivo ou até mesmo sem motivo, o município deverá ofertar. Faz parte de uma das metas do Plano Nacional de Educação e é um direito do cidadão (BRASIL, Constituição, Emenda Art. 7º. 2006).

O Estatuto da Criança e do adolescente trás em seu artigo 53, inciso V, que além do direito à vaga na creche, a unidade deve ser próxima à residência da criança. Segue o seu texto "acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica" (BRASIL, 2019).

Como observado, é inegável o direito à creche, direito este gratuito e universal, pois todas as pessoas podem utilizá-lo, independentemente de possuírem condições financeiras ou não.

Apesar da creche, historicamente, estar vinculada à visão de um lugar apenas de cuidado e não orientada por objetivos educacionais, a extensão e a importância de sua função na vida da criança vai muito além disso. O ambiente escolar infantil de qualidade tem o papel, de possibilitar o desenvolvimento integral da criança, pela promoção de aprendizagens, pelo eixo das brincadeiras e interações (BRASIL, 2009), organizada pelos educadores que planejam o tempo, espaços e objetivos de aprendizados.

É consenso entre especialistas à importância dos primeiros anos de vida para o desenvolvimento pleno da criança e a creche é parte fundamental para resultados de excelência.

3 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICO

Os serviços públicos, como no caso da educação, podem ser prestados diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, conforme mencionado nos termos do artigo 175 da Constituição Federal, que diz:

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.

De acordo com a Lei Nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995 (Brasil, 1995), entende-se Concessão de Serviço Público uma forma de delegação, ou seja, o poder concedente transfere para o particular a execução do serviço conservando em suas mãos a titularidade do serviço o que lhe permite controlar e retomar o serviço caso necessário.

Existem outras formas de realização do serviço particular, como por exemplo a permissão, autorização e a parceria público-privada.

No caso em questão uma concessão de serviço público passa a ser realizado por uma entidade privada e o poder público se mantém como agente fiscalizador, apenas verificando como aquele serviço é prestado.

A empresa que realiza o serviço público é chamada de concessionário e o poder estatal que concede serviço público é chamado de poder concedente.

A empresa concessionária normalmente é remunerada diretamente com o usuário, através de uma tarifa. Caso esse serviço público não for realizado de uma forma eficiente, ele pode retornar ao poder estatal através da encampação.

Uma concessão pode ser precedida de uma obra pública, nesse caso a empresa é contratada não somente para explorar o serviço mas também para realizar a própria

obra que gera aquele serviço. Um exemplo disso é quando uma empresa contratada para fazer uma estrada passa a explorar aquela rodovia através de um pedágio.

Vale destacar alguns exemplos de concessão que são administrados por entidades privadas, é o caso de boa parte dos aeroportos, alguns serviços de transporte público como ônibus e barcas e também as concessões de serviços como a energia e a água que existe uma diferença entre eles pois a concessão e a permissão é um ato mais precário que pode ser revogada unilateralmente pelo poder público.

4 PROCESSO LICITATÓRIO E SUAS LEIS

A Lei nº8.666 de 21 de Junho de 1993 prevê o seguinte em seu artigo 2º:

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (BRASIL,1993).

Diferentemente das empresas no setor público a realização de compras e as contratações de bens e serviços, são realizadas através de licitações, gerando concorrência igualitárias no mercado.

A licitação resume se é um procedimento administrativo formal e obrigatório para contratação de serviços ou aquisição de produtos em situação pública direta ou indireta. Isso acontece antes das assinaturas de contratos com a Administração Pública e é visado a garantia de igualdade e de condições a todos que queiram concretizar um contrato com o Poder Público. No Brasil o processo licitatório é um processo administrativo, isonômico regulado pela Lei nº 8.666 93 de 21 de junho de 1993 e pela Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, elas servem para que as administrações das prefeituras possam avaliar e selecionar as compras de serviços ou materiais com menor custo e qualidade e então realizar a licitação para poderem comprar esses materiais ou serviços.

Um exemplo de como funciona um processo licitatório é quando a prefeitura precisa de asfaltar algumas ruas. A prefeitura irá realizar uma licitação, contratará a empresa vencedora e então a empresa poderá realizar o serviço.

Na Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI, determinou se que os serviços, as obras, compras e alienações deverão ser contratados apenas por processo de licitação pública pois irá assegurar a igualdade de condições a todos os participantes, onde haverá disposições que estabeleçam formas de pagamento, mantidas as exigências efetivas da proposta, nos termos da regulamentação, o qual somente permitirá os requisitos de qualificação técnica e econômica fundamentais à garantia da realização das obrigações (BRASIL, 1988).

Nenhum Decreto, Regulamento ou Lei Estadual poderá ir de encontro com a Lei nº 8.666 de 1993 que regulamenta as exigências para licitações e contratos da Administração Pública e de outras providências e nem contra a Lei nº10.520 de 17 de julho de 2002 que institui a modalidade de licitação chamada pregão, para compra de bens e serviços comuns e de outras providências.

Nove são os princípios constitucionais que regem sobre o artigo 3º da lei nº 8.666 de 1993 que devem ser observados nas licitações públicas, sendo eles:

Princípios	Descrição
Princípio da Isonomia	No que se relaciona com a licitação, tem o significado de dar tratamento igualitário a todos os interessados. Condições essenciais para garantir a competição em todas as fases da licitação. Refere-se ao princípio da igualdade previsto no art. 5º, "caput", da Constituição Federal.
Princípio da Legalidade	É inerente a Administração Pública e aos os licitantes as regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor. Ele detém a eficiência, impessoalidade, eficiência moralidade.
Princípio da Impessoalidade	Estabelece a Administração o dever de defesa do interesse público, imparcialidade, reparando em suas decisões critérios objetivos previamente estabelecidos, impedindo discriminações e o subjetivismo na condução dos procedimentos de licitação.
Princípio da Moralidade e Princípio da Probidade Administrativa	A atuação dos agentes públicos e dos licitantes deverão agir conforme os preceitos éticos, além de lícita, compatível com a moral os bons costumes e as regras da boa administração.
Princípio da Igualdade	Não deve haver favoritismo e parcialidade aos licitantes.

Princípio da Publicidade	Todos os interessados deverão ter acesso a divulgação das licitações públicas e seu controle, disponibilizado pelos administradores em todas as fases das licitações.
Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório	Impõe a administração e o licitante a analisar as normas e condições estabelecidas no edital convocatório. Não podendo ser criado ou realizado sem que haja previsão no ato convocatório.
Princípio do Julgamento Objetivo	O administrador deverá apreciar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Removerá a possibilidade do julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no edital, mesmo que em benefício da própria administração.

Fonte: (BRASIL, 1993)

4.1 Das modalidades de licitação

No artigo 22 da Lei nº8.666 de 21 de junho de 1993 prevê se cinco modalidades de licitação. As categorias licitatórias são os diversos procedimentos prenunciados no regulamento para o processamento da licitação, sendo elas a **concorrência**, a **tomada de preço**, o **convite**, o **concurso** e o **leilão**. Vale ressaltar que existe outra modalidade de licitação, ela está prevista na Lei nº10.520 de 17 de julho de 2002 o chamado **pregão**, conforme mencionado acima (BRASIL, 1993).

4.1.1 Concorrência

A concorrência é uma modalidade de licitação própria para contratos de vultoso valor dirigida a qualquer interessado listados ou não, que atendam as condições do edital, convocados com trinta dias de antecedência no mínimo, com vasta publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular. Um exemplo é uma licitação para a construção de uma ponte, a empresa que quiser participar da concorrência terá que comprovar que sabe construir uma ponte.

É necessária nas contratações de obras, compras e serviços, dentro dos limites dos valores fixados pelo ato responsável, que são numerosos serviços e compras. É fundamental a concorrência na compra ou alienação de bens imóveis, na concessão de direito real de uso, de obra ou serviço público.

4.1.2 Tomada de preço

A tomada de preço, é dirigida para os interessados previamente listados ou para aqueles que se cadastrarem até no mínimo três dias antes do recebimento das propostas.

O que a caracteriza e distingue da concorrência é a existência da habilitação prévia dos licitantes através dos registros cadastrais, de modo que a habilitação preliminar se resume na verificação dos dados constantes dos certificados de registro dos interessados. (ZUCCO, 2017)

4.1.3 Convite

O convite é dirigido pelo interessado do ramo do objeto da licitação, geralmente é utilizado no caso de contratos de menor valor, menos completa e mais ágil e possui publicidade reduzida. O órgão administrador que irá licitar, deverá encaminhar ao menos três convites cadastrados ou não, e afixa, em local próprio, uma cópia do instrumento convocatório. Se algum interessado não recebeu o convite e desejar participar, esse deverá se cadastrar previamente, indicar o interesse em até vinte e quatro horas antes do recebimento das propostas.

4.1.4 Concurso

O concurso acontece entre qualquer interessado para a escolha de um trabalho artístico, científico ou técnico. Poderá ser atribuído um prêmio ou uma remuneração ao vencedor. Esse prêmio pode ser um bem economicamente calculável ou uma honraria de outra natureza. O concurso não se confunde com o concurso da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. (BRASIL, 1990)

Ainda é válido destacar que a precedência mínima entre a publicação do anúncio do edital e a apresentação dos trabalhos deve ser de 45 dias. É uma modalidade especial de licitação que dispensa os requisitos específicos da concorrência.

4.1.5 Leilão

O **leilão** é utilizado para a venda de bens móveis inaproveitável para administração, ou bens móveis legalmente captado por esta, ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis da gestão pública.

Trata-se da modalidade de licitação permeada pela verbalidade, e pela definição de lances verbais sucessivos e crescentes, sagrando-se vencedor o maior lance.

Diferente das demais modalidades, nessa ganha quem der o maior lance. O edital deve fixar as regras que vão ser utilizadas na definição do vencedor.

4.1.6 Pregão

A mais nova categoria de licitação pública é o **pregão**, criado pela Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000, preliminarmente restrito ao setor da União Federal utilizada com a finalidade da aquisição de bens e de serviços comuns.

A disputa é feita por propostas e lances sucessivos, em sessão pública, presencial ou eletrônica. Exige um pregoeiro e uma equipe de apoio. (BRASIL, 2000)

Esse modo de licitar foi ajustado com o objetivo dar maior evidência e celeridade no processo de compras do governo, diminuindo os custos da Administração Pública, bem como dos fornecedores, podendo também ser colocada no que couber a Lei nº8.666 de 21 de junho de 1993. (BRASIL, 1993)

A nova restauração do Pregão se dá pela troca das fases de competência e análise das propostas, desta forma, somente o participante que expor a melhor proposta terá a documentação examinada.

É de extrema importância compreender que cada uma das modalidades de licitação existentes na legislação de licitação brasileira possui suas características específicas. Além disso, o edital é uma peça-chave em todo esse processo. Esse documento deve ser lido com cuidado, pois todas as informações contidas nele devem ser consideradas.

Conhecendo as modalidades de licitação e suas respectivas características, o município também precisará de uma ferramenta que opere na automação e gerenciamento dos processos licitatórios.

4.2 Das fases do procedimento licitatório

A licitação tem uma fase interna e uma fase externa. A fase interna é o planejamento da licitação e a fase exterior inicia-se com a publicação do edital. O edital de licitação é um mecanismo no qual a Administração Pública faz consignação com os requisitos e obrigações licitatórias para a admissão do fornecimento de produtos ou serviços. São determinados com transparência no edital: a experiência e abrangência fundamentais ao fornecedor do produto ou serviço a ser adquirido o objeto a ser licitado.

Da mesma forma fazem parte dos editais os termos de referência, o projeto básico ou executivo, a minuta de contrato, o modelo declarações, os documentos

complementares, o local estabelecido da entrega do produto e o local de execução dos serviços.

Quando ocorrer modificação no edital exige-se uma nova divulgação com atualização do prazo preliminarmente estabelecido, exceto quando a modificação não afetar a formatação das propostas.

O passo seguinte é um oferecimento das propostas pelos interessados. Após inicia-se a fase chamada habilitação. Na fase de habilitação é verificado se os interessados têm condições de entregar o objeto licitado, por exemplo, condições econômicas, condições técnicas e se eles estão em dia com as suas obrigações fiscais e trabalhistas.

A chamada fase classificatória coloca os licitantes em ordem a partir da verificação das condições exigidas. É importante deixar ressaltar que essas fases se alteram a depender se a licitação é por pregão ou por regime diferenciado de contratação.

Se o processo licitatório transcorreu dentro das regras e conforme o edital, a autoridade licitante homologa o resultado e entrega em adjudicação o objeto ao vencedor. Sempre existe a possibilidade de recurso a quem se sentir prejudicado (LICITAÇÃO.NET, 2017).

4.3 Dos tipos de licitações

Os tipos de licitações não devem ser equivocados com as modalidades de licitação. Tipo se refere aos critérios aproveitados pela Administração Pública no julgamento para escolha da proposta mais proveitosa (LICITAÇÃO.NET, 2017).

Os exemplos de licitação mais usados para o julgamento das propostas mais vantajosas são:

Tipos de Licitação	Descrição
Menor Preço:	A menor proposta de valor sempre será mais vantajosa para a administração pública. É usufruído para serviços e compras de modo geral. É utilizado também na compra de bens e serviços de informática quando efetuada na categoria Convite.

Melhor Técnica:	A escolha é realizado pelos fatores de ordem técnica. É utilizado especificamente para serviços de natureza predominantemente intelectual.
Técnica e Preço:	É escolhida de acordo com a média sensata, levando em consideração as notas obtidas nas propostas de preços e técnicas sendo obrigatório a exigência de tomada de preços e concorrência.

Fonte: (LICITAÇÃO.NET, 2017)

4.4 Quem pode participar de licitações

A exigência de licitar é princípio da Constituição Federal disposto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, aplicável, ressalvados casos pontuais, a todo ente da administração pública direta ou indireta, como os indivíduos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (BRASIL, 1988)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

Vale ressaltar que cada um possui sua própria autoridade para legislar, conseqüente de sua independência política e administrativa.

As corporações legislativas, como: Assembleia Legislativa, Câmara de Vereadores, Câmara dos Deputados Federais, Senado Federal, tal como o poder Judiciário e os Tribunais de contas são obrigados a licitar.

4.5 Como participar de licitações

A princípio para participar de uma licitação é fundamental que se prepare a empresa para se cadastrar na entidade pública com a qual tenciona manter uma relação de negócio.

Com a finalidade de obter esse registro, a Lei de Licitações estabelece em sua seção II – das habilitações, nos artigos 27 ao 31 quais os documentos devem ser exibido aos seus departamentos de cadastro. Esses documentos irão aproveitados para comprovar a sua competência jurídica, condições técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal. (BRASIL, 1993)

Além do mais a empresa deve manifestar situação regular, obtendo o registro na Junta Comercial, estar cadastrada na Fazenda federal, estadual e municipal com impostos, taxas e encargos sociais propriamente pagos.

5 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS

Pelo que já vimos em todos os estudos de licitações e concessões não existem nenhum óbice na constituição federal quanto ao oferecimento de serviços educacionais privados para alunos de instituições públicas.

É demonstrado a necessidade da parceria entre o público e o privado quando nos deparamos com situação problemas, como por exemplo a falta de vagas integrais na educação infantil e fundamental.

O poder público obriga o oferecimento gratuito de acesso as creches, pré escola e assim por diante. Ou seja, o poder público, com a falta de vagas e instituições, firmaria uma parceria com instituições privadas através da participação em processos licitatórios e concorreriam entre si para o oferecimento de seus serviços educacionais mediante um acompanhamento e fiscalização dos órgãos responsáveis. A relação entre instituição e aluno nada mais seria do que uma relação estritamente pedagógica, que é o mesmo que ocorre nas instituições pública.

Quanta partida o estado arcará com todo o gasto do aluno que estará previsto o valor na própria licitação.

Os fundamentos estão previstos no artigo 37º caput da constituição federal, que é o princípio da legalidade, onde cita que administração pública deve agir de acordo com a lei.

Vale ressaltar que em nenhum momento a constituição federal e a legislação infraconstitucional cita que esses tipos de serviços precisam ser prestados diretamente pelo estado, pelo contrário, no artigo 175 da constituição federal expressa que os serviços podem ser prestados diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, mas sempre através de licitação a prestação de serviços públicos

Com os estudos redigidos, há de se convir a viabilidade do regime de concessão do serviço público educacional pela iniciativa privada em favor do serviço público desde que gratuito ao beneficiário (BRASIL, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com tudo, sem delongas, esse artigo científico tem a intenção de demonstrar através de pesquisas bibliográficas e citações em leis a possibilidade da parceria entre o setor público e o setor privado em detrimento da resolução dos problemas de vagas integrais, principalmente em creches dos municípios através de processos licitatórios para contratação de instituições privadas para oferecimento de educação.

Para tanto é necessário o acompanhamento e fiscalização dos órgãos responsáveis, para que não haja discrepância de ensino e oferecimento de benefícios entre as escolas dos municípios e as escolas privadas parceiras.

Quando se fala em educação e direito, há de se convir a moralidade existente entre tudo o que lhes relacionada. Sendo assim, fazer valer o direito da criança ao acesso à educação, sem filas de espera, sem a famosa enrolação, é um avanço para o Brasil e seus municípios. Precisa se em administrações e promotorias seres humanos capazes de pensar não somente com o seu raciocínio lógico, mas pessoas que possam ouvir novas ideias, pessoas dispostas a testar novas fórmulas, pessoas dispostas a ajudar, a reorganizar a implantar novas ideias e resolver o problema e não somente em deferir ou indeferir situações em sua jornada de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional Nº 53, de 19 de Dezembro de 2006. Brasília, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 92, de 12 de julho 2016. Brasília. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013. Estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília: MEC, 2013.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/l12796.htm>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Lei Nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>.

Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.845, de 18 de junho de 2019. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente para garantir vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica. Brasília, 18 de junho de 2019; 198o da Independência e 131o da República.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13845.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. Brasília: MEC,2013.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12796.htm>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. Medida provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000. Institui, no âmbito da União, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Poder Executivo, Brasília, DF, 04 de maio de 2000.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/2026.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20No%202.026%2C%20DE%204%20DE%20MAIO%20DE%202000.&text=Institui%2C%20no%20%C3%A2mbito%20da%20Uni%C3%A3o,que%20lhe%20confere%20o%20art>. Acesso em: 19 out.2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Diretrizes nacionais curriculares para a Educação Infantil: Resolução 5º, de 17 de dezembro de 2009. Brasília, MEC, 2009.

BRASIL. Ministério da Educação. Plano Nacional de Educação - PNE/Ministério da Educação. Brasília: INEP, 2014.

BRASIL. Ministério de Educação e Cultura. LDB - Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília: MEC, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas; 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Niterói: Impetus, 2014.

MELO, M.M. Políticas públicas de educação e sua implementação pelo Poder Judiciário: acesso à educação infantil e ao ensino fundamental pela via judicial. Interface - Revista do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Natal, v. 3, n. 2, p. 111-24, jul.-dez., 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

OLIVEIRA, Vanessa E.; SILVA, Mariana P.; MARCHETTI, Vitor. **Judiciário e Políticas Públicas**: o caso das vagas em creches na cidade de São Paulo. Educ. soc. vol.39 no.144 Campinas July/Sept. 2018 Epub Mar 26, 2018.

Link: [HTTPS://DOI.ORG/10.1590/ES0101-73302018176112](https://doi.org/10.1590/ES0101-73302018176112)

TIPOS de licitação. Licitação.net. 2017.

Disponível em: <https://www.licitacao.net/tipos_de_licitacao.asp>. Acesso em 29 out. 2020.

ZUCCO. Fabiano. Licitações: tudo o que você precisa saber. RCC, 2017.

Disponível em: <<https://www.rcc.com.br/blog/licitacoes/>>. Acesso em 29 de out. 2020.

A CIÊNCIA DA CRIMINOLOGIA E SUA CONTRIBUIÇÃO DIANTE DO ENFRENTAMENTO À CRIMINALIDADE NO BRASIL

LEONARDO VIEIRA BANDARRA:
Bacharelado em Direito pela Universidade
Brasil - Campus Fernandópolis/SP

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: Este artigo tem como finalidade abordar como a ciência da criminologia pode auxiliar o direito penal na efetivação de seu objetivo de manutenção da proteção aos bens jurídicos relevantes para o bom funcionamento da sociedade. Pelo fato de ser uma ciência, a criminologia tem seu método, função e finalidade, além de, naturalmente, ter sua evolução histórica ligada intimamente ao Direito Penal, com ambos progredindo até assumirem um enfoque mais humanista. Com isso, os perfis do criminoso e da vítima passaram a serem analisados para verificar a origem da delinquência de uma pessoa e quem, geralmente, acabará sendo mais afetado por estas condutas criminosas. A contribuição da criminologia é essencial para esta verificação ser feita, mas a subnotificação de casos, seja pela falta de denúncia ou o recolhimento questionável de dados, são fatores que dificultam este processo. O impacto da COVID-19 no Brasil são outros problemas que surgem para somar às dificuldades já existentes neste país, que também observa com terror à guerra entre facções criminosas. Então, diante do exposto acima, o estudo da criminologia se mostra essencial para a análise dos sujeitos do crime, as motivações que podem ter levado ao mesmo, bem como a cooperação com o Estado para a formulação de políticas públicas, que bem implementadas, trazem bons resultados no controle da criminalidade.

Palavras-chave: Criminologia. Evolução Histórica. Dados da Criminalidade. Políticas Públicas.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CRIMINOLOGIA. 1.1 Tratamento Como Ciência. 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA. 2.1 Escola Clássica. 2.2 Escola Positiva. 3 O CENÁRIO DA CRIMINALIDADE DO BRASIL. 3.1 Violência Contra os Jovens. 3.2 Violência Contra a Mulher. 3.3 Violência Contra Pessoas Negras. 3.4 Violência Contra a População LGBTQI+. 3.5 Políticas Públicas em Âmbito Local. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A criminologia, ao longo de sua história, passou a ocupar um lugar como uma ciência autônoma ao direito penal, mas de fundamental importância ao mesmo, por trazer uma profunda análise sobre a criminalidade e todos os fatores que podem influenciar em sua existência e propagação.

Como uma ciência existente há mais de um século, sua contribuição já é extensa, trazendo perfis de criminosos, sua formação social até chegarem à prática do delito, dados de grupos que são, majoritariamente, alvos de delito, e a relevância disto para auxiliar na prevenção ao crime e formulação de políticas públicas eficientes.

Porém, a importância de seu estudo não se resume a isso, pois naturalmente, a criminologia também se relaciona com a vitimologia, por si só uma disciplina com existência própria, cujo objetivo é analisar o comportamento da vítima diante do crime e o próprio criminoso, seu perfil e se de alguma forma, provocou a prática do delito.

A importância desta abordagem se intensifica com o cenário observado no território brasileiro, com guerras entre facções pelo controle e influência no mercado de narcotráfico, a piora na coleta de dados sobre mortalidade, a discrepância evidente nos indicadores de violência em gênero e raça, a dificuldade das estatísticas oficiais para mensurar os delitos cometidos contra a população LGBTQI+, além da notória preocupação com a letalidade contra a juventude brasileira, todas questões bem apontadas pelo Atlas da Violência 2020.

A metodologia deste trabalho será por pesquisa básica e pura, com finalidade exploratória, buscando base no procedimento bibliográfico e documental, reunindo dados sobre a criminalidade no Brasil, e assim traçando o caminho da criminologia por suas escolas históricas, seu reconhecimento como uma ciência, até chegar à sua contribuição na delimitação do perfil do criminoso e da vítima, e o impacto de um modelo organizado de segurança pública na inibição ao delito.

O objetivo neste artigo, reafirmando, é conhecer a história da criminologia, sua evolução em conceito e métodos para apurar quem é o criminoso, as suas razões para entrar no caminho da criminalidade, sua perspectiva em torno do delito e se há possibilidade de concretizar o princípio de ressocialização do direito penal de maneira abrangente e efetiva.

Além disso, também é importante analisar a vítima, seu perfil, se ocupou algum papel na motivação do delito, mas também entender como ajudá-la, em caso

de sobrevivência, a como superar o trauma pela prática do crime, e assim novamente se integrar à vida em sociedade.

Por fim, finalizando a introdução deste trabalho, cabe verificar as políticas públicas realizadas nos últimos anos em estados brasileiros, enfatizando como uma segurança pública efetiva, com agentes bem aparelhados e treinados, pode auxiliar a enfrentar as causas do crime, contribuindo na prevenção e ressocialização.

A sequência deste trabalho buscará definir o lugar da criminologia como uma ciência reconhecida e de relação próxima com o Direito Penal, tanto por compartilhar semelhante evolução histórica com o mesmo, quanto pôr o abastecer com dados para a formulação de políticas públicas e discussões sobre as causas da criminalidade, se afastando do mero caráter reparativo e considerando uma abordagem mais humanista ao delinquente e a vítima.

1 CRIMINOLOGIA

O termo Criminologia tem sua origem no latim, sendo crimino (crime) e logos (estudo ou tratado). Por sua etimologia, então a criminologia é, superficialmente, o estudo do crime. Mas, vamos ver uma concepção mais profunda:

Pode-se conceituar criminologia como a ciência empírica (baseada na observação e na experiência) e interdisciplinar que tem por objeto de análise o crime, a personalidade do autor do comportamento delitivo e da vítima, e o controle social das condutas criminosas (PENTEADO FILHO, 2019, p.21).

Sua origem é discutível, pois Cesare Lombroso (1835-1909) apresentou o estudo da Antropologia Criminal para investigar o perfil do criminoso, dando enfoque à suas características físicas, principalmente o atavismo e epilepsia, além de cunhar a expressão "criminoso nato". Formado em medicina e especializado em psiquiatria, ele desenvolveu em seus estudos o conteúdo apresentado anteriormente pela chamada Escola Clássica, e assim, organizou o conhecimento existente e apresentou um contraponto a ele, em seu livro "O Homem Delinquente".

Nesta obra, Lombroso ligou a figura do criminoso à certos aspectos biológicos, como é possível ver abaixo:

Lombroso ganhou destaque com sua obra 'O Homem Delinquente', escrita em 1876, e que chamou atenção do mundo

inteiro ao afirmar que certos fatores biológicos deveriam ser levados em consideração para aferir o surgimento do crime e do criminoso. Aspectos como fronte fugidia, zigomas salientes, lábios grossos, mãos grandes, orelhas grandes, insensibilidade à dor, vaidade, crueldade e tendência à tatuagem denotam a pessoa do criminoso (GONZAGA, 2018, p.51).

Os estudos de Lombroso foram expandidos por seu aluno, Raffaele Garófalo, que popularizou o termo criminologia em seu livro de 1885. Para outros, Paul Topinard, um antropólogo francês, foi o primeiro a utilizar o termo. Também se faz notar a presença de Enrico Ferri, outro integrante da Escola Positiva Italiana, que estudou o crime e o criminoso em sua obra "Sociologia Criminal", de 1884. Essa sequência de autores foi responsável pelo desenvolvimento de uma metodologia mais racional de estudo sobre o delito e seu agente.

Com o surgimento de um foco a ser analisado e discutido, a criminologia foi desenvolvida em uma ciência, com base em fatos concretos, e busca propor soluções para os problemas encontrados. Conforme destacado por Habermann (2010), "Esta Ciência se apoia em investigações da realidade, reunindo informações confiáveis em relação ao problema social". Desse modo, os resultados deste processo irão determinar a necessidade de políticas públicas, as circunstâncias em torno do infrator e o perfil de quem é uma possível vítima do delito.

1.1 Tratamento Como Ciência

Segundo Gonzaga (2018), o objeto de estudo da criminologia pode ser dividido em quatro partes: o crime, o criminoso, a vítima, e os controles sociais. Por isso, é uma ciência abrangente e autônoma, mas que se relaciona, através da interdisciplinaridade, com outras áreas do estudo, como sociologia, psiquiatria e o próprio direito penal.

Primeiramente, o crime como objeto de estudo da criminologia, tem suas causas e consequências analisadas, e as soluções a serem aplicadas na sociedade para seu controle e prevenção. O criminoso, como o agente que gera o delito, naturalmente também receberá enfoque da criminologia, embora seu tratamento nos estudos, tem encontrado variações ao longo da história.

A presença do ofendido, por sua vez, ganhou uma nova ótica com a evolução da criminologia, pois originalmente era considerado um mero sujeito digno de reparação (como preconiza a autotutela e lei de Talião), sem atenção para a

recuperação do trauma provocado pelo delito. A lei mencionada acima, se originou com o código de Hamurabi, criado pelo rei da Babilônia, Khammu-rabi, no século 18 a.C, o qual deixou evidente o foco em promover a vingança privada.

Segue leis do mencionado Código de Hamurabi, deixando claro sua atenção única ao caráter reparativo:

196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso.

200º - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes.

Este tratamento da vítima ganhou um novo enfoque com o desenvolvimento do Direito Penal, e o ofendido passou a ser entendido como o sujeito passivo que está lidando com as consequências da agressão a um bem jurídico e é interesse de cuidados. Na realidade, o estudo do impacto do delito na vítima se tornou tão extenso que deu origem a um novo ramo da criminologia, chamado Vitimologia.

Quanto ao controle social, este é o meio que busca garantir que os indivíduos convivam pacificamente em sociedade, possuindo uma divisão de acordo com as pessoas ou a instituição que é responsável por este controle. Seu conceito é dividido, de acordo com as pessoas, instituição ou autoridade que o exerce.

Segundo Penteado Filho (2019), há o controle social informal, de caráter preventivo e educacional, que é exercido pela família, escola, religião, etc. Logo, é onde o indivíduo está inserido socialmente. Paralelamente, também há o controle social formal, este exercido pelas autoridades (Polícia, Forças Armadas, Justiça, etc.), com caráter rigoroso, pois é quem efetivamente submete o indivíduo às normas de convivência social e o punirá se houver algum desrespeito.

O ponto de ligação entre os dois tipos de controle social, é o policiamento comunitário, em que a prevenção e repressão ao crime é impulsionada pela integração entre polícia e determinada comunidade, marcando a aproximação entre os dois para a realização de um trabalho em conjunto contra a degradação do local.

O método da criminologia, ou seja, seu procedimento para pesquisa, coleta de dados, investigação e análise, se baseia no empirismo, corrente filosófica da teoria do conhecimento que preza pela experiência da realidade fática e sólida do mundo externo, concedendo atenção ao que é captado do mundo externo pelos sentidos e

assim assimilado pelo indivíduo, contribuindo para a sua formação de ideias e percepção do mundo, dando ênfase clara ao racionalismo, e descartando o subjetivo ou a intuição (PENTEADO FILHO, 2019, p.18).

O fato de ser uma ciência autônoma e empírica, é uma característica fundamental da criminologia, uma vez que ela se sustenta pela análise de crimes reais, apenas obtendo uma conclusão pelo estudo de situações concretas. É a partir do perfil do criminoso e da vítima, possíveis causas do crime e o modo como a sociedade foi impactada pelo delito, que a criminologia vai ser capaz de fornecer soluções práticas à prevenção criminal e controle social.

Reforçando sua base no empirismo e na interdisciplinaridade, a criminologia busca apoio em diversos métodos e experiências analisadas e repetidas exaustivamente, sendo possível conceituar sua metodologia de trabalho, da seguinte forma:

A criminologia se utiliza dos métodos biológico e sociológico. Como ciência empírica e experimental que é, a criminologia utiliza-se da metodologia experimental, naturalística e indutiva para estudar o delinquente, não sendo suficiente, no entanto, para delimitar as causas da criminalidade. Por consequência disto, busca auxílio dos métodos estatísticos, históricos e sociológicos, além do biológico (PENTEADO FILHO, 2019, p.24).

A criminologia tem a finalidade de analisar e entender o crime, intervir na pessoa do criminoso e da vítima, e chegar a meios eficazes de prevenção e controle da criminalidade, muitas vezes dialogando com o direito penal e a política criminal para a composição destas soluções (PENTEADO FILHO, 2019, p.18).

Sobre sua função, a criminologia deve usar dados obtidos da experiência e observação (empirismo), para fornecer uma ideia precisa sobre o delito. Porém, por não ser uma ciência exata, ela está sujeita a alterações de acordo com a realidade concreta da sociedade, novos dados sobre a criminalidade e surgimento (ou adaptabilidade ao que o momento exige) das políticas públicas aos anseios provocados pela prática de delitos.

A criminologia pode ser classificada em dois ramos: Criminologia Geral e Clínica, de acordo com determinação da Unesco em reunião internacional. Aquela é a reunião dos dados sobre os objetos de estudo da criminologia (ou seja, crime, criminoso, vítima e controle social) para serem comparados e compreendidos. Quanto

a criminologia clínica, sua utilização será para a análise e tratamento da pessoa do delinquente, aplicando a teoria da criminologia geral na prática, em busca de uma possível ressocialização (FERNANDES N.; FERNANDES V., 2002, p. 49).

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA.

Reafirmando a importância do estudo da criminologia ao longo do tempo, cabe analisar o progresso das ideias que a compõem, através de suas escolas, as quais lançaram um olhar mais humanista e racional ao combate à criminalidade e aos delitos.

Este novo enfoque foi necessário para superar as fases de vingança privada (onde o Código de Hamurabi está inserido) que preconizava a reação da vítima ao ofensor de forma descabida, a vingança divina e as penas severas pelas mãos dos sacerdotes, que se revestiam de suposta autoridade conferida por Deus para punir, e finalmente a fase da vingança pública, onde o estado (muitas vezes representado pela figura do monarca ou assembleias formadas em comunidades) assumiu a responsabilidade de punir, promovendo uma melhor organização na aplicação da pena, mas ocasionando a existência de arbitrariedade devido ao poder ilimitado estatal.

Com bem traz Saraiva (2020), o enfoque das autoridades nesta época pre-criminologia em punir estava fortemente condicionado aos valores morais da época, estes influenciados pela religião, em um período em que não se pensava na separação entre o Estado e a Igreja. Pensar além disso, sob a orientação do secularismo, foi importante para o surgimento de uma ciência que trouxesse discussões lógicas sobre a criminalidade.

2.1 Escola Clássica

Com a chegada do Iluminismo, houve a necessidade de conferir uma nova perspectiva sobre o crime e a figura do criminoso, pois o momento se encaminhava em direção a razão e o humanismo, se afastando de penas desproporcionais ao delito cometido e a arbitrariedade das autoridades estatais ou religiosas.

Nesse contexto, percebe-se que a preocupação dos estudiosos da época era impingir um viés mais humanista e proporcional àquele que cometesse um crime, afastando-se aquelas ideias de suplício para o criminoso, o que estava muito em voga no período da Inquisição. De nada adiantaria impor ao criminoso um sofrimento desproporcional, pois o que se deve buscar é a

aplicação da pena como forma de exemplo para os demais não delinquirem (GONZAGA, 2018, p.41).

Um ícone para a escola clássica, a chamada criminologia pré-científica, e o próprio direito penal, Cesare Beccaria (1738-1794) lançou um paradigma em sua obra “Dos Delitos e das Penas”, de 1764, estabelecendo que a resposta aos delitos deve ser proporcional á conduta, evitando punições desumanas, além de visar dar o exemplo para a manutenção da ordem social.

Outro expoente desta escola, Francesco Carrara (1805-1888) definiu que o crime é resultado da moral e livre-arbítrio do criminoso, o qual não se adaptou ao chamado contrato social/contratualismo (definido por Jean-Jacques Rousseau) responsável pelas normas definidas para manter a ordem em sociedade, uma visão compartilhada com Beccaria, também visivelmente influenciado pelas ideias de Rousseau.

Complementando, o crime pela ótica de Carrara deveria ser interpretado como um ente jurídico, constituído pela força física (movimento corpóreo e dano causado pelo crime a sociedade) e a moral (vontade livre e consciente do delinquente em praticar ou fazer parte do delito). Por toda essa contribuição, Carrara é considerado como o criador da dogmática penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1997, p.276 apud DEMIRANDA; FONSECA, 2017).

Resumidamente, a escola clássica tem mérito em ter trazido o estudo do crime a um enfoque racional, distanciando-se dos métodos brutais e de base científica nula da chamada era pré-científica do direito penal e da própria criminologia (mais uma vez, importante lembrar o Código de Hamurabi), mas ainda era preciso discutir de maneira aprofundada sobre a figura do criminoso e da vítima, e foi o que os autores seguintes tomaram como objetivo.

2.2 Escola Positiva

Também reconhecida como escola (ou criminologia positivista), sua construção ocorreu no século XIX, abrangendo múltiplos autores e fases. Seu primeiro expoente pode ser considerado o belga Adolphe Quételet, que em sua obra de 1835, “Física Social”, buscou direcionar atenção especial para as estatísticas oficiais de criminalidade, mas mantendo ressalvas quanto à precisão delas.

Isto levou Adolphe Quételet à elaborar o conceito de “cifra negra”, os crimes que jamais foram comunicados ou detectados pelas autoridades, o que

consequentemente indica que eles também não foram solucionados e devidamente punidos.

Outra valiosa contribuição do autor foi estabelecer conceitos sobre os crimes, classificando que os mesmos se tratam de um fenômeno social, são cometidos a de forma precisa e intensa em todos os anos, e há várias causas que levam à prática do delito como miséria e o analfabetismo. Além disso, Quételet criou a teoria das leis térmicas, onde definiu que certos crimes ocorrem com maior frequência de acordo com a estação do ano (PENTEADO FILHO, 2019, p.26).

Anteriormente, Cesare Lombroso (apelidado de “pai da criminologia” ou mesmo da antropologia criminal, por muitos) já foi citado, assim como sua atenção especial à fisionomia do criminoso. Porém, este conceito biológico do que seria um “criminoso nato” gerou muitas críticas á Lombroso, pois ao ligar certas características físicas (epilepsia, tatuagem, etc.) à figura do criminoso, o autor cometeu generalizações injustas, e a ideia de que o criminoso já nasce ou pode ser definido à partir de determinadas características pré-definidas, se provou naturalmente rasa.

Certamente, sua contribuição mais valiosa e indiscutível para esta nova fase da criminologia, foi a proposição de uma nova base a ser utilizada na criminologia, uma vez que Lombroso sugeriu a mudança do método dedutivo ou lógico-abstrato para o método indutivo ou empírico, valorizando o causalismo, ou seja, o estudo sobre os motivos que levam à prática do delito (GONZAGA, 2018, p.51).

Também mencionado anteriormente, Enrico Ferri (1856-1929) buscou trazer uma perspectiva sociológica do criminoso, ao invés da antropologia que foi o centro de estudos para Lombroso. Para ele, o crime era um fenômeno social, que envolve a mistura de fatores físicos, individuais e sociais. Além disso, a pena deveria ser interpretada como prevenção social, ao invés de repressão, valorizando a ordem na sociedade (PENTEADO FILHO, 2019, p.28).

Outro fato a ser destacado nas ideias de Ferri, é a sua proposição de que existem cinco tipos de delinquentes (algo que Lombroso também afirmava). Gonzaga (2018) relata que eles são: nato (precoce e incorrigível, com tendência a reincidência), louco (senso moral atrofiado), habitual (nascido em um ambiente de miséria, tem alta periculosidade e segue uma escalada de gravidade nos crimes praticados desde novo), ocasional (de maior readaptabilidade social, foi influenciado por circunstâncias como injusta provocação e necessidades familiares) e por fim, o passional (pratica crimes motivado por paixões pessoais, políticas e sociais).

Outro expoente desta escola a ser retomado aqui é Raffaele Garófalo (1851-1934). Sua conceituação do crime pode ser definida da seguinte maneira:

Garófalo entende que uma dada sociedade teria o crime em seu seio caso fosse desprovida de dois tipos de sentimentos imprescindíveis, como a probidade (respeito aos direitos de propriedade alheios) e a piedade (não causar sofrimento aos demais) (GONZAGA, 2018, p.57).

Quanto à figura do criminoso, Garófalo o classificou em quatro tipos: assassino, violento, ladrão e lascivo. Para o estudioso, o rigor penal era fundamental para a garantia da ordem social e uma vez que o agente cometesse o delito, ele deveria ser afastado permanentemente da sociedade, pois seu sentido moral (com a presença da probidade e piedade) agora estava afetado para além do recuperável (logo, a ressocialização não seria possível).

Como visto neste capítulo, as duas escolas construíram a ideia de criminologia como uma ciência, mas apresentam muitas diferenças entre si em questão de ideias e métodos. Mas, também que é claro, que após elas, as discussões permanecem nos dias atuais, justificando a sua classificação como ciência, confrontando e complementando o que foi proposto pelos estudiosos nos séculos XVIII e XIX. A questão é ressaltar o protagonismo que os expoentes destas escolas tiveram para estabelecer uma ciência criminológica.

3 O CENÁRIO DA CRIMINALIDADE NO BRASIL.

A criminologia preza pelos dados estatísticos para estabelecer meios efetivos de prevenção e combate à criminalidade. Logo, é importante reunir analisar os dados oficiais pelo cenário que eles apresentam sobre o estado da segurança pública no Brasil e qual é o perfil mais frequente observado nas vítimas dos delitos.

Segundo o Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM, 2018 apud Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2020, p.7), que é pertencente ao Ministério da Saúde e tem seus dados trazidos pelo Atlas da Violência, houve 57.956 homicídios no Brasil em 2018, o menor número em 4 anos, enquanto que 24 unidades da federação (UFs) apresentaram redução na ocorrência de homicídios.

Vale destacar que esses dados, quando analisados de maneira mais detalhada, indicam a aceleração na tendência de redução de mortes por violência letal, nas regiões

Sul e Sudeste, bem como a reversão no quadro de aumento com relação ao Norte e o Nordeste, quando os anos anteriores são considerados.

Na época, não houve um motivo claro para essa redução no número de homicídios, e as tentativas de explicação foram diversas, como: influência do Estatuto do Desarmamento e políticas estaduais de segurança públicas mais efetivas, um armistício entre facções criminosas, especialmente no Norte e no Nordeste (regiões que apresentaram as maiores taxas de aumento na ocorrência de homicídios em 2017 e queda significativa em 2018), além da piora na qualidade dos dados sobre criminalidade, o que pode ter motivado, paralelamente, no aumento recorde nas mortes violentas com causa indeterminada.

Por sinal, o Espírito Santo é um caso especial em meio a esses dados, ao registrar um aumento no número de homicídios em 2017, ano em que o estado foi atingido pela greve da Polícia Militar, e então uma queda em 2018, retomando a tendência na diminuição de casos que persistia desde 2010. Este é um exemplo notório que uma crise na segurança pública pode prejudicar qualquer trabalho em políticas estaduais, por mais efetiva que esta se mostre.

Porém, contrastando com os dados citados acima, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública retrata que há um aumento no número de homicídios desde o último trimestre de 2019, e em estados de diversas regiões, como Sergipe, Paraná, e São Paulo. O Ceará é um caso especial, pois viveu uma crise de segurança pública em 2020, com a greve da Polícia Militar (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP, 2020, p.27).

Em comparação a outros crimes, o FBSP (2020, p.30), por meio do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, traz alguns dados interessantes. Primeiramente, é de se notar que no primeiro semestre de 2020, a Polícia Rodoviária Federal teve aumento significativo na quantidade de apreensões de entorpecentes (81,6%) e no volume apreendido (128,3%) com relação ao mesmo período do ano passado. Isto sugere que a limitação severa de voos, motivada pela pandemia de COVID-19, levou a uma circulação bem maior de drogas pela via terrestre.

É possível observar impacto semelhante nos crimes patrimoniais, que dá seguimento à redução observada em 2018 e 2019, mas apresenta a significativa diminuição (queda de -34%) na ocorrência de roubo a transeuntes, algo certamente explicável pelo isolamento social, que resultou em um número bem menor de pessoas circulando pelas ruas (FBSP, 2020, p.29).

3.1 Violência Contra os Jovens

Conforme aponta o IPEA (2020, p. 20), através do Atlas da Violência 2020, os homicídios são a principal causa de mortalidade de pessoas na faixa etária de 15 a 29 anos, coincidindo com o período em que estes indivíduos estão seja em formação educacional, ou no início da trajetória profissional. Isto não apenas resulta em milhares de famílias perdendo entes queridos, mas também é uma causa para o envelhecimento da população brasileira.

Para citar alguns dados, em 2018, 53,3% dos homicídios que ocorreram no país foram de jovens, o que também é a principal causa para as mortes de homens entre 15 a 19 anos (55,6%) e de 20 a 24 anos (52,3%). Notavelmente, estes números são bem menores entre as mulheres jovens, enquanto que nenhuma das taxas de homicídios dentro desta faixa etária ultrapassa 16,2%. De qualquer forma, o impacto do homicídio para mulheres de 15 a 29 anos é maior do que em relação à qualquer outra faixa etária (IPEA, 2020, p.20).

Adicionando preocupação a esta estatística, a pandemia de COVID-19 ampliou as dificuldades financeiras para muitas famílias com crianças e jovens. É preciso, com extrema urgência, de políticas públicas voltadas para conter o aumento da pobreza e incentivar a permanência na escola, pois muitas crianças e adolescentes não possuem acesso à tecnologia para acompanharem as chamadas “aulas remotas”. De fato, em 2018, 11,8 dos jovens pobres de 15 a 17 anos abandonaram a escola, além da ocorrência frequente de atraso escolar (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE, 2018 apud IPEA, 2020, p.30).

Certamente, os dados acima não revelam apenas a vulnerabilidade que expõe os jovens pobres brasileiros, mas a taxa de abandono escolar se relaciona com o aumento da criminalidade, pois ao se verem sem esperança no estudo e um futuro profissional digno, eles provavelmente vão se voltar para a prática de delitos, especialmente em facções criminosas, que se abastecem com jovens de periferia.

Porém, houve avanços ao longo das últimas décadas, especialmente pela contribuição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com bons exemplos apontados pelo IPEA (2020, p.30), por meio do Atlas da Violência 2020, como a Lei Nacional de Adoção de 2009, a criação do Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas em 2019, o acolhimento de leis de combate à pedofilia na internet e que regulamentam procedimentos de infiltração de agentes de polícia na própria internet para investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

3.2 Violência Contra a Mulher

Retratando os perfis mais recorrentes de vítimas da criminalidade no Brasil, o estudo se inicia pela análise da violência contra a mulher. O IPEA (2020, p.34), por meio do Atlas da Violência 2020, afirma: “Seguindo a tendência de redução da taxa geral de homicídios no país, a taxa de homicídios contra mulheres apresentou uma queda de 9,3% entre 2017 e 2018”. Porém isto não evita que o Brasil, em 2018, tenha registrado a média de uma mulher morta a cada 2 horas.

Complementando o exposto acima, a redução nos homicídios de mulheres apresenta uma questão de desigualdade racial. Os dados expostos mostram que enquanto houve queda de 12,3% nos homicídios de mulheres não negras, esta redução foi de 7,2% quanto à mulheres negras, no período de 2017 a 2018. Considerando um período maior de tempo (2008 a 2018) houve a positiva redução nos homicídios de mulheres não negras (11,7%), mas as estatísticas apresentam aumento de 12,4% nos homicídios de mulheres negras (IPEA, 2020, p. 37).

O FBSP (2020, p.39), por meio do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, revela um cenário complicado em decorrência da pandemia de Covid-19 no Brasil. Houve aumento na violência contra a mulher em relação à homicídios dolosos e feminicídios, assim como as ligações para o 190 sobre violência doméstica, mas os dados apresentaram redução quanto à lesão corporal dolosa, ameaça, estupro e estupro de vulnerável.

Contrastando com as informações de redução acima, é notório que as vítimas de violência doméstica, em virtude do isolamento social, têm experimentado um convívio mais longo com os agressores, sendo possível que muitas ocorrências entraram para as chamadas cifras negras (ou seja, não foram comunicadas ou detectadas pelas autoridades). Esta ideia é reforçada pela diminuição nos registros de crimes que dependiam da presença da vítima nas delegacias, como apontado pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2020, p.39).

Em contraste a estes dados, o FBSP (2020, p.66), por meio do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, afirma o seguinte: “o conjunto de mortes violentas intencionais possui 91,2% de vítimas homens contra apenas 8,8% de vítimas mulheres”. Isto é motivado por fatores como: maior circulação de homens nos espaços das cidades, são mais abordados por policiais, e estão envolvidos em mais conflitos físicos e armados, incluindo entre facções.

3.3 Violência Contra Pessoas Negras

O IPEA (2020, p.47), por meio do Atlas da Violência 2020, traz uma assombrosa realidade: “Apenas em 2018, para citar o exemplo mais recente, os negros (soma de pretos e pardos, segundo classificação do IBGE) representaram 75,7% das vítimas de homicídios”. Como é possível perceber, a desigualdade racial é enorme entre negros e não negros, tornando a chance de os primeiros serem mortos bem maiores.

Os estados com as maiores taxas de homicídios contra negros pertencem às regiões Norte e Nordeste, enquanto que o Paraná tem a distinção de ser o único estado no período de recolhimento de dados, onde a taxa de não negros que foram vítimas de homicídios é maior que a taxa de negros vítimas de homicídios.

A discrepância se deve, obviamente, a maior vulnerabilidade que a grande maioria dos negros se encontram, com Alagoas (17,2 vezes), Paraíba (8,8 vezes), Sergipe (5,1 vezes), Ceará (4,7 vezes), Espírito Santo (4,5 vezes) e Rio Grande do Norte (4,3 vezes) apresentando os maiores níveis de diferença entre a violência vivenciada pelos dois grupos.

Outra questão significativa é que entre 2008 e 2018 (período de tempo analisado pelo Atlas da Violência), outras regiões apresentaram maior aumento nas taxas de homicídios de não negros em relação à negros. São os casos de Amapá (proporção de 196,6% a 61%), Amazonas (proporção de 137,8% a 53,4%), Pará (35,5% a 35%) e Pernambuco (aumento de 37,2 na taxa de homicídio de não negros contra diminuição de 20,9% referente à negros). Mas o Atlas da Violência alerta que em razão das particularidades das regiões que estes estados fazem parte, estes dados podem estar prejudicados por desencontros entre a classificação do IBGE e a autoidentificação das pessoas (IPEA, 2020, p.50).

3.4 Violência Contra a População LGBTQI+

Os dados sobre a violência cometida contra pertencentes à população LGBTQI+ estão longe de retratar a situação com fidelidade, devido à escassez deles. De fato, esta falta de estatísticas oficiais é mais um problema a ser combatido, quando deveriam ser um indicativo da violência vivenciada por essas pessoas, bem como uma base a ser utilizada como orientação para políticas públicas de prevenção e combate à esta situação (IPEA, 2020, p.54).

O disque 100, canal responsável por denúncias de violações de direitos humanos relacionados a vários grupos (como o LGBTQI+), apresenta registros atípicos que sugerem a subnotificação da violência praticada com este grupo de pessoas. Isto é notável pelo pico atípico atingido pelo ano de 2012, e diminuição dos anos seguintes,

enquanto houve aumento das taxas de violência com relação à idosos e pessoas em situação de rua (IPEA, 2020, p.55).

Também é questionável os dados trazidos pelo Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), pois àqueles não mensuram a violência praticada contra pessoas transexuais, e apresenta semelhante redução nos casos, isto levando em conta a implementação ou aumento no período analisado (entre 2017 e 2018) de serviços especializados, o que poderia levar ao aumento de casos pela maior capacidade de captação (IPEA, 2020, p.63).

Por fim, o Atlas da Violência 2020, com base nos dados trazidos pelo SINAN (2018 apud IPEA, 2020, p.66) estabelece que as vítimas, pertencentes aos grupos homossexuais e bissexuais, são majoritariamente mulheres, solteiros, vivem em áreas urbanas e são homossexuais. Vítimas brancas compõem maioria, mas pretos e pardos somados superam em questão de casos de violência. Enquanto isso, os autores das violências cometidas são majoritariamente do sexo masculino.

3.5 Políticas Públicas em Âmbito Local

As últimas décadas mostraram o impacto que uma política pública bem estruturada pode fazer na segurança pública. Ainda que falte iniciativas governamentais realmente eficientes em relação aos grupos retratados anteriormente, em teor geral, foram alcançados bons resultados.

O IPEA (2020, p.11), por meio do Atlas da Violência 2020, menciona algumas políticas públicas, que com influência estrangeira, foram implementadas, como: o Infocrim (2000), em São Paulo; o Programa “Ficar Vivo” (2002) e o Igesp (2008), em Minas Gerais; o Pacto pela Vida (2007), em Pernambuco; as Unidades de Polícia Pacificadoras (UPPs) (2008), no Rio de Janeiro; o “Paraíba Unidos pela Paz” (2011); e o “Estado Presente” (2011), no Espírito Santo, além de vários outros planos executados em cidades pelo Brasil.

A implementação de políticas públicas efetivas precisa obedecer à critérios técnicos, como planejamento extenso, capacitação dos policiais, e ações de prevenção, controlando a criminalidade ao agir diretamente nas suas causas, evitando se limitar à repressão. Também se inclui neste caso, o papel do Direito Penal em tentar buscar, ao máximo, a ressocialização do agente, excluindo a possibilidade de reincidência futura.

Dos exemplos acima em de políticas de segurança pública, vale destacar o trabalho realizado ao longo da última década no Espírito Santo (com o “Estado

Presente”) e o Pernambuco (com o “Pacto pela Vida”), que colocaram estes 2 estados entre as 3 Unidades Federativas (UFs) com maior diminuição na taxa de homicídios. Ainda assim, estes estados sofreram durante este período, com guerra entre o Comando Vermelho (CV) e o Bonde dos 13, aliado do Primeiro Comando da Capital (PCC), no caso do Pernambuco, bem como um período de greve na Polícia Militar (no caso do Espírito Santo), além de que o aumento no número de mortes violentas com causa indeterminada (MVCI) coloca questionamentos na melhora dos números.

O Acre, que completa as 3 UF's com maior diminuição na taxa de homicídios, é um caso especial, pois embora conte com bons investimentos do governo estadual em segurança pública, nos últimos anos, há uma outra causa considerável nesta redução de mortes, que se trata de um suposto armistício na guerra de facções entre 2018 até agosto de 2019 (IPEA, 2020, p. 17).

De qualquer forma, é preciso analisar com muito cuidado qualquer aumento ou diminuição na taxa de homicídios, pois aquele pode ser motivado por crises pontuais, mas severas na segurança pública (como no Espírito Santo), enquanto este pode ser gerado por períodos de trégua no conflito entre facções, bem como, reafirmando, no aumento no número de mortes violentas com causa indeterminada (MVCI), algo que se observa em determinados estados, como no próprio Pernambuco, citado acima.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminologia, como definida anteriormente, é uma ciência interdisciplinar cujo estudo é vital para se estimar as motivações que levaram à prática do delito, bem como o perfil dos sujeitos que o compõe, além de lançar as bases a serem analisadas visando o combate à criminalidade.

Sua formação como uma ciência que propõe uma profunda análise sobre a prática delituosa confrontou séculos de vingança privada, religiosa e pública, onde o objetivo era apenas punir de maneira cruel, buscando estabelecer a ordem social através de intimidação.

É importante acompanhar essa evolução histórica para evitar penas desumanas e desproporcionais diante da conduta praticada, bem como pensar na vítima pela perspectiva de ser mais do que apenas uma pessoa que terá direito à sua retribuição, mas como alguém, que em caso de sobrevivência, é merecedor de cuidados após o trauma sofrido.

A pena aplicada também precisa ser exemplar para conter os anseios da sociedade, que reagirá contra o Estado se acreditar que o mesmo não está dando a resposta adequada à criminalidade. Na realidade, o Brasil vem sendo marcado por constantes protestos, sejam presenciais ou virtuais, e até mesmo a prática de linchamentos vem sendo noticiada pela mídia há tempos.

Também é preciso sempre considerar a hipótese de ressocialização, quando esta se mostrar possível, pois recuperar o infrator representa a prevenção à reincidência, bem como a inclusão de um indivíduo reformado à sociedade, onde passará à contribuir.

É claro que a situação não deve se limitar apenas ao exercício correto do direito de punir, ajustado no impacto e nas motivações do delito, além da necessidade de manutenção efetiva da ordem jurídica. Também é preciso ter em mente o objetivo de evitar a prática criminosa, ao invés de simplesmente esperar para punir o agente infrator, quanto o delito for concretizado.

Para a efetividade desta missão, é necessário que criminologia e o estado estabeleçam constato constante, pois este é o responsável por executar políticas públicas e aquela fornece dados substanciais sobre os grupos que estão mais expostos à possibilidade de serem vítimas, bem como quem está sujeito á pratica delituosa por variados motivos.

Os dados trazidos anteriormente, com base no Atlas da Violência e o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, demonstram que a combinação entre o apoio da criminologia e execução competente das políticas públicas trazem resultados no controle da criminalidade, reduzindo índices de delitos em diversos estados, embora a notada subnotificação de casos, conflito e armistício entre facções criminosas, e o impacto da COVID-19 pedem cautela para a análise desses números nos últimos anos, devido à tantas variáveis.

Em suma, o valor da criminologia como ciência deve ser interpretado como essencial, não apenas no estudo do perfil dos sujeitos envolvidos no delito, mas também para aperfeiçoar o método de coleta de dados e as políticas públicas de combate à pratica da criminalidade, estas que devem dedicar especial atenção para a capacitação dos agentes policiais, medidas de prevenção (sobretudo ao investir nos jovens em condições de fragilidade), além de persistir na busca da ressocialização sempre que possível.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ianca Rocha Leal. **As contribuições da vitimologia no âmbito de estudo criminológico**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6246, 7 ago. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/84460>>. Acesso em: 5 nov. 2020.

Código de Hamurabi. Disponível em:
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 20 out. 2020

DEMIRANDA, Dandara Trentin; FONSECA, Bruno Bandeira. **O direito penal brasileiro e as contribuições das escolas clássica e positiva**. Disponível em:
<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-brasileiro-e-as-contribuicoes-das-escolas-classica-e-positiva>>. Acesso em: 21 out. 2020.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Org.). Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: FBSP, 2020.

GONZAGA, Christiano. **Manual de Criminologia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

HABERMANN, Josiane Conceição Albertini. **A Ciência Criminologia**. Revista de Direito. Vol. 13, nº.17, 2010. Disponível em:
<<https://revista.pgsskroton.com/index.php/rdire/article/view/1893>>. Acesso em: 20 out. 2020

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Org.). Atlas da Violência 2020. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: FBSP; IPEA 2020.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

PIETRO JÚNIOR, João Carlos Garcia. **Criminologia como ciência: conceitos, funções, elementos essenciais, métodos, sistemas e objetos de estudo ao longo da história**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/criminologia-como-ciencia-conceitos-funcoes-elementos-essenciais-metodos-sistemas-e-objetos-de-estudo-ao-longo-da-historia/>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

SARAIVA, Barbara Frazão. **A criminologia e as escolas criminológicas e suas influências na formação de um perfil criminógeno nas sociedades**. Revista



Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 05, Ed. 05, Vol. 07, pp. 127-136. Maio de 2020. ISSN: 2448-0959. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/escolas-criminologicas>>. Acesso em: 12 nov.2020.

O DIREITO E O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS: SALDO DEVEDOR

THAIS CRISTINE SILVA LIMA:

Bacharelada do curso de Direito pelo IESB - Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)

RESUMO: Este estudo tem a finalidade de abordar o instituto da alienação fiduciária em garantia de imóveis pautado Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que originou o Sistema Financeiro Imobiliário, dissertando acerca da breve evolução histórica e sobre o conceito da alienação fiduciária, tal como as etapas de constituição, aplicação e revogação do contrato de alienação fiduciária, que dispõe como garantia bens imóveis. Discorre acerca da revogação da dívida após o segundo leilão público entabulado no artigo 27, §5º da referida lei, além dos procedimentos adotados em caso do não cumprimento da obrigação por parte do devedor, no momento posterior a venda ou transmissão da posse e propriedade do bem, até esse tempo perdurar saldo residual da dívida a favor do credor. Para o presente artigo foi utilizada a pesquisa da prática valorativa, onde se pretende elucidar a importância da introdução do Instituto da Alienação Fiduciária em Garantia de Bens Imóveis, bem como explicar sobre as vantagens e riscos provenientes das normas introduzidas no referido instituto.

Palavras-chave: alienação fiduciária, garantia, público leilão.

BSTRACT: The purpose of this study is to approach the fiduciary alienation in guarantee of real estate based on Law No. 9514 of November 20, 1997, which originated the Real Estate Finance System, discussing the brief historical evolution and the concept of fiduciary alienation, as well as the stages of constitution, application and revocation of the fiduciary alienation contract, which has real estate as guarantee. It discussed the revocation of the debt after the second public auction established in article 27, paragraph 5 of said law, in addition to the procedures adopted in the event of nonfulfillment of the obligation on the part of the debtor, at the time subsequent to the sale or transfer of possession and ownership of the asset, until such time as the residual balance of the debt in favor of the creditor persists. For the present article we have used the research of the valuation practice, where we intend to elucidate the importance of the introduction of the Institute of Fiduciary Alienation in Guarantee of Real Estate, as well as to explain about the advantages and risks coming from the norms introduced in the referred institute

Keywords: chattel mortgage, guarantee, public auction.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Da Alienação Fiduciária: 2.1 Bens Suscetíveis de Alienação Fiduciária; 2.2 Constituição e Extinção do Contrato; 2.3 Intimação e Procedimentos para Purgação da Mora; 2.4 Efeitos da não purgação da mora no prazo legal; 2.5 Da Consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário; 2.6 Da Consolidação da Propriedade Plena na Pessoa do Devedor Fiduciante; 2.7 Do Leilão e o saldo devedor. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará brevemente acerca da evolução do instituto da Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, bem como simultaneamente a introdução do Sistema Financeiro Imobiliário, a seguir discutirá sobre o conceito deste, bem como exibirá as mais relevantes características de alienação fiduciária elencadas na Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Essa lei é notadamente relevante, pois torna mais fácil o acesso ao crédito imobiliário à sociedade, restringindo riscos a quem fornece o crédito.

Serão procedidas análises acerca dos bens suscetíveis de alienação fiduciária em garantia, assim como demonstrará a importância da inovação do instituto, que trouxe inúmeros benefícios para o credor fiduciante, bem como quanto a sua aplicabilidade no Direito Brasileiro.

Da mesma forma, o estudo pretende demonstrar vantagens, como também evidenciar os riscos e consequências provenientes das normas introduzidas do instituto no que diz respeito da modalidade de financiamentos imobiliários.

Na presente pesquisa acadêmica serão discutidos sobre os procedimentos adotados em caso de inadimplemento do devedor, sobre as informações objetivas do procedimento da alienação fiduciária de bens imóveis, bem como sobre o saldo remanescente do crédito e a consequente extinção do contrato.

A seguir serão retratados, respectivamente, acerca da necessidade da introdução da Alienação Fiduciária no nosso ordenamento jurídico, sobre o conceito do referido instituto, também a respeito da constituição e extinção do contrato proveniente da obrigação contraída pelas partes (devedor e credor), bem como acerca dos procedimentos adotados em consequência da não purgação da mora por parte do devedor fiduciante.

2 DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A Alienação Fiduciária de Bens Imóveis foi introduzida com o surgimento da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, predispondo-se acerca do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), permitindo-se a alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia, tornando o instituto mais relevante. Posteriormente alterada pelas Leis nºs 10.931/04, 11.481/07 e 13.465/17, trazendo significativas modificações no instituto.

O objetivo era oferecer uma segurança eficaz para o credor, para que o mesmo estivesse respaldado ao conceder créditos aos consumidores, nas situações em que estes descumprissem com as obrigações em relação a pagamentos referentes a dívidas contraídas com as instituições financeiras, estimulando assim a economia.

Acerca deste tema, CHALHUB (2017, p. 209) sustenta que:

[...] considerando que a morosidade da execução das garantias inibe a aplicação de recursos no setor imobiliário e a concessão de empréstimos e financiamentos com garantia imobiliária, a Lei 9.514/1997 tem em vista criar as condições necessárias para revitalização e expansão do crédito imobiliário e, partindo do pressuposto de que o bom funcionamento do mercado, com permanente oferta de crédito, depende de mecanismos capazes de imprimir eficácia e rapidez nos processos de recomposição das situações de mora, regulamentou a alienação fiduciária como garantia nos negócios imobiliários.

A referida Lei nº 9.514/97 trouxe a luz do nosso ordenamento jurídico da Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel.

A Lei nº 9.514/97, em seu artigo 22, preceitua o seguinte:

Art. 22. a alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.”

Sobre Alienação fiduciária para Loureiro Filho e Loureiro (2012, p. 394) entendem que:

A alienação fiduciária regulada é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que

operam no SFI e ter como objeto bens enfitêuticos, sendo também exigível o pagamento do laudêmio se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário.

Na alienação fiduciária, o fiduciante (que adquire o bem), possuirá a posse direta e o direito uso e gozo, enquanto o credor fiduciário, conserva a propriedade resolúvel da coisa, a qual se extinguirá de integralmente no instante em que o devedor cumprir por completo sua obrigação com o credor e, assim, consolidar-se-á a posse em favor devedor fiduciante. Desta forma, o devedor-fiduciante não usufrui da propriedade plena, restando o direito da posse direta sobre a coisa e o direito de reavê-la, caso a obrigação do pagamento da dívida seja integralmente cumprida.

No mesmo sentido BURTET (2012) sustenta que, a alienação fiduciária de bem imóvel é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. Também é um contrato acessório, que garante o cumprimento de outro. Por esse instituto jurídico, alguém que já titula a propriedade imóvel ou a está adquirindo, transfere a propriedade fiduciária de um bem imóvel ao credor, com o escopo de garantia, sob condição resolutiva, correspondente ao pagamento de uma dívida.

Por outro lado, na situação em que o devedor não cumprir com sua obrigação, qual seja, o pagamento integral da dívida, a lei prevê dispositivos em favor do credor, que permitem que o mesmo possa ter o crédito satisfeito.

Esta definida no Código civil de 2002, entabulada em seu artigo 1.361, é a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível, que o devedor transfere ao credor.

Fica evidente que, a alienação fiduciária é um negócio jurídico, que concede ao credor o direito de adquirir a propriedade de um bem, mesmo que de maneira resolúvel, em garantia da dívida contraída pelo devedor, comprometendo-se a restituí-la quando cumprida a obrigação acordada entre as partes.

Conforme preceitua o art. 1.359 do Código Civil:

Art. 1.359 - sendo resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, desaparecem os direitos reais concedidos em sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa de quem a possua ou detenha.

Segundo TARTUCE (2017, p. 104):

Partindo para as regras específicas do Código Civil, estabelece o art. 1.359 que, resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência. Em complemento, o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha. Como há relação com a condição e o termo, a propriedade resolúvel envolve questões de *eficácia* e não de validade dos negócios jurídicos correspondente.

Desta forma, a propriedade resolúvel deixará de ser limitada e passará a ser plena no momento do cumprimento da obrigação.

2.1 Bens Suscetíveis de Alienação Fiduciária

Acerca dos bens passíveis de alienação fiduciária podemos afirmar que:

Em regra, podem ser objeto de fideicomisso quaisquer bens, sejam móveis ou imóveis, bem como direitos sobre bens ou sobre direitos, desde que suscetíveis de alienação. São, enfim, passíveis de fideicomisso quaisquer direitos patrimoniais disponíveis, não se admitindo a constituição de fideicomisso sobre direitos estritamente pessoais. (CHALHUB, 2017, p. 102).

“Os imóveis podem ser de qualquer natureza, sejam comerciais, residenciais, mistos, glebas, imóveis enfiteúticos etc” (SCAVONE JUNIOR, 2015, p. 524).

2.2 Constituição e Extinção do Contrato

A instituição da propriedade fiduciária em garantia dar-se-á através do contrato de alienação fiduciária, constituído através de instrumento público ou particular, estabelecido através do regular registro do contrato no Cartório de Registro de Imóveis, conforme preceitua o art. 23 da Lei nº 9.514/97:

Art. 23. constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Parágrafo único. com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel.

O registro é um meio fundamental para garantir a segurança jurídica, e para que produza seus efeitos, sendo que na sua falta, o ônus não terá eficácia contra terceiros.

Assim, devidamente regularizado o registro no órgão competente, o bem não é atingido em caso de insolvência do devedor.

A Lei 6.015/73, em seu § 1º, regula os Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

A finalidade de todos esses registros consiste em revestir de fé formalidades especiais dos bens ou direitos do cidadão, por meio da interferência do Estado, visando garantia, controle ou ambos (LOUREIRO FILHO; LOUREIRO, 2012).

O item 226 das Normas de Serviços da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, sobre a constituição da propriedade, preceitua o seguinte: “com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse da coisa imóvel, tornando-se o fiduciante, possuidor direto, e o fiduciário, possuidor indireto”.

Na constância do contrato a propriedade encontrar-se-á afetado, em virtude do desdobramento da posse, devendo observar a resolução contratual, que poderá ocorrer de duas formas distintas, conforme preconizam os artigos 25 e 26 da Lei nº 9.514/97:

Art. 25 - com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

[...]

Art. 26 - vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

Em virtude das situações constantes dos artigos supramencionados, ocorrerá a extinção do contrato, o que em consequência também resultará na extinção da propriedade fiduciária, podendo ser em virtude do adimplemento ou pelo descumprimento total ou parcial da obrigação principal pactuada.

A forma de extinção contratual decorrida em virtude do cumprimento da obrigação pelo devedor, com o total pagamento da dívida, proceder-se-á com a averbação para cancelamento do registro gravado com a Alienação Fiduciária pelo oficial do Registro de Imóveis, apresentando na Serventia Registral, a autorização para cancelamento disponibilizado pelo credor fiduciário. Em virtude do inadimplemento, consolidar-se-á a propriedade em nome do credor fiduciário que deverá proceder a leilões públicos, de acordo com os procedimentos a seguir evidenciados.

2.3 Intimação e Procedimentos para Purgação da Mora

Caso o devedor possua débitos em atraso, após o prazo de carência, o Oficial de Registro de Imóveis procederá a intimação do mesmo, para que efetue a purgação da mora, seguindo criteriosamente os procedimentos entabulados nos §§1º e 2º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97:

Art. 26 [...]

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§ 2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

A Lei que trata a Alienação Fiduciária, ainda, em seu artigo 26, nos parágrafos 5º e 6º, determina que:

Art. 26 [...]

§ 5º Purgada a mora no Registro de Imóveis, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.

§ 6º O oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

A lei determina que o pagamento seja feito no Cartório de o Registro de Imóveis.

Na ocasião em que o devedor purgar a mora no prazo estipulado em lei, o contrato o qual o bem imóvel foi dado em garantia se mantém.

De acordo com o §6º da Lei supracitada, a quantia paga pelo devedor, deduzidas as despesas de cobrança e intimação, serão entregues ao fiduciário no prazo de 3 dias, após a purgação da mora.

Sobre o tema, CHALHUB (2017, p. 233) observa que:

A purgação da mora far-se-á perante o oficial do Registro de Imóveis competente, mediante pagamento dos valores que lhe tiverem sido informados pelo credor, em demonstrativo no qual deverão estar discriminados os valores do principal, dos juros e demais encargos contratuais; tendo em vista o tempo que decorrerá entre o requerimento de intimação e o final do prazo para purgação de mora, é de toda conveniência que o credor apresente demonstrativo em que estejam compreendidas as parcelas que se vencerem nesse interregno, incluindo as penalidades, pois, do contrário, haverá o risco de efetivar-se pagamento em valor inferior ao devido, considerada a futura data em que vier a se realizar a purgação da mora; nos 3 dias seguintes à purgação, o Oficial do Registro de Imóveis deverá entregar ao credor-fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação (art. 26 e §§).

Pode ocorrer também do pagamento ser efetuado pelo devedor fiduciante, antes que o Oficial de Registro de Imóveis proceda com a intimação para que este purgue a mora, e após ser intimado, apresentar os comprovantes de pagamento na Serventia Registral competente.

Pode-se dizer que não há impedimento legal para que o fiduciante purgue a mora diretamente ao fiduciário, não obstante tratar-se de forma atípica de purgação da mora, com quebra do procedimento traçado na lei. Todavia, nesse caso, fica evidente que caberá ao fiduciário a responsabilidade de informar ao oficial do registro de imóveis o pagamento integral do valor cobrado, encaminhando a quitação e o pedido de cancelamento da intimação do fiduciante, sem prejuízo do imediato pagamento de eventual diferença das despesas de intimação e cobrança que forem devidas (informação verbal)².

2.4 Efeitos da não purgação da mora no Prazo Legal

Na situação em que o devedor não realizar o pagamento em atraso prazo prescrito em lei, a propriedade será consolidada em nome do credor fiduciário, como preceitua o art. 26 Lei nº 9.514/97:

² Notícia fornecida por Valestan Milhomem da Costa, Palestra proferida no XXXV Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, em João Pessoa - PB, em de outubro de 2008.

Art. 26 - vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

A consequência preponderante da não purgação da mora por parte do devedor fiduciante implica na extinção de seu direito de reivindicação do bem, ora subordinado a uma condição resolutória, o qual gera vínculo com o fiduciário. Desta maneira, o credor fiduciário deverá apresentar um requerimento, juntamente com o ITBI - Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis, devidamente recolhido, com a finalidade de que a averbação da consolidação da propriedade seja procedida em seu nome.

Tal incidência de Imposto de transmissão *inter vivos*, encontra-se prevista no §7º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97:

Art. 26. [...]

§ 7º - decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão *inter vivos* e, se for o caso, do *laudêmio*.

Neste sentido, da mesma forma se mostra pacífica a jurisprudência de nossos tribunais, conforme acórdão ora transcrito:

APELAÇÃO. CONTRATO. FINANCIAMENTOS HABITACIONAL.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. consolidação da propriedade. lei 9.514/97. purga da mora. HONORÁRIOS. 1. Na espécie, não é mais possível a purga da mora até a data da assinatura do auto de arrematação, considerando que a consolidação da propriedade do imóvel em favor da CEF ocorreu posteriormente às modificações operadas na Lei 9.514/1997 pela Lei 13.465/2017. Logo, não sendo mais possível a purga da mora, prejudicada a discussão sobre a reabertura do contrato com a volta do pagamento das parcelas. 2. Honorários advocatícios mantidos. 3. Apelação não provida. (TRF-4 - AC: 50446078320184047000 PR 5044607-83.2018.4.04.7000, Relator: Cândido Alfredo Silva Leal Junior, Data de Julgamento: 17/06/2020, QUARTA TURMA).

2.5 Da Consolidação da Propriedade em Nome do Fiduciário

Procedida a averbação de consolidação em nome do credor fiduciário junto ao órgão competente, esta não possui o direito de dispor do imóvel, pois seu direito limitado, de acordo com o artigo 27 da Lei nº 9.514/97, isto significa que:

Art. 27 - uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

Assim, o credor fiduciário fica por imposição legal, inabilitado de dispor do imóvel por livre arbítrio. Nem mesmo manter o bem sobre sua posse, visto que a lei estabelece que o bem deverá ser alienado em público leilão.

Demonstram que a consolidação da propriedade visa atender a um fim específico, a satisfação do crédito, indicando, ainda, que se trata de propriedade resolúvel, a qual, nas precisas e notórias palavras de Caio Mário, é aquela “que nasce contaminada com o germe da sua extinção”³.

2.6 Da Consolidação da Propriedade Plena na Pessoa do Devedor Fiduciante

Em razão do cumprimento da obrigação, qual seja, o integral pagamento das parcelas e encargos provenientes do contrato, dar-se-á a extinção por adimplemento por parte do fiduciante. Nesta modalidade, o fiduciário recebe a integralidade do valor da dívida oriunda do contrato, fornecendo-lhe em decorrência do adimplemento, um termo de quitação integral da dívida, para que seja apresentado no Cartório de Registro de Imóveis competente, onde será procedida a averbação do cancelamento da propriedade fiduciária constante do registro, conforme preconiza o artigo 25 da Lei nº 9.514/97:

Art. 25 - com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.

Assim, com o cumprimento da obrigação por parte do devedor, a propriedade fiduciária resta resolvida.

³ Notícia fornecida por Valestan Milhomem da Costa, Palestra proferida no XXXV Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, em João Pessoa - PB, em de outubro de 2008.

2.7 Do Leilão e o Saldo Devedor

O leilão decorre a partir do inadimplemento do devedor, que, ao não purgar a mora, está sujeito a perder o bem dado em garantia. Este leilão deve seguir rigorosamente o artigo 26 da Lei 9.514/1997.

Dispõe o *caput* art. 26:

Art. 26 - vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

De acordo com item 253 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo: Uma vez consolidada a propriedade em nome do fiduciário, este deverá promover a realização de leilão público para venda do imóvel, nos 30 (trinta) dias subsequentes, contados da data da averbação da consolidação da propriedade, não cabendo ao Oficial do Registro de Imóveis o controle desse prazo.

Poderão ser realizados até dois leilões; caso não haja arrematação no primeiro, realizar-se-á o segundo. Encontram-se previstos em lei, valores mínimos determinados para a arrematação do bem.

Realizar-se-á o segundo leilão, 15 dias após o primeiro, caso este reste infrutífero em razão do lance não ter alcançado o valor da dívida. (art. 27 §1º da Lei 9.514/1997).

A lei também estipula, que não será aceito valor inferior ao valor da dívida no 2º leilão, conforme demonstra o §2º do art. 27:

Art. 27. [...]

§ 2º - no segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

A referida lei em seu artigo §4º do art. 27 prevê que:

Art. 27. [...]

§ 4º - nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das

despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação.

Assim, depois de abatidos os valores da dívida e das despesas e encargos entabulados no 4º, o credor entregará ao devedor a importância remanescente.

Em virtude da Lei nº 13.465/2017, incluiu-se a redação do parágrafo §2º-B no artigo 27 da supracitada lei, apresentando a seguinte redação:

Art. 27. [...]

§ 2º-B - após a averbação da consolidação da propriedade fiduciária no patrimônio do credor fiduciário e até a data da realização do segundo leilão, é assegurado ao devedor fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, somado os encargos e despesas de que trata o §2º, aos valores correspondentes ao imposto sobre transmissão inter vivos e ao laudêmio, se for o caso, pagos para efeito de consolidação da propriedade fiduciária do patrimônio do credor fiduciário, e às despesas inerentes ao procedimento de cobrança e leilão, incumbido, também, ao devedor fiduciante o pagamento dos encargos tributários e despesas exigíveis para a nova aquisição do imóvel, de que trata este parágrafo, inclusive custas e emolumentos.

A partir do procedimento da averbação da consolidação da propriedade fiduciária em nome do fiduciário e até o dia da realização do segundo leilão, é garantido ao fiduciante o direito de preferência para adquirir o imóvel por preço correspondente ao valor da dívida, acrescentam-se encargos e despesas elencados no § 2º do artigo 27 da Lei 9.514/97 e demais encargos que a lei determinar.

A controversa manifesta-se, no segundo leilão, ocasião em que o maior lance oferecido não alcance o valor estipulado em lei, restando frustrado o segundo leilão, onde poderá a dívida ser considerada extinta, e eximirá o fiduciário da responsabilidade de ressarcir possíveis diferenças e recursos relacionados a melhoramentos realizados pelo devedor. Desta forma, ficará submetido o credor, a conceder o termo de quitação.

Nesse diapasão dispõe o art. 27 §§5º e 6º da Lei 9.514/1997:

Art. 27. [...]

§ 5º - se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 6º - na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

Comenta CHALHUB (2017, p. 242) sobre o tema:

[...] E ainda, se o maior lance oferecido for recusado por não ser igual ou superior ao mínimo correspondente à dívida e às despesas, considerar-se-á extinta a dívida, exonerando-se o devedor da obrigação pelo eventual saldo remanescente (art. 27, § 5º), devendo o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dar quitação ao devedor-fiduciante em termo próprio.

Em recente julgado o STJ, julgou a inaplicabilidade do artigo 27, § 5º, da lei 9.514/97, tendo em vista que o valor do bem imóvel dado em garantia fiduciária não era suficiente para quitar integralmente o débito, vejamos:

*AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. LEILÃO DE IMÓVEL DADO EM GARANTIA PARCIAL DE DÍVIDA. **PREÇO, EM SEGUNDA PRAÇA, INSUFICIENTE PARA QUITAR A DÍVIDA POR INTEIRO.***

***PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 27, § 5º, DA LEI N. 9.514/1997.** FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 283/STF. AGRAVO IMPROVIDO (STJ - AgREsp nº 818.237 - SP (2015/0298116-0); Decisão monocrática Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 02 fev. 2016, Publicação: DJ 17 fev. 2016).*

Pontua-se que em tal precedente a dívida existente não foi constituída para a aquisição do bem dado em garantia fiduciária, ademais, o bem alienado garantiu apenas parte da dívida, conforme se extrai do trecho abaixo colacionado:

"O Tribunal de origem entendeu que o preço obtido pelo imóvel dado em garantia não serviria para quitar integralmente a dívida (afastando, portanto, o art. 27, § 5º, da Lei n. 9.514/1997) tendo em vista as características do contrato. Assinalou, em primeiro

*lugar, que **a dívida não foi contraída para aquisição do bem executado. Além disso, o gravame constituído se deu expressamente como garantia parcial da dívida. Finalmente, haveria previsão contratual expressa (cláusula 20) de que a execução das garantias ofertadas não elidiria, restringiria ou eliminaria o direito de crédito do banco.** As razões recursais não impugnaram esses fundamentos, o que atrai a incidência da súmula 283/STF."*

Com o intuito de alinhar possíveis vertentes distintas a respeito da extinção da dívida, ressalta-se que tramita projeto de lei 28 que objetiva inserir novo parágrafo no artigo 27 da Lei de Alienação Fiduciária de Coisa Móvel, com a seguinte redação:

§ 9º - a extinção da dívida e a exoneração do devedor da respectiva obrigação, previstas nos §§ 4º e 5º deste artigo, aplicam-se tão somente às operações de financiamento imobiliário, não se estendendo, em hipótese alguma, a qualquer outra modalidade de financiamento na qual se utilize contratualmente da alienação fiduciária em garantia".

Tal Projeto Lei aguarda parecer do Relator na Comissão de Finanças e Tributação (CFT).

3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se concluir que a Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel introduzida através da Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997, pode ser compreendida como um negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Conforme evidenciado no presente trabalho, a introdução do referido instituo foi assertiva, impulsionando a economia e trazendo segurança jurídica aos credores.

Esta nova modalidade de garantia fez com que a recuperação de créditos fornecidos a devedores inadimplentes se tornasse mais célere, trazendo benefícios nesse aspecto, por tratar-se de um procedimento extrajudicial, desobstruindo também as vias judiciais. Assim, o Oficial de Registro de Imóveis, desempenha um importante papel a fim de garantir a segurança dos credores, em relação também a possibilidade concreta de produção dos atos a ele inerentes.

Conclui-se que, existe divergência na doutrina e na Jurisprudência acerca da extinção da dívida entabulada nos parágrafos 4º e 5º do Artigo 27 da Lei 9.514/97. Sucede-se que, a lei não esclarece quando a obrigação do devedor em relação ao pagamento ou não do saldo remanescente da dívida, tendo restado os leilões

frustrados. Desta forma, não é possível afirmar com exatidão se o devedor se exime quanto ao pagamento da dívida remanescente. Entende-se que, caso ocorra saldo residual da dívida, a Lei 4.728/65 dispõe que o fiduciante continuará responsável pelo pagamento da diferença da dívida remanescente o valor do bem na ocasião alienado. Por outro lado, a Lei 9.514/1997 prevê que poderá haver extinção da dívida. É evidente a divergência de entendimentos apresentados entre a doutrina e a jurisprudência, e aguarda-se a aprovação do projeto de lei que se encontra tramitando, para que tais decisões de alinhem reconhecendo a extinção da dívida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os Registros Públicos. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>.

Acesso em: 17 jun. 2020.

BURTET, Tiago Machado. **Noções Gerais de Direito Imobiliário.** ed. ver. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2012, p. 155.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 209; 233; 242.

CHALHUB, Melhim Namem. **Propriedade Resolúvel com Peculiaridades Próprias.** Disponível em: <<http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/04/Aliena%C3%A7%C3%A3o-Fiduci%C3%A1ria-AASP-2017.pdf>> Acesso em: 23 nov. 2020.

CORREIA FILHO, Luciano Amorim; SEIDA, Ravana. **Alienação fiduciária de bens**

imóveis: Aspectos gerais e específicos. Disponível em: <<https://lucianoamorim.jusbrasil.com.br/artigos/877683447/alienacao-fiduciaria-de-bens-imoveis-aspectos-gerais-e-especificos>> Acesso em: 22 de novembro de 2020.

Alienação Fiduciária de Bens Imóveis. Blog do Direito Civil e Imobiliário. Disponível em <<http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/04/Aliena%C3%A7%C3%A3o-Fiduci%C3%A1riaAASP2017.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

Decreto-Lei nº. 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 19 jun. 2020.

IRIB - Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. São Paulo, 2020. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/pagina335/pdf.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

LOUREIRO FILHO, L. S.; LOUREIRO, C. R. M. **Notas e Registros Públicos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25; 394.

NEGRATO, Gustavo. Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia: uma análise comparada. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8967/1/Gustavo%20Scudeler%20Negra%20to.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

Normas Judiciais da Corregedoria Geral da Justiça, 2020. Disponível em <<https://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/NormasJudiciais>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

Projeto de Lei - PL 6.525/2013. Altera a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que "Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências", para fins de disciplinar o tratamento da alienação fiduciária em garantia. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=595526>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 524.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 104.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF-4. RECURSO ESPECIAL: Apelação Cível Nº 5029296-73.2014.4.04.7200. Relator: Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>.

ESCRITURA PÚBLICA DE VENDA E COMPRA SIMPLES: AS CONDIÇÕES PARA O REGISTRO JUNTO AO ÓRGÃO COMPETENTE

DANIELE DONIZETE DA SILVA:
Bacharelada do curso de Direito – IESB
Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)⁴

RESUMO: O presente estudo tem a finalidade de explanar sobre as condições para o registro da escritura pública de venda e compra ordenado pela Lei número 6.015/1973 de Registros Públicos, ocasionando o Direito Registral. Discorre também acerca da atuação do oficial em sua delegação para a prática do registro, respeitando os trâmites para a inserção do ato na matrícula do imóvel. Através da presente pesquisa será possível verificar as condições para se efetuar o registro da escritura pública na matrícula, verificando os requisitos imprescindíveis para o ato na matrícula, assim, o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis irá verificar se o documento está apto. De forma a cumprir esse objetivo, utilizou-se de abordagem da prática valorativa, de caráter bibliográfico formulada no embasamento jurídico através de leis, princípios, normas, jurisprudência que abrangem o tema central. Os resultados foram atendidos, através da aplicabilidade da lei no aspecto de solucionar eventuais falhas ocorridas por parte do tabelião na lavratura da escritura, como também a eficiência dos princípios norteadores do ordenamento jurídico. Desta forma, a implantação do ato na matrícula do imóvel se torna eficiente, como também o comprador adquire a propriedade plena e o vendedor desvincula das obrigações provenientes do imóvel ora transferido.

Palavras-chave: Escritura Pública. Venda e Compra. Imóvel.

ABSTRACT: The present study has the purpose of explaining the conditions for the registration of the public deed of sale and purchase, ordered by Law number 6.015/1973 of Public Registries, which caused the Registration Law. It also discusses the role of the officer in his delegation to practice the registration in the property's registration, respecting the steps that report the procedures for the insertion of the act in the property's registration, in addition to the procedures adopted for the application of the rules with the competent body. Through this research it will be possible to check the conditions for the registration of the public deed in the registration of the property, verifying the essential requirements for the act in the registration, thus, the Official Registry Office will verify that the document is fit, ensuring to purchasers an effective

⁴ Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

security in the implantation of the act in the registration of the property. In order to fulfill this objective, an appraisal practice approach was used, with a bibliographic character formulated in the legal basis through laws, principles, norms, jurisprudence that cover the central theme. The results were met, through the applicability of the law in the aspect of solving eventual failures that occurred on the part of the notary in the drawing up of the public deed, as well as the efficiency of the guiding principles of the legal system. Thus, the implementation of the act in the registration of the property becomes efficient, as well as the buyer acquires full ownership and the seller disengages from the obligations arising from the property now transferred.

Key words: Public Deed. Selling and Buying. Immobile.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Escritura pública de venda e compra simples: 2.1 Da delegação dos notários e registradores; 2.2 Dos elementos necessários para a lavratura da escritura pública de venda e compra simples; 2.3 Da eficácia da lavratura da escritura pública de venda e compra simples. 3. As condições para o registro junto ao órgão competente: 3.1 Documentações necessárias para o registro; 3.2 Da ausência de requisitos essenciais; 3.3 Do impedimento para efetuar o registro; 3.4 Da matrícula do imóvel; 3.5 Da Eficácia do ato na matrícula. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo discorrerá sobre as condições para o registro da escritura pública de venda e compra simples junto ao órgão competente, mais concretamente as etapas que relatam os procedimentos para a inserção do ato na matrícula do imóvel, sendo a delegação dos notários e registradores, os elementos necessários para a lavratura da escritura pública, a sua eficácia, as condições para o registro, as documentações necessárias, a ausência de requisitos essenciais, o impedimento do registro, a matrícula do imóvel e por fim a eficácia do ato na matrícula.

A Lei nº 6.015/1973 de Registros Públicos especialmente norteia o Direito Registral juntamente com os princípios e demais normas.

O objetivo deste artigo é demonstrar as condições para se efetuar o registro do imóvel, ou seja, quais os requisitos que o órgão competente utiliza para praticar o ato da escritura pública de venda e compra simples na matrícula. O Oficial do Cartório de Registro de Imóveis irá verificar se o documento está apto para enfim realizar o registro, garantindo aos adquirentes uma segurança efetiva na inserção do ato na matrícula do imóvel da comarca competente.

Por fim, serão discutidos quais os procedimentos adotados pelo Oficial de Registro de Imóveis em caso de ausência de requisitos necessários, como também os possíveis impedimentos para a recusa do registro na matrícula do imóvel.

A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica formulada no embasamento jurídico através de leis, princípios, normas, jurisprudência que abrangem o tema central.

2 ESCRITURA PÚBLICA DE VENDA E COMPRA SIMPLES

A escritura pública de venda e compra simples foi inserida em nosso ordenamento jurídico designando aos notários a lavratura da escritura com os requisitos necessários que deverá conter para sua eficácia. Dentre outros requisitos um deles é a verificação do valor do bem imóvel, que deverá ser o valor superior a trinta salários mínimos vigente no país para se enquadrar na modalidade de compra e venda através de escritura pública, de acordo com o Código Civil:

Art. 108 - Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes maior salário mínimo vigente no País.

O tabelião detém fé pública para a elaboração da escritura pública de compra e venda, de maneira que, as partes vendedores e compradores (podendo ser mais de um comprador e mais de um vendedor) através da manifestação de vontade descreve a concordância entre eles para a formalização do negócio jurídico, nos moldes da Lei nº 8.935/1994:

Art. 3 - notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

No que se refere à fé pública engloba-se aqueles profissionais pessoas físicas que adquirem autonomia do Poder Público para às praticados dos atos pertinentes ao cartório de Notas e de Protestos de Letras e Títulos, de modo que, a fiscalização dos atos é atribuída ao Poder Judiciário, conforme previsão na Lei nº 8.935/1994:

Art. 37 - a fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos arts. 6º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do distrito federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos.

Segundo Loureiro (2017, p. 48),

podemos definir o direito notarial como o conjunto de normas e princípios que regulam a função do notário, a organização do notariado e os documentos ou instrumentos redigidos por este profissional do direito que, a título privado, exerce uma função pública por delegação do Estado.

Desta feita, os procedimentos adotados pelo tabelião para praticar a lavratura da escritura, advém dos provimentos da Corregedoria Nacional de Justiça, assim, com a elaboração da escritura pública após a concordância entre as partes o ato se torna eficaz.

2.1 Da delegação dos notários e registradores

Os profissionais são titulares dos serviços prestados no Cartório de Notas e no Cartório de Registro de Imóveis, na qual exercer atividades privativas, inerentes à delegação que lhes são designadas pelo Poder Judiciário. Sendo esta delegação advinda do direito administrativo. Estes profissionais são agentes delegados que exercem atividades em nome próprio, porém com funções públicas, conforme preceitua a Lei nº 8.935/1994:

Art. 14 - A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos: I - habilitação em concurso público de provas e títulos; II - nacionalidade brasileira; III - capacidade civil; IV - quitação com as obrigações eleitorais e militares; V - diploma de bacharel em direito; VI - verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.

A importância, destarte, é atributo da necessidade dos profissionais adaptarem aos requisitos acima elencados. Nesse sentido, a delegação é uma transferência de atividades inerentes do Poder Público que concede poderes aos particulares, pessoas físicas para exercê-las.

As responsabilidades que os notários e os registradores adquirem decorrem das práticas dos atos que lhes são atribuídos. Não obstante, se porventura ocorrer atos indevidos, serão responsabilizados através das penalidades prevista na Lei nº 8.935/1994:

Art. 28 - Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei.

Resta demonstrada a necessidade de acatar as normas técnicas impostas pelo Poder Judiciário, assim, os tabeliões e registradores obtêm a obrigatoriedade de aceitar os trâmites legais a eles designados.

2.2 Dos elementos necessários para a lavratura da escritura pública de venda e compra simples

Para a lavratura da escritura pública o tabelião irá cumprir alguns requisitos exigidos por lei, a identificação das partes (apresentações dos documentos pessoais), constar as devidas qualificações completas, conferir os dados do imóvel através da matrícula atualizada emitida no órgão competente, ou seja, a matrícula será emitida na comarca onde se localiza o imóvel com prazo de validade de 30 (trinta) dias, verificar a existência de representações das partes envolvidas e se houve o devido recolhimento dos tributos, no caso em tela é o recolhimento do ITBI (Imposto de Transmissão de Bens Imóveis Inter vivos), sendo este imposto recolhido junto ao órgão competente à Prefeitura Municipal da comarca do imóvel, com previsão legal na Constituição Federal vigente:

Art. 156 - Compete aos Municípios instituir impostos sobre: II – transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

Portanto para que o ato da lavratura da escritura pública se torne eficaz é de extrema importância o recolhimento do imposto acima citado, assim, o tabelião poderá prosseguir com os trâmites da finalização da escritura e conseqüentemente a emissão da mesma.

O posicionamento para a prática do ato “na escritura pública, compete ao tabelião identificar as pessoas, qualificá-las, conferir os dados do imóvel e verificar a representação das partes e, ainda, verificar se os tributos foram recolhidos corretamente.” (COUTO, 2016, p. 11).

Nesse sentido, os elementos necessários para que as partes possam aderir à escritura pública de compra e venda simples, decorre exclusivamente dos tabeliões que exercem suas atribuições no Cartório de Notas, seguindo o entendimento do doutrinador:

Ele é o profissional do direito que está presente no momento mesmo da celebração dos negócios jurídicos, que atende as partes diversas antes da concretização do negócio, ouve as respectivas vontades, cientifica-se dos bens da vida por essas

pretendidos, aconselha-as sobre os riscos, benefícios, aspectos fiscais e efeitos jurídicos do ato desejado e, finalmente, cria e autoriza o negócio jurídico solene, adotando os cuidados e cautelas legais para a sua perfeição, validade e eficácia. Trata-se de, portanto, de um jurista de confiança das partes, de livre escolha das mesmas, observadas algumas limitações territoriais. (LOUREIRO, 2017, p. 48).

Dessa maneira, o tabelião que exerce a função extrajudicial para o Poder Judiciário esta presente no momento da aceitação das partes para realizar o negócio jurídico. Assim, o mesmo orienta as partes envolvidas dos benefícios e dos riscos ao adquirir ou desvincular do imóvel. De modo que, após a concordância dos envolvidos e respeitando as normas legais o negócio jurídico se torna eficiente.

2.3 Da eficácia da lavratura da escritura pública de venda e compra simples

A escritura pública de venda e compra simples após as partes assinarem, o ato se torna eficaz, diante do tabelião que detém fé pública, de modo que, a "eficácia é a produção dos efeitos preconizados pelo ordenamento aos atos e negócios jurídicos não viciados por nulidade, além de outros decorrentes do documento notarial e da publicidade registral". (LOUREIRO, 2017, p.61).

De acordo com o legislador a escritura pública é um ato essencial para a validade dos negócios jurídicos que envolva os direitos reais sobre bens imóveis, exceto os casos que não exigem a necessidade da lavratura da escritura pública.

Desta forma, nenhum negócio jurídico inerente aos bens imóveis que não ultrapassem trinta salários mínimos vigente no país, poderá ser executado para substituir a escritura pública que detém fé pública, consoante verifica no Código Civil:

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

3 AS CONDIÇÕES PARA O REGISTRO JUNTO AO ÓRGÃO COMPETENTE

O sistema registral possui característica independente, todavia com subordinação do Poder Judiciário que irá fiscalizar anualmente os atos praticados pelo Oficial responsável. A fiscalização é feita através do Juiz Corregedor da comarca da localização da sede do cartório, em que será examinado o cumprimento do dever legal dentro das atribuições que lhes foi investida, conforme o entendimento:

O poder de fiscalização compreende a inspeção das unidades de serviços e os arquivos notariais e registrais, por meio de visitas ou correições ordinárias ou extraordinárias. Tais inspeções podem se dar de ofício ou a requerimento de eventual interessado. (LOUREIRO, 2017, p. 116)

O Direito Registral é considerado como uma subdivisão do sistema administrativo, com base nos princípios contidos do próprio ordenamento jurídico. Nesse sentido o doutrinador descreve:

A existência de sete princípios estruturais ou internos típicos, que se acham consagrados e revelados pela própria Lei de Registros Públicos, quais sejam: 1) princípio da unitariedade; 2) princípio da legalidade; 3) princípio de instância; 4) princípio da legitimação registral; 5) princípio da prioridade; 6) princípio da continuidade; e 7) princípio da especialidade. (SALLES, 2008, p. 10)

No que se refere à competência para o registro da escritura pública de venda e compra simples, é exclusiva do Oficial de Registro de Imóveis da comarca da localização do imóvel. Nesse sentido a referida Lei nº 8.935/1994 dispõe:

Art. 12 - Aos oficiais de registro de imóveis, de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas.

Por conseguinte, o registro do imóvel somente poderá ser realizado pela autoridade competente, ou seja, o oficial do cartório, assim, a escritura pública de venda e compra será registrada na comarca onde se localiza o imóvel.

3.1 Documentações necessárias para o registro

As condições inerentes à escritura pública de compra e venda simples, inicia-se a partir do momento em que a parte interessada solicita em cartório o registro do imóvel na matrícula. A verificação das documentações é através das normas do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), da utilização da Lei de Registros Públicos (6.015/73) juntamente com a Lei que rege os Serviços Notariais e de Registros (8.935/1994), no qual versam os princípios norteadores do Direito Registral.

Necessário à apresentação da escritura pública de compra e venda simples original lavrada em Cartório de Notas juntamente com o ITBI (Imposto de Transmissão

de Bens Imóveis) para a qualificação do título. A qualificação será baseada pelas informações contidas na escritura pública, sendo analisadas as qualificações completas das partes envolvidas, as características e confrontações da do imóvel constante na matrícula, o número do cadastro na Prefeitura Municipal da comarca do imóvel e o devido recolhimento do imposto. Nesse sentido a Lei nº 6.015/1973 dispõe:

Art. 225 - Os tabeliães, escrivães e juizes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.

Desta forma, após a apresentação das documentações essenciais para análise do título o oficial irá verificar se todos os requisitos exigidos em lei estão presentes.

3.2 Da ausência de requisitos essenciais

A escritura pública detém algumas peculiaridades que necessitam estar presentes para que o título esteja apto para o registro na matrícula do imóvel. Todavia, na falta desses requisitos essenciais, como por exemplo, a qualificação incompleta, número de matrícula ou cadastro do imóvel errados, acarretará uma nota de devolução elencando as informações faltantes, conforme preceitua a Lei de Registros Públicos nº 6.015/1973:

Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimí-la, obedecendo-se ao seguinte: I - no Protocolo, anotar o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida; II - após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas; III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias; IV - certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título.

Assim, conforme decisão do Tribunal de Justiça julgou improcedente a apelação, acerca das exigências proferidas pelo Oficial de Registro de Imóveis decorrente à re-ratificação da escritura pública de venda e compra para a aplicabilidade dos princípios que regem o Direito Registral, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. LEI DE REGISTROS PUBLICOS. DÚVIDA REGISTRÁRIA. EXIGÊNCIAS DO OFICIAL INTERVENTOR DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. PROCEDÊNCIA. APLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. POSSIBILIDADE, RETIFICAÇÃO. ATO NOTARIAL. NECESSIDADE. REGISTRO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. 1. NOTÁRIOS E REGISTRADORES ESTÃO SUBMETIDOS AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA PUBLICIDADE E DA EFICIÊNCIA. 2. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE EXIGE AMPLA DIVULGAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E IMPÕE A PLENA TRANSPARÊNCIA NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. 3. PARA QUE O REGISTRO E A AVERBAÇÃO EXPRIAM A VERDADE, DEVEM CORRESPONDER A REALIDADE DOCUMENTAL E FÁTICA DO IMÓVEL. O FATO DE A CERTIDÃO DE ÔNUS DO IMÓVEL NÃO CONSTAR OS DADOS CORRETOS EM RELAÇÃO AO AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO NÃO É ÓBICE PARA QUE SEJA SANEADO O ATO NOTARIAL CONSIGNADO A INFORMAÇÃO DE QUE HÁ O PLENO CONHECIMENTO DOS OUTORGANTES COMPRADORES ACERCA DA AVERBAÇÃO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL, EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ATINENTE AOS ATOS REGISTRAIS, BEM COMO PARA DAR FIDEDIGNIDADE AO DOCUMENTO PÚBLICO EM RELAÇÃO AOS ASSENTOS DAQUELA SERVENTIA REGISTRAL. 4. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ-DF – APL: 11643425220088070001 DF 0116434-25.2008.807.0001, Relator: MARIA DE FATIMA RAFAEL DE AGUIAR RAMOS, Data de Julgamento: 16/09/2009, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 05/10/2009, DJ-e pág. 78)

Portanto, após o cumprimento dos itens elencados na nota de devolução emitida pelo Oficial do cartório de Registro de Imóveis, o título se tornará apto para efetuar o devido registro.

3.3 Do impedimento para efetuar o registro

Os impedimentos para o registro da escritura pública de compra e venda simples poderá ocorrer na hipótese da existência de um ato que anteceda a escritura

pública de venda e compra simples, ou seja, um título aquisitivo não registrado na matrícula do imóvel, a regularização do imóvel, doravante à necessidade de averbações na matrícula, como averbação de construção, qualificação dos vendedores, dentre outros. Neste caso o Oficial não irá registrar o título, em razão de ferir o princípio da continuidade, previsto na Lei de Registros Públicos nº 6.015/1973:

Art. 195 - Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.

Segundo Salles (2008, p. 17),

estabelece a necessidade de fixar um liame rigoroso em toda a cadeia filiatória entre o titular do domínio indicado no fôlio e aquele que realiza a alienação ou efetiva a oneração. O princípio da perfeita concatenação é utilizado não só para estruturar os elos de alienação e transferência imobiliária, como também para vincular os gravames e os ônus lançados sobre o imóvel.

Os atos deverão seguir à sua ordem, pois comporta uma segurança jurídica para ambas as partes envolvidas (comprador e vendedor), como também para o Oficial responsável. Não obstante, se ocorrer à prática do ato na matrícula do imóvel sem a verificação de atos antecedentes haverá irregularidades na realização do negócio jurídico, como também penalidades para o Oficial responsável, assim deverá cientificar o Juiz Corregedor do ocorrido, em que serão analisadas as medidas cabíveis para proceder com a modificação do ato ou até mesmo a nulidade, dependendo do tipo do título anterior, nesse sentido a Constituição Federal dispõe:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

3.4 Da matrícula do imóvel

A matrícula do imóvel detém todas as informações dos atos praticados desde a sua abertura pelo Oficial, consoante se verifica na Lei nº 6.216/1975:

Art. 176 - O Livro nº 2 - Registro Geral - será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3. Parágrafo único - A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas: I - cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta Lei; II - são requisitos da matrícula: 1) o número de ordem, que seguirá ao infinito; 2) a data; 3) a identificação do imóvel, feita mediante indicação de suas características e confrontações, localização, área e denominação, se rural, ou logradouro e número, se urbano, e sua designação cadastral, se houver; 4) o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, bem como: a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou à falta deste, sua filiação; b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda; 5) o número do registro anterior; III - são requisitos do registro no Livro nº 2: 1) a data; 2) o nome, domicílio e nacionalidade do transmitente, ou do devedor, e do adquirente, ou credor, bem como: a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou, à falta deste, sua filiação; b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda; 3) o título da transmissão ou do ônus; 4) a forma do título, sua procedência e caracterização; 5) o valor do contrato, da coisa ou da dívida, prazo desta, condições e mais especificações, inclusive os juros, se houver.

Nesse seguimento de acordo com a legislação deverão ser realizadas as práticas em um Livro de número 02 (dois), de modo que, todos os atos solicitados pela parte envolvida ou de *“ex officio”* obrigatoriamente serão inseridos na matrícula do imóvel.

3.5 Da Eficácia do ato na matrícula

Torna-se eficaz o ato na matrícula após constar o registro da escritura pública de venda e compra simples, as partes enfim concretizam o negócio jurídico, pois o comprador adquire a propriedade plena e o vendedor desvincula das obrigações provenientes do imóvel ora transferido, assim “o comprador do imóvel, após o registro

da escritura pública, torna-se proprietário e, como tal, pode usar, gozar e dispor da coisa". (LOUREIRO, 2017, p.784).

Contudo, caberá nulidade do ato se presente os requisitos elencados em lei, portanto a produção de efeitos é ineficaz, onde o juiz da comarca competente irá analisar a situação ocorrida, com respaldo no direito da ampla defesa e do contraditório, conforme preceitua a Lei nº 6.015/1973:

Art. 214 - As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta. § 1º A nulidade será decretada depois de ouvidos os atingidos.

Desta forma, se não houver casos de nulidade o presente registro na matrícula do imóvel detém uma segurança essencial para o proprietário de surgir possíveis ônus, conforme o doutrinador que assim descreve:

se instaura munido e amparo por presunção de validade, de legitimidade e de legalidade, que a ele conferem uma forma credenciada de eficácia, tanto na sua eventual invalidação depende da produção de prova consistente, capaz de que demonstrar a existência de irregularidade ou vício insanável. (SALLES, 2008, p. 7)

Neste sentido, o ato de registro na matrícula do imóvel não é apenas uma forma solene, mas compreende um conjunto de cumprimento de leis, normas e princípios que norteiam o ordenamento jurídico. Todavia, um dos princípios inerentes ao Direito Registral é o da publicidade dos atos, que após constar o registro na matrícula do imóvel o Oficial de Registro de Imóveis efetua procedimentos internos para a sua publicidade no site eletrônico dos registradores, tornando-se assim um ato público.

4 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou uma análise de como às condições para efetuar o registro na matrícula do imóvel são relevantes para maior compreensão dos acadêmicos, dos interessados, como também para a sociedade. Além disso, as etapas do presente estudo relatam os procedimentos que deverão ser ininterruptos.

A importância decorre das condições para se efetuar o registro da escritura pública na matrícula do imóvel, assim o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis irá verificar se o documento está apto, garantindo aos adquirentes uma segurança efetiva na inserção do ato na matrícula do imóvel da comarca competente.

Em virtude dos fatos mencionados os resultados inerentes a problematização foram atendidos, através da aplicabilidade da lei no aspecto de solucionar eventuais falhas ocorridas por parte do tabelião na lavratura da escritura pública, como também a eficiência dos princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Desta forma, a implantação do ato na matrícula do imóvel se torna eficiente, como também o comprador adquire a propriedade plena e o vendedor desvincula das obrigações provenientes do imóvel ora transferido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta a art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 15 jun. 2020.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos:** Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 48.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 24 set. 2020.

IRIBI – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.irib.org.br/publicacoes/cartilha/pdf.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

ABDRI – Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário. Disponível em: <<https://www.apdr.org.br/albergaria>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1998. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 17 jun. 2020.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos:** Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 48.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos:** Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 61.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos**: Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 116.

SALLES, V. **Direito Registral Imobiliário**. 2. ed. São Paulo: Saiva, 2008, p. 10.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de setembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm> Acesso em: 16 jun. 2020.

SALLES, V. **Direito Registral Imobiliário**. 2. ed. São Paulo: Saiva, 2008, p. 17.

BRASIL. **Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975**. Altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os requisitos públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6216.htm> Acesso em: 16 jun. 2020.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos**: Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 784.

SALLES, V. **Direito Registral Imobiliário**. 2. ed. São Paulo: Saiva, 2008, p. 7.

BRASIL. **Lei nº 13.286, de 10 de maio de 2016**. Dispõe sobre a responsabilidade civil de notários e registradores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2016/Lei/L13286.htm> Acesso em: 18 jun. 2020.

1º Tabelionato Fischer. Novo Hamburgo. Disponível em: <<https://www.tabelionatofischer.not.br/noticias/area-notarial/dos-principios-de-regencia-dos-servicos-notariais-e-de-registro-fabio-zonta-2>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

Registradores – Central Registradores de Imóveis. Disponível em: <<https://www.registradores.org.br/>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

ARISP – Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo. Disponível em: <<http://www.arisp.com.br/>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

Ofício Eletrônico – Central Registradores de Imóveis. Disponível em: <<https://www.registradores.org.br/>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

CNJ – Central Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2510>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS TJ-DF. Apelação Cível: 2008011116434-3 APC.



Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5426926/apelacao-ci-vel-apl-1164342520088070001-df-0116434-2520088070001/inteiro-teor-101876440?ref=serp>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

INFORMAÇÃO OU DESINFORMAÇÃO? A ERA DAS FAKE NEWS E A DINÂMICA DA COMUNICAÇÃO NA ATUALIDADE

VANESSA ANDRIANI MARIA: Advogada (ULBRA), pós-graduada em Advocacia Cível (UNA) e Direito do Trabalho (UNA). Membro da Comissão de Direitos Humanos e do Grupo de Violência de Gênero da OAB Santa Maria-RS. Engenheira Agrônoma (UFSM), Mestre em Ciência e Tecnologia Agroindustrial (UFPEL). Graduada em Formação Pedagógica em Geografia (UNIASSELVI).

Resumo: Hoje em dia grande parte das pessoas que acessam a internet usam as redes sociais como instrumento de informação. Assim, a velocidade que uma mentira pode ser compartilhada por milhares de pessoas é incrível, e tal fato cresce diariamente, colaborando com quem produz esse tipo de conteúdo. O presente artigo tem o objetivo de destacar as relações entre o direito à informação e as fake news, no ambiente das redes sociais. A metodologia utilizada neste trabalho parte do método dedutivo, realizando a revisão bibliográfica e a doutrina. É necessário trabalhar muito para evitar que esse tipo de notícia falsa continue sendo difundida nas redes sociais, por meio de usuários que creem em tudo que leem. A tendência é que as Fake News se propaguem ainda mais pois não existe forma efetiva que realmente resulte em um saldo positivo, contra os sites e autores de Fake News. Esse assunto merece maior destaque e pesquisas de maior aprofundamento, visando contribuir com opiniões úteis e viáveis para exterminar a desinformação e as Fake News, respeitando sempre a liberdade de expressão.

Abstract: Nowadays most people who access the internet use social networks as an information tool. Thus, the speed that a lie can be shared by thousands of people is incredible, and this fact grows daily, collaborating with those who produce this type of content. This article aims to highlight the relationships between the right to information and Fake News in the social media environment. The methodology used in this work starts from the deductive method, performing the literature review and the doctrine. It is necessary to work hard to prevent this type of Fake News from continuing to be disseminated on social networks, through users who believe everything they read. The trend is that Fake News spread even more because there is no effective way that actually results in a positive balance, against the sites and authors of Fake News. This subject deserves greater emphasis and more in-depth research, aiming to contribute with useful and viable opinions to exterminate disinformation and Fake News, always respecting freedom of expression.

Keywords: Fake News; social networks; freedom of expression.

Sumário: Introdução. 1. Contextualização Dentro da Órbita do Direito à Informação e Direito de Informar. 2. A Conexão de Informações e as Redes Sociais. 3. A Credibilidade das Publicações nas Redes Sociais e as Fake News. 4. Conclusão. 5.Referências.

INTRODUÇÃO

O direito à informação surge da consciência democrática e do desenvolvimento da sociedade. O surgimento de novos direitos acontece gradativamente, muitas vezes de acordo com os avanços tecnológicos.

Analisando as relações e aplicações da internet inseridas no contexto da sociedade da informação, surge uma série de pontos atuais, por exemplo, o discurso do ódio, a exposição em excesso da intimidade, novas probabilidades de relacionamentos, dentre outros. É aparente o exercício do direito fundamental da informação entre esses assuntos, pois este novo tipo de interação admite que qualquer pessoa vinculada a essas redes sociais realize comentários ou apresente seu ponto de vista sobre qualquer assunto; abrangendo uma gama considerável de pessoas a depender da extensão de sua rede de contatos. As notícias fraudulentas são extremamente danosas à democracia e ao direito à informação; por gerarem desconfiança e incerteza prejudicando a ação individual no espaço público, visto que o cidadão passa a se guiar por inverdades.

As relações estabelecidas na sociedade da informação são marcadas pela fluidez e pela efemeridade colaborando para que as pessoas interligadas por essas redes sintam-se motivadas a manifestar seus juízos sobre qualquer matéria; transformando a liberdade de expressão em garantia concreta desses discursos, ou melhor, dessas opiniões.

O propósito deste trabalho é demonstrar o conflito entre o direito à informação e as Fake News, no ambiente das redes sociais. O artigo foi dividido em três tópicos centrais. No primeiro tópico, será analisado o Direito à Informação e o Direito de Informar; no segundo, a Conexão de Informações e as Redes Sociais. Por último, a Relação entre as Redes Sociais e as Fake News, pois as primeiras passaram a ser o maior ponto de propagação de notícias e de transferência de informações.

A metodologia utilizada neste trabalho parte do método dedutivo, realizando a revisão da bibliografia apontada nas referências, procurando visitar a doutrina e o que foi produzido sobre o tema apresentado. A leitura das obras apontadas nas referências foi a base do presente trabalho, em que a interpretação desses textos serviu de subsídio para a construção do que será apresentado.

1. Contextualização Dentro da Órbita do Direito à Informação e Direito de Informar

O direito à informação nasce da consciência democrática e da evolução da sociedade. As conquistas de novos direitos ocorrem gradualmente, muitas vezes observando os avanços tecnológicos: “[...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, [...]” Não é difícil de prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar... (BOBBIO, 1986, p.171)

O acesso à informação proporciona um ambiente de evidente transparência e democracia. Em um sistema democrático, onde o poder público repousa no povo, que o exerce por representantes eleitos ou diretamente, sobreleva a necessidade de cada membro do povo fazer opções políticas sobre a vida nacional. Não só no processo eleitoral, mas por meio de plebiscitos ou referendos, o povo exerce seu poder político. Para poder optar, para poder decidir com consciência, indispensável que esteja inteirado de todas as circunstâncias e consequências de sua opção e isso só ocorrerá se dispuser de informações sérias, seguras e imparciais de cada uma das opções, bem como da existência delas. Nesse sentido, o direito de informação exerce um papel notável, de grande importância política, na medida em que assegura o acesso a tais informações. (CARVALHO, 1999, p. 55)

Toda notícia é uma informação, mas nem toda informação é uma notícia. Diariamente, os veículos recebem de suas fontes “toneladas de informações que passam por um crivo de seleção, tratamento e coordenação para só então se tornarem notícias para consumo público” (BAHIA, 2009, p. 46)

A informação tem grande valor para o Estado, garantindo benefícios sobre seus opositores em caso de disputas econômicas e guerras. Já entre os cidadãos, a informação tem grande relevância, amparando no crescimento da carreira profissional, acadêmica e nas relações entre particulares.

O acesso à informação é um verdadeiro instrumento a serviço do interesse público, sendo que a publicidade ou o direito de acesso às informações administrativas não é um fim em si mesma, mas um meio, um instrumento que existe para viabilizar ou garantir a realização de outros valores sociais aptos a estimular o desenvolvimento (material ou espiritual) individual e coletivo da comunidade; é condição *sine qua non* para o exercício de outros direitos fundamentais. (RODRIGUES, 2014, p.106)

As transformações tecnológicas possibilitaram o aparecimento da era da informação. Nos últimos anos, a informação deixou de ser uma área ou especialidade para se tornar multidimensional, transformando profundamente a forma como a sociedade se organiza. Pode-se dizer que está em andamento uma Revolução da Informação, como ocorreram no passado a Revolução Agrícola e a Revolução Industrial (Gadotti, 2000).

Lévy (1996) conceitua a informação como um ato produtivo:

Quando utilizo a informação, ou seja, quando a interpreto, ligo-a a outras informações para fazer sentido, ou, quando me sirvo dela para tomar uma decisão, atualizo-a. Efetuo, portanto, um ato criativo, produtivo. (Lévy, 1996)

A sociedade da informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, havendo quem a considere um novo paradigma técnico-econômico. É um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infraestrutura de informações disponível. É também acentuada sua dimensão político-econômica, decorrente da contribuição da infraestrutura de informações para que as regiões sejam mais ou menos atraentes em relação aos negócios e empreendimentos. Sua importância assemelha-se à de uma boa estrada de rodagem para o sucesso econômico das localidades. Tem ainda marcante dimensão social, em virtude do seu elevado potencial de promover a integração, ao reduzir as distâncias entre pessoas e aumentar o seu nível de informação. (TAKAHASHI, 2000, p. 33)

As tecnologias da informação, em conjunto com a velocidade da circulação da informação, criaram o ambiente perfeito para o desenvolvimento de uma sociedade baseada nessa informação. (TAKAHASHI, 2000, p.33)

Com a Constituição de 1988 no Brasil, que foi promulgada após um período de ditadura e supressão de direitos fundamentais, o direito à informação entrou no rol de direitos e garantias individuais e sociais, iniciando uma cultura de transparência para a administração pública. Essa evolução constitucional proporcionou maior informação popular sobre o controle das ações governamentais e asseverou definitivamente o direito à informação, transformando as relações entre o cidadão e o Estado, principalmente.

O direito fundamental de acesso à informação é de todos, haja vista que o texto constitucional permite, com fulcro no inciso XXXIII do artigo 5º, que todos tenham direito a receber informações dos órgãos públicos. Não podem olvidar dúvidas no que tange à titularidade do direito de acesso, pois apesar das restrições contidas no caput

do artigo 5º, onde se lê que é garantido, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, os direitos e deveres individuais e coletivos, o inciso ora mencionado faz a menção à expressão “todos”. Exige-se, portanto, a interpretação ampliada do intérprete, o qual não está autorizado a reduzir o espectro subjetivo do direito fundamental. (CANOTILHO, 2013, p. 349).

Fica manifesta a preocupação do legislador com a proteção do direito fundamental ligado à manifestação do pensamento, estando essa tutela ligada diretamente com a dignidade da pessoa humana, insculpida na Constituição Federal no art. 1º, III. A liberdade é fundamental para o exercício de direitos dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito e a forma de exteriorizar essa dignidade, em muitas vezes, é através da liberdade de expressão ou da manifestação do pensamento, pois como disse DWORKIN (2009, p. 519): “o desenvolvimento humano situa-se dentro de um processo que se constitui pela livre expressão conjugada com o intercâmbio da comunicação humana.

A liberdade de informação jornalística abrange todos os meios de divulgação de informação atuais, como sites, mídias sociais, blogs etc. É complicada a classificação de uma informação como Fake News sem que possamos censurá-la e com as redes sociais a difusão de julgamentos, apreciações e exibição de opiniões difundem-se numa velocidade incrível. Portanto, a averiguação das informações é um fato muito relevante para se chegar ao mundo da verdade ou falsidade de uma informação.

A proteção da informação jornalística e o próprio direito de informação (informar e ser informado) constituem garantia fundamental do indivíduo dentro do Estado Democrático de Direito: A liberdade de imprensa nasceu no início da idade moderna e se concretizou – essencialmente – num direito subjetivo do indivíduo manifestar o próprio pensamento: nasce, pois, como garantia de liberdade individual. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação. (SILVA, 2014, p. 259)

Na era da informática, a formação dos direitos e da regulação é acompanhada por dois tipos de tensões: - a tensão entre os direitos de natureza privada sobre a informação, o direito de propriedade, e a liberdade de informação; e - a tensão entre as proibições, outras restrições ou condições de acesso à informação (ou a determinadas categorias de informação) e a liberdade de informação (GONÇALVES, 2003, p. 12).

Se a informação noticiada atinge, de certa forma, a honra ou imagem do indivíduo, violando o seu direito à intimidade deverá ser considerado abuso do direito de informar, excedendo os limites do direito fundamental, devendo o responsável pela divulgação, sofrer as sanções civis e penais cabíveis. (SVALOV, 2012, p. 69).

Os canais de informações tradicionais, como jornais e revistas aderiram ao mundo da internet, utilizando o novo mecanismo para operar em tempo real. As notícias são divulgadas quase que instantaneamente através de seus sites. A consulta a esses meios de comunicação aumentou de forma significativa; mais da metade das residências no Brasil tem acesso à rede mundial de computadores (internet). Essa combinação de fatores proporciona uma intensa troca de informações entre os que informam e os que são informados.

Os dados comprovam a ferocidade com que as pessoas estão buscando informações na internet e como os sites jornalísticos, de busca e as mídias sociais atuam de forma definitiva na relação entre a produção de informação e consumo dessa informação.

Cumprase asseverar que os direitos da personalidade, positivados constitucionalmente sob o regime de direitos fundamentais, seguem a teoria geral das liberdades públicas, não só por formarem grupo de normas sujeitas a regime especial, mas particularmente, por dizerem respeito aos fatores que garantem a autodeterminação que o homem exerce sobre si mesmo. (MIRANDA, 2000, p. 59)

Deste modo, fica evidente a importância do direito à liberdade de informação para a sociedade, uma vez que, tal liberdade possui influência direta na construção de uma opinião pública, onde tal prerrogativa é fundamental para que se constitua verdadeiramente um Estado Democrático de Direito.

Na Sociedade da Informação e no Brasil do futuro, o indivíduo além de receptor da informação, atua também como agente informacional, "livre de escolher o conteúdo, interagir com ele, independentemente do espaço e do tempo em que se localizam o usuário e os conteúdos". MIRANDA et al. (2000, p. 10). Corroborando a visão apresentada por MIRANDA (2000, p. 59), BORGES (2008, p. 183) afirma que "o usuário da informação pode ser o produtor ou o gerador de informação, além de ser o seu controlador". A Sociedade da Informação e do Conhecimento é reconhecida pelo uso intenso da informação, do conhecimento e das tecnologias da informação e da comunicação, na vida do indivíduo e da sociedade, em suas diferentes atividades.

As tecnologias móveis de comunicação e informação vêm possibilitando novas formas de sociabilidade e de propagação da informação remetendo a outras percepções dos espaços urbano e virtual e possibilitando a formação de redes sociais móveis em nossa sociedade atual (HENRIQUES, 2014, p. 212).

O direito de transmitir informações, por sua relevância na construção de uma sociedade democrática, recebe uma proteção especial na Constituição Federal nos casos em que é exercido profissionalmente por intermédio dos meios de comunicação social. O direito de informar versa sobre a prerrogativa constitucionalmente

assegurada de transmitir informações, e não deve ser confundido com a liberdade de manifestação do pensamento prevista no Art. 5º, IV da CF/88, que por sua vez consiste no direito de emitir uma opinião a respeito determinado tema. (NOVELINO, 2013, p. 523)

É impossível prever e controlar o que virá a circular em forma de conhecimento, uma vez que é inerente aos elementos estruturais da Sociedade da Informação, sobretudo pelo avanço extraordinário da convergência tecnológica entre informática, comunicações e eletrônica, a falta de controle da produção e circulação de conhecimento. A informação deve ser de livre acesso (inclusive assegurado por lei), onde toda e qualquer pessoa pode consumir e gerar informações, principalmente no ambiente digital, porém o que acontece quando as informações geradas são falsas? (MIRANDA et al, 2000, p. 4)

Porém, a informação gerada nem sempre é verdadeira. Dessa forma, ao fazer uso do direito de informar, um direito este derivado do direito a liberdade de expressão, surge o dever de prestar a informação verdadeira, baseada em fatos e completa, de forma que não tenha seu sentido modificado pelo propagador da notícia.

Quando se trata de busca de informação, não se pode deixar de fazer referência à importância irrefutável das fontes de informação que, com o surgimento da Internet, se tornaram imensurável. E assim, devido a esse grande número de fontes de informação disponíveis na Rede, é tão imprescindível a elaboração de critérios que avaliem a qualidade das fontes.

2. A Conexão de Informações e as Redes Sociais

Desde a popularização da internet, na década de 1990, as redes sociais ocupam um espaço importante sob o ponto de vista das relações entre os indivíduos. Quer seja no Orkut ou no Facebook, diversas manifestações são expressas no interior desse tipo de aplicação de internet, evidenciando uma característica marcante em relação à liberdade de expressão e ao direito de informação, na medida em que cada membro, cada integrante, pode se tornar uma fonte de informação. Isso permite que a circulação de informação ultrapasse o tradicional modo jornal/rádio e passe a criar novas fontes, novas formas de abordagem na propagação de uma informação ou, até mesmo, na manipulação e posterior divulgação de uma informação. (RECUERO, 2009, p. 25).

O surgimento da Internet proporcionou aos usuários de redes que a informação seja disseminada de forma mais rápida, através das tecnologias de informação e comunicação, dessa forma a informação chegue ao usuário final em tempo real.

Compreender a mediação, a circulação e o uso da informação no contexto das redes sociais, através das relações estabelecidas por meio das tecnologias, acaba por

se constituir numa rede de informação em que a interação se faz presente e, por conseguinte, o fluxo de informação cada vez mais intenso. [...] O Grande potencial existente no contexto das redes se refere ao fato de que a informação não se encontra mais centralizada, o seu detentor não é mais uma única pessoa, ou seja, ampliam-se as fontes de informação. [...] As conexões existentes através das interações estabelecidas nas redes sociais criam possibilidades para que as pessoas atuem como multiplicadores e organizadores de uma dada comunidade. (RIBAS E ZIVIANI, 2008, p. 1)

Os próprios padrões de comunicação são alterados nas redes sociais, ganhando espaço, a informação ou notícia rápida e trivial. Essa é uma das características do momento pelo qual o homem passa: ... a tarefa de construir uma ordem nova e melhor para substituir a velha ordem defeituosa não está hoje na agenda – pelo menos não na agenda daquele domínio em que se supõe que a ação política resida. O “derretimento dos sólidos”, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo [...]. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro. (BAUMAN, 2001)

Redes sociais na Internet possuem elementos característicos, que servem de base para que a rede seja percebida e as informações a respeito dela sejam apreendidas. Esses elementos, no entanto, não são imediatamente discerníveis. Por exemplo, o que é um ator social na Internet? Como considerar as conexões entre os atores on-line? Que tipos de dinâmicas podem influenciar essas redes? São esses questionamentos que nos interessam no âmbito da comunicação mediada pelo computador e do ciberespaço. (RECUERO, 2009).

Visualizando o futuro da Internet como meio de comunicação, podemos avaliar que este será um veículo sobre o qual a nova sociedade estará embasada; a sociedade voltada ao uso da informação, a partir de uma revolução tecnológica, trazendo a ideia de que as novas tecnologias da informação estão integrando o mundo em redes interligadas globalmente. Existem múltiplas redes interligadas que se tornam fonte de formação, orientação e desorientação da sociedade, “por isso, é que a informação representa o principal ingrediente de nossa organização social, e os fluxos de mensagens e imagens entre as redes constituem o encadeamento básico de nossa estrutura social”. (CASTELLS, 1999, p. 573),

Redes compõem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura. [...]essa lógica de redes gera

uma determinação social em nível mais alto que a dos interesses sociais específicos expressos por meio das redes: o poder dos fluxos é mais importante que os fluxos do poder. A presença na rede ou a ausência dela e a dinâmica de cada rede em relação às outras são fontes cruciais de dominação e transformação de nossa sociedade: uma sociedade que, portanto, podemos apropriadamente chamar de sociedade em rede, caracterizada pela primazia da morfologia social sobre a ação social (CASTELLS, 1999, p. 565).

Visualizamos uma sociedade que mudou a dinâmica nas relações que envolvem troca de informações, migrando do meio geográfico (físico) para o meio virtual oferecido pelas redes; com isso, houve transformações nas relações de poder. O poder está nas mãos de quem detém as conexões que ligam as redes, como por exemplo, “fluxos financeiros assumindo o controle de impérios da mídia que influenciam os processos políticos”. (CASTELLS, 1999, p. 566)

A economia informacional cuja dinâmica elimina distâncias e deixa os mercados mundiais sem bases ou fronteiras determináveis têm por função integrá-los, em tempo real, como unidades de um sistema aberto global (DOWBOR, 1996, p.21-31).

Existe uma relação direta entre o compartilhamento da informação e do conhecimento na sociedade e as redes sociais. Cada indivíduo tem sua identidade cultural e as redes, são espaços virtuais nos quais se dá a troca de conhecimentos e de informações, assim, nessas redes o ser humano se agrupa com seus semelhantes e estabelece inter-retrorelações de interesses e culturas que se modificam conforme suas interações fazendo com que elas cresçam, desenvolvam e evoluam vinculados a diferentes níveis de cognição, que se agregam e se complementam, promovendo maiores níveis de conhecimento à medida que a rede social se amplia. (CASTELLS, 2000)

Por meio das tecnologias as pessoas e as organizações trocam informações, e estas são multiplicadas e disseminadas na web. A informação coletiva é a que está disponível em qualquer suporte a todos que necessitam da mesma.

Uma das preocupações com relação ao conteúdo da fonte é sua confiabilidade especialmente no âmbito acadêmico científico. De tal modo, é necessário verificar informações do autor como suas credenciais no domínio do site em que a fonte esteja localizada, além de pesquisar outras páginas e a data de atualização em que a fonte foi publicada.

Atividades econômicas, sociais, políticas e culturais por todo o planeta estão sendo estruturadas pela Internet e em torno dela, como por outras redes de computadores. A velocidade com que as informações são processadas, renovadas e disponibilizadas em meio eletrônico, como também os recursos que facilitam o acesso

e uso da rede por qualquer pessoa que saiba manusear um computador o outro dispositivo de acesso à Web permite a conexão com um ou vários sujeitos, desta forma construindo assim uma rede de relacionamentos social ou profissional. (CASTELLS, 2003, p.8)

Essas novas tecnologias têm papel decisivo na disponibilidade de informações, nas chamadas “autoestradas da informação”:[...] autoestradas da informação são meios de comunicação entre computadores, que seriam caracterizados por grande capacidade, rapidez e fidedignidade. Estes veículos permitiriam a comunicação fácil e intensa e trariam com isso grandes possibilidades de interatividade. (ASCENSÃO, 2002, p. 68)

As redes sociais propiciam a interação social dentro da própria internet, possibilitando a exposição da vida e, principalmente, a manifestação de um pensamento e criam uma falsa sensação de anonimato, facilitando o abuso de direito no exercício da liberdade de expressão. Nesse sentido analisando o conceito dos provedores de aplicações de internet chega-se a conclusão que a sua constituição ou desenvolvimento existe justamente para garantir diversas formas de interação dentro do ciberespaço (LEVY, 2010, p. 94).

A nova dinâmica social compreendida nos dias atuais trouxe uma grande mudança à percepção dos indivíduos, influenciando o processamento e a interpretação das informações. Essa condição pode ser denominada cultura de convergência, conectando as pessoas e fomentando um envolvimento mais participativo e intersubjetivo que impacta nas mais diversas decisões. (JENKINS, 2008, p.27).

A informação é um produto social e as novas tecnologias um meio detentor, formador e gerador do conhecimento. “O próprio processo de disseminação ativa do conhecimento pode ser parte de uma estratégia de manutenção do poder (SILVEIRA, 2000, p. 87). É preciso pensar no risco de que as novas tecnologias informacionais permitam não “o máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas o máximo controle dos cidadãos por parte do poder” (BOBBIO, 1986). Muitas informações são difundidas de forma quase epidêmica, alcançando grandes proporções tanto online quanto offline. (RECUERO, 2009, p.25)

3. A Credibilidade das Publicações nas Redes Sociais e as Fake News

Notícias falsas ou Fake News são aquelas notícias que não possuem conteúdo verdadeiro ou verossímil de forma notada e que busca influenciar ou atingir de alguma forma a opinião pública ou até mesmo o senso comum. De forma mais completa, segundo podem ser definidas como:

Definimos “notícias falsas” como artigos de notícias que são intencional e verificavelmente falsos, e poderiam enganar os leitores. Inclui muitos artigos que se originam em sites satíricos, mas podem ser mal interpretados como factuais, especialmente quando vistos isoladamente no Twitter ou nos feeds do Facebook. (ALLCOTT e GENTZKOW, 2017, p. 217)

Diante da descrença nas mídias jornalísticas, além da popularização e facilidade de acesso à internet, atualmente grande parte da população busca suas informações através das redes sociais. Neste ambiente conhecido pela sua democratização qualquer um pode ser o transmissor da “informação”, mesmo que não possua nenhum dever ético de verdade, e, em alguns casos, a informação disseminada pode ser falsa, visando denegrir algo ou alguém.

Notícias falsas presentes em sites de redes sociais podem ser consideradas não apenas em termos da forma ou conteúdo da mensagem, mas também em termos de infraestruturas mediadoras, plataformas e culturas participativas que facilitam a sua circulação. (BOUNEGRU et al, 2017, p. 8)

O comportamento típico dos usuários da internet se resume ao “compartilhamento de informações sem qualquer preocupação com a veracidade, que resulta na disseminação de boatos ou de trucagens assumidas como verdadeiras”. (MORETZSOHN, 2017, p. 302)

O fato é que existe até mesmo um consenso entre os professores que os alunos estão muito conectados e que as Tecnologias Digitais devem fazer parte do ensino, talvez como um instrumento auxiliar, como uma ferramenta usada esporadicamente para variar a dinâmica da aula.

O conflito da hodierna revolução da mídia social não deve ser subestimado. Há bilhões de usuários de mídia social no mundo, os quais utilizam o espaço proporcionado pela internet e pelas plataformas de mídia social para se comunicar, criar conteúdos e trocar informações de modo inacreditavelmente veloz, circulando e reforçando rótulos em diversos campos sociais, como finanças, política, entre outros (BÂRGĂOANU e RADU, 2018, p. 25).

É preciso avaliar ainda que as informações se propagam pela internet numa velocidade exponencial, pois é a partir das redes sociais que a maioria das pessoas se informa sobre política, esporte, entretenimento, religião e tudo mais que possa vir a interessar. É a partir da web que a maioria de nós se manifesta, diz o que pensa, onde está, e compartilha dados da vida cotidiana, postando imagens de viagens e expondo suas vidas.

A complexidade envolvida na relação do usuário com as notícias falsas e boatos disseminados nas redes sociais, em função da ausência ou diluição da autoria dos textos requer que a mediação não atue somente como uma intercessão para esclarecer os fatos, mas também para o desenvolvimento de habilidade nos usuários que possibilite uma análise crítica da informação recebida e compartilhada (SOUSA, 2017, p.2398).

As Fake News concebem uma forma de manifestação do pensamento e têm ligação direta com a liberdade de expressão e, principalmente, com o direito de informação criando a possibilidade de o emissor dessa notícia falsa promover sua circulação.

A relação entre as plataformas e a disseminação rápida das Fake News sugerem que os utilizadores sentem que a combinação de ausência de regras encoraja a disseminação rápida de conteúdos de baixa qualidade e falsas notícias.

O uso de pseudônimo em muitos casos serve a um propósito legítimo; o que é problemático no mundo das notícias. A capacidade de obscurecer a identidade de uma pessoa publicando de maneira anônima é fundamental para uma *Fake News* circular no modelo de plataformas como Twitter, Facebook-Instagram e Snapchat. O anonimato prejudica a capacidade do leitor de avaliar a credibilidade do autor. (ROSENZWEIG, 2017, p. 106)

Seja qual for a relação entre realidade divulgada e a realidade “verdadeira”, os receptores consideram as notícias como o testemunho autêntico dos acontecimentos “reais”. Isto significa que no tocante ao seu efeito ele deve colocar-se em equação com a realidade. (KUNCZIK, 2001, p. 250)

Desse modo e inserido nesse ambiente caracterizado pela superficialidade e velocidade de informação, as Fake News encontram espaço para seu surgimento e desenvolvimento, principalmente, dentro das redes sociais. Importante salientar que muitas vezes a difusão da notícia é feita através de um sujeito comum que faz uma postagem e acaba alcançando um número incalculável de pessoas, mesmo que suas fontes não possuam confiabilidade, dessa forma possibilitando que notícias de cunho duvidoso ou até mesmo mentiroso e distorcido sejam divulgadas nas redes sociais.

A disseminação das redes sociais e os compartilhamentos abrem margem para que a desinformação atinja um novo patamar. Esse problema ganha visibilidade pela capacidade de influenciar especialmente processos eleitorais, e acentuar a polarização política. Faz-se necessário enfatizar que o problema das Fake News principalmente nas redes sociais se dá em um terreno conflituoso entre a garantia da liberdade de expressão e os limites do seu exercício.

No caso dos mecanismos técnicos implementados pelas plataformas, que visem sinalização de artigos falsos, ainda não há evidências da efetividade dessas medidas. Um dos caminhos que consideramos promissor é o corte de incentivos financeiros a páginas e perfis que alastram notícias falsas. No campo governamental e legal, o conflito entre o combate às Fake News e o respeito à liberdade de expressão é ainda mais delicado, pois embora tenha como objetivo suprimir conteúdos ilegais, ela confere às plataformas uma prerrogativa arriscada de definir o que vai ser retirado e o que pode ser mantido.

A investigação sobre o combate às notícias falsas, não se resolve com fórmulas simples e prontas, mas com um conjunto de mecanismos que vão desde recursos técnicos até o investimento em educação e inclusão digital.

Conclusão

A prática das Fake News exerce grande influência sobre o juízo ou apreciação pública, especialmente quando partem de pessoas de grande controle diante da sociedade. Ligado a esse fato, podemos observar que as notícias falsas estão relacionadas a estes novos modelos de mídias na atualidade: as redes sociais.

É sempre de suma importância averiguar se a fonte é verídica antes de repassar a notícia, para não cometer algum ilícito, resguardando o direito à intimidade de outras pessoas e o direito à veracidade das notícias. Nesse sentido, a alfabetização midiática pode potencializar, o êxito tanto em ambientes educacionais como profissionais, constituindo-se ferramenta imprescindível para gerar cidadãos funcionais e engajados.

Primeiramente, a pessoa que recebe a informação, deve crer que o jornalismo diz a verdade, e esta verdade deve estar justificada em seu próprio discurso e amparada na realidade. Assim, o leitor ou aquele que acessa uma rede social acredita no que lê, não tem que conferir o exposto, apenas confiar no que leu.

Em um ambiente orientado em várias direções, tanto na política como digitalmente, habituar-se a avaliar notícias falsas tornou-se mais complicado. O cidadão não apenas tem o direito de ser informado, como também de receber informações verdadeiras, provenientes de fatos reais. Só assim o ser humano poderá desenvolver ideias próprias, julgamentos críticos e se posicionar sem sofrer interferência de fatores externos, que buscam deturpar sua realidade.

Referências

ALLCOTT, H.; GENTZKOW, M. Social media and Fake News in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, Stanford University, 2017, v. 31, n. 2, p. 217.

ASCENSÃO, J. de O.. **Direito da internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 68.

BAHIA, B. J. História, jornal e técnica: história da imprensa brasileira, volume 1/ Benedito Juarez Bahia. – 5.ed. – Rio de Janeiro : Mauad X, 2009.

BAUMAN, Z. **A Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BÂRGĂOANU, A.; RADU, L. Fake News or Disinformation 2.0? Some Insights into Romanians' Digital Behaviour. *Romanian Journal of European Affairs*, v. 18, n. 1, p. 24-38, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 13.

BOBBIO, N.. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. 171 p.

BOUNEGRU, L., Gray, J., VENTURINI, T. & MAURI, M. (2017). A Field Guide to Fake News. Public Data Lab. Retrieved from <http://fakenews.publicdatalab.org/>.

BORGES, M. A. G. A informação e o conhecimento como insumo ao processo de desenvolvimento. *Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação*, v. 1, n. 2, 2008. Disponível em: Acesso em: 07 jun 2020.

CARVALHO, L. G. G. C. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 55.

CASTELLS, M. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, [vol. I de A Era da Informação: economia, sociedade e cultura] 1999.

CASTELLS, M. **O Poder da Identidade**. v.2. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, A era da informação: Economia, sociedade e cultura, 2000.

CASTELLS, M. **A Galáxia Internet: reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 349.

DOWBOR, L. **Governabilidade e descentralização. São Paulo em Perspectiva**. Revista da Fundação Seade, São Paulo, v. 10, n. 3, p. 21-31, 1996.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**; trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GADOTTI, M. **Perspectivas atuais da educação**. Porto Alegre, Ed. Artes Médicas, 2000

GONÇALVES, M. E. **Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 12.

HENRIQUES, S. **As Manifestações no Brasil e a formação de redes sociais móveis no contexto da sociedade atual**. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 211-226, maio 2014.

JENKINS, H. **Cultura de convergência**. Tradução de Alexandria Susana. São Paulo: Aleph, 2008, p.27.

KUNCZIK, Michael. **Conceitos de Jornalismo: norte e sul-Manual de Comunicação**. Edusp, 2001. p. 250.

LÉVY, P. **O que é o virtual?** São Paulo: Editora 34, 1996

LÉVY, P. **Cibercultura**; tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34. 2010.

MIRANDA, R. R. de. **A proteção constitucional da vida privada**. São Paulo: Editora do Direito, 1996, p. 59.

MIRANDA, A. L. C. de., et al. **Os conteúdos e a sociedade da informação no Brasil**. DataGramZero, v. 1, n. 5, p. 1-16, out. 2000. Disponível em: Acesso em: 08 jun. 2020

MORETZSOHN, S. D. **“Uma legião de imbecis”:** hiperinformação, alienação e o fetichismo da tecnologia libertária. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 294-306, nov. 2017.

NOVELINO, M. **Manual de direito constitucional**. 8.ed.São Paulo: Método,2013.

RECUERO, R. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009. p. 25.

RIBAS, C. S. da Cunha; ZIVIANI, P. **Redes de Informação: novas relações sociais**. Revista de Economia Política de Iãs Tecnologias de la Información y Comunicación. Disponível em: vol. X, n.1, enero - abr. /2008. Acesso em: 07 jun. 2020. p. 1

RODRIGUES, J. G. **Publicidade, transparência e abertura na administração pública**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 266, p. 89 – 123. maio / ago 2014, p. 106.

ROSENZWEIG, A. **Understanding and Undermining Fake News From the Classroom**. **Berkeley Review Of Education**, Berkeley, v. 1, n. 7, p.105-112, 1 jan. 2017. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/7rk9w7tm>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

SILVEIRA, H.F.R. Um estudo do poder na Sociedade da Informação. Revista Ciência da Informação, Brasília, v. 29, n. 3, p. 79-90, set./dez. 2000.

SOUSA, A. M. de. O papel do bibliotecário como mediador da informação na era da pós-verdade. Revista Brasileira de Biblioteconomia e Documentação., [s.l.], v. 13, n. esp., p. 2390-2402, 2017.

SVALOV, B. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). **Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

SVALOV, Bárbara. O Direito à informação e a proteção dos direitos da personalidade. In: GOZZO, Débora (Coord.). Informação e direitos fundamentais: a eficácia horizontal das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

TAKAHASHI, T. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. p. 33.

A PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO JUIZ NA PERSECUÇÃO PENAL

MARCUS FRANCISCO MEDEIROS LOPES:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA5

(Orientador)

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar a produção de provas de ofício pelo juiz durante a persecução penal, aludindo a sua constitucionalidade/inconstitucionalidade e o entendimento traçado pelo Supremo Tribunal Federal. A pesquisa é justificadamente relevante tanto para os operadores do Direito quanto para a sociedade, pois visa debater um tema considerado polêmico tanto na doutrina quanto na jurisprudência, levando em consideração o princípio da busca da verdade real, onde se tem conotação afirmativa de que o juiz além de não poder ser inerte entro do processo penal, tal princípio poderia fazer com que este pudesse investigar de fato o crime. Utilizou-se como metodologia, a pesquisa bibliográfica, a qual permitiu-nos reunir livros, artigos e entendimentos jurisprudenciais para que fosse realizado um debate sobre o tema. Dividiu-se a pesquisa em seis itens, quais sejam, o Estado Democrático de Direito e o devido processo legal; sistemas processuais penais; princípio da verdade real; a doutrina que defende a constitucionalidade; a doutrina que defende a inconstitucionalidade e o; posicionamento do STF. Diante disso, entende-se que a pesquisa alcançou devidamente o objetivo ora traçado.

Palavras-chave: Provas; Produção; Juiz; Persecução Penal.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DO DIREITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL - 3. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS - 4. O PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL - 5. DOCTRINA DEFENSORA DA INCONSTITUCIONALIDADE - 6. DOCTRINA DEFENSORA DA CONSTITUCIONALIDADE - 7. POSICIONAMENTO DO STF - 8. CONCLUSÃO - 9. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Existe uma divergência tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente sobre se há legalidade quando juiz solicita de ofício a produção de provas, por conta dos princípios constitucionais da imparcialidade, devido processo legal, ampla defesa e etc. Deste modo, o estudo dará enfoque nas divergências, e se é possível que haja essa produção legalmente.

A pesquisa é justificadamente relevante tanto para os operadores do Direito quanto para a sociedade, pois visa debater um tema considerado polêmico tanto na doutrina quanto na jurisprudência, levando em consideração o princípio da busca da verdade real, onde se tem conotação afirmativa de que o juiz além de não poder ser inerte entro do processo penal, tal princípio poderia fazer com que este pudesse investigar de fato o crime.

Desta feita, torna-se imperioso fazer uma análise do tema, visto que sua aplicabilidade pode trazer mudanças significativa no paradigma jurídico de julgamento/condenação.

Tem como objetivo geral a discussão sobre a legalidade da produção de provas de ofício pelo Juiz na persecução penal. De forma específica busca-se: revisar a bibliografia sobre provas do Processo Penal; coletar jurisprudência sobre o tema em questão.

Como problemática, o ato do juiz de ofício para que se produza provas no processo penal é constitucional?

Dividiu-se a pesquisa em seis itens, quais sejam, o Estado Democrático de Direito e o devido processo legal; sistemas processuais penais; princípio da verdade real; a doutrina que defende a inconstitucionalidade; a doutrina que defende a constitucionalidade e; posicionamento do STF.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DO DIREITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Vivemos uma época neste país em que há uma grande preocupação dos responsáveis pelo funcionamento do sistema jurídico, com sua maior e eficiência, tendo em vista o acúmulo de processos e a morosidade no Judiciário, bem como a forma abusiva de recursos e procedimentos protelatórios ou impeditivos da prestação jurisdicional.

Preconiza-se como uma das soluções a reforma constitucional do Judiciário, e cremos que ela, como outras reformas da Constituição, é necessária para permitir o

desenvolvimento econômico e social do país, contribuindo para que o Estado possa efetivamente exercer o seu papel de promover a segurança, a justiça e o bem-estar, num regime democrático participativo e estável.

Não há dúvidas da necessidade premente de modernizar o Poder Judiciário e o Ministério Público, aparelhando-os com os meios materiais e os recursos humanos necessários e eliminando-se anacronismos legislativos e administrativos que geram a morosidade na prestação jurisdicional e o acúmulo de processos. Os interessados na presteza e na eficácia da máquina judiciária buscam soluções alternativas, como a arbitragem e os acordos extrajudiciais, na seara civil. No campo trabalhista, tentam-se soluções negociadas entre trabalhadores e empregadores sem a interveniência da Justiça do Trabalho. Enquanto isso, na área criminal, verificamos reclamações generalizadas sobre a insegurança e a impunidade.

É preciso que, ao lado das garantias da forma, disponha o processo judicial de eficiência e funcionalidade. Nesse sentido, os processualistas brasileiros têm dado significativas contribuições à doutrina hodierna. A modernização do processo, todavia, não deve significar a redução pura e simples de formalidades e a diminuição de recursos, a qualquer custo, em nome de suposta eficácia da prestação jurisdicional, sem a prudente e cautelosa análise de sua essencialidade. É preciso todo o cuidado para não incidir no grave erro das soluções simplistas em prejuízo de princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Não obstante, tais preceitos encontram gizo no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, da qual consagra o princípio do devido processo legal, sendo que suas origem remontam à cláusula do *due process of law* do Direito Anglo-Americano, que deve ser associado aos princípios constitucionais do controle judiciário – não permitindo à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – e das garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, segundo o disposto nos incisos XXXV e LV do mesmo artigo da Constituição.

A garantia da prestação jurisdicional, com a devida presteza e sem procrastinações, é corolário do devido processo legal. E, quando a expressão refere-se a processo e não a simples procedimento, alude sem dúvida ao processo judicial pelo Estado, segundo os imperativos da ordem jurídica, e com as garantias da isonomia processual, da bilateralidade dos atos procedimentais, do contraditório e da ampla defesa.

A igualdade perante a lei e o devido processo legal são princípios constitucionais complementares entre si, pois os princípios da legalidade e da isonomia – essenciais ao Estado Democrático de Direito – não fariam qualquer sentido sem um

poder capaz de fazer cumprir e pôr em prática, para todos, com a necessária presteza, a Constituição e as leis do país. Acerca do devido processo legal, Nelson Nery é conciso em seu entendimento:

O princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio *liberdade-propriedade*, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*. Direito à liberdade, por exemplo, significa liberdade de opinião, de imprensa e de religião. O progresso mais notável da Suprema Corte americana, quanto à aplicação da cláusula *due process* aos casos concretos que lhe chegaram a julgamento, é relativo à extensão da privacidade ao conceito de direito à liberdade (NERY JUNIOR, 2012).

No Direito Constitucional Americano, no qual inspira-se o princípio do devido processo legal introduzido no Brasil pela Constituição de 1988, as cláusulas do *due process of law* e da igual proteção das leis, complementam-se, reciprocamente, a partir da 14ª Emenda à Constituição de 1787 dos Estados Unidos, ratificada pelo Congresso em 1868.

Tão importante princípio – o do devido processo legal – teve sua origem histórica, como se sabe, na Magna Carta de 1215, que se referia inicialmente ao processo na expressão, cujo seu significado ninguém pode ser processado “senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou em harmonia com a lei do país” (GRINOVER, 2012). A 5ª Emenda à Constituição Americana de 1787 foi, porém, a que introduziu a expressão *due process of law*, estabelecendo que nenhuma pessoa pode ser privada da vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo legal. E a 14ª Emenda, em 1868, vinculou os Estados da Federação à cláusula, o que permitiu à Suprema Corte americana, especialmente nos anos 60, durante o período do Chief Justice Earl Warren, desenvolver jurisprudência de proteção aos direitos civis assegurados no Bill of Rights.

A cláusula do devido processo legal no Direito Constitucional americano refere-se, inicialmente, apenas a garantias de natureza processual propriamente ditas, relativas ao direito e procedimentos ordenados por princípios como, no campo processual penal, a proibição de ato legislativo que importa considerar alguém culpado pela prática de crime sem a precedência de um processo e julgamento regular em que lhe seja assegurada ampla defesa e de leis retroativas *ex post facto law*, além da vedação de autoincriminação forçada, do julgamento duas vezes pelo mesmo fato e do direito à ampla defesa e ao contraditório.

No campo processual civil, como no processo trabalhista, do direito constitucional à tutela jurisdicional do Estado e do devido processo legal resultam a instrução contraditória, o direito de defesa, o duplo grau de jurisdição e a publicidade dos julgamentos, dentre outras garantias. Segundo sua concepção originária e adjetiva, portanto, a cláusula do devido processo legal não tinha por escopo questionar a substância ou o conteúdo dos atos do Poder Público, mas sim a assegurar o direito a um processo regular e justo. Por isso, nesse sentido, aplica-se a denominação procedural *due process* (MARQUES, 2010).

A partir de 1890, incorporou-se à cláusula do *due process of law*, já na vigência da 14ª Emenda à Constituição americana, o sentido de proteção substantiva dos direitos e liberdades civis assegurados no Bill of Rights. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de construção jurisprudencial e, baseando-se em critérios de razoabilidade, passou a promover a proteção dos direitos fundamentais contra ação nada razoável e de cunho arbitrário

A Constituição Brasileira de 1988, inspirada na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, adota, no seu artigo 5º, inciso LVI, o princípio da invalidade no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. O princípio do devido processo legal nos Estados Unidos também tem sido aplicado em muitos casos pela jurisprudência, especialmente da Suprema Corte, para limitar a ação administrativa do Estado na esfera individual e o poder de polícia, garantindo aos cidadãos a proteção contra os abusos e a violação de garantias procedimentais e de direitos fundamentais. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa.

Finalmente, a importância da garantia constitucional do *due process of law* é reconhecida no Direito Comparado e no Direito Internacional, ao incluí-la na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, das Nações Unidas, segundo dispõem os seus artigos 8 e 10, expressamente:

Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei; e, Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.

Não se devem, porém, esquecer jamais as lições do passado para não cometer os mesmos erros dos julgamentos sumários e tribunais de exceção nos regimes autoritários. A história constitucional brasileira e de sua democracia demonstram a

necessidade de superar as dificuldades tradicionais da cultura política, realizando mudanças para a consolidação do regime democrático no País. E o Estado Democrático de Direito não pode prescindir do respeito à Constituição, aos princípios da legalidade, da igualdade e do devido processo legal.

3. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Em seu desenvolvimento histórico, o processo penal se manifestou mediante três sistemas, cada qual com singulares características: o acusatório, o inquisitivo e o misto. Cabe afirmar, singelamente, contraporem-se os dois primeiros, enquanto intente o terceiro constituir fusão de ambos

No ensinamento de Tourinho Filho, até o século XII o processo era de tipo acusatório: não havia juízo sem acusação. O acusador devia apresentar aos bispos, arcebispos ou oficiais encarregados de exercerem a função jurisdicional a acusação por escrito e oferecer as respectivas provas. Punia-se a calúnia. Não se podia processar o acusado ausente.

Ainda segundo Tourinho Filho, com o passar do tempo, e do aprimoramento intelectual dos homens, notou-se que o crime não ofendia somente ao cidadão vitimado, mas sim, a toda a coletividade, momento em que a ação poderia ser proposta por qualquer do povo. Somente depois de feita a acusação é que se ia pesquisar a autoria e a materialidade do delito. Surgiu, então, a figura do Inquérito, mas o mesmo somente se iniciava após a acusação.

As investigações necessárias eram levadas a termo pelo próprio acusador, que recebia uma espécie de mandado, expedido pelo magistrado, com o qual efetuava as buscas e apreensões, oitivas de testemunhas, exame de documentos, e a colheita de todos os dados que pudessem servir à prova do crime, como hoje se faz no inquérito policial.

Tourinho elenca, então, os traços profundamente marcantes do processo acusatório, a saber:

- “1. O contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão;
2. As partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade;
3. O processo é público, fiscalizável pelo povo;
4. As funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao juiz iniciar o processo;

5. A iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou o órgão do Estado”.

Acrescenta Tornaghi:

- “1. A prova dos fatos compete às partes. O juiz não tomava a iniciativa de apurar coisa alguma, até porque os fatos não controvertidos não precisam ser provados;
2. As partes tinham disponibilidade do conteúdo do processo;
3. Se o réu se confessava culpado, era condenado sem mais indagações;
4. Dominava a publicidade e a oralidade;
5. O réu aguardava a sentença em liberdade”.

Ainda, segundo o mesmo mestre, este sistema, tal como se apresentava em sua primeira fase histórica, oferecia gravíssimos inconvenientes, a saber:

1. impunibilidade do criminoso;
2. facilitação da acusação falsa – o fato só era investigado depois;
3. desamparo dos fracos – não havia como acusar aquele de quem se dependia;
4. deturpação da verdade – dependia da ação das partes interessadas;
5. impossibilidade eventual de julgamentos – havia carência de provas;
6. inexecutabilidade da sentença – o réu, em liberdade, podia fugir.

Continua Tornagui a prelecionar que o processo inquisitório apareceu como subsidiário do acusatório e os dois coexistiram durante muitos séculos; ao tempo de Diocleciano ele passou a ser de iure, a forma normal, ordinária, mas de fato os encarregados de investigar e denunciar os crimes, isto é, os quaesitores e, nas províncias, os irenarchae, os curiosi, os stationarii, somente tomavam a iniciativa do

inquérito quando não se apresentava um acusador. Aos poucos foi caindo em desuso o processo acusatório e firmando-se o inquisitório.

Nesse sistema processual, ao contrário do que ocorria no acusatório, o juiz não ficava inerte no tocante às investigações necessárias para a determinação da materialidade e autoria do delito; não assistia como mero espectador, mas tomava a iniciativa de determinar o que entendesse, com o intuito de conhecer a verdade dos fatos, onde todos os atos eram documentados pela escrita, e o processo se tornou secreto, a fim de preservar o bem andamento das investigações. Tudo aquilo que não estivesse reduzido a escrito no bojo dos autos era como se não existisse no mundo, advindo daí o brocardo latino: “Quod non est in actis nos est in mundo”.

Tourinho Filho, citando Garcia-Velasco, assinala os traços básicos do processo inquisitório:

“concentração das três funções: acusadora, defensora e julgadora, em mãos de uma só pessoa; sigilo; ausência de contraditório; procedimento escrito; os juízes eram permanentes e irrecusáveis; as provas eram apreciadas de acordo com umas curiosas regras, mais aritméticas que processuais; a confissão era um elemento suficiente para a condenação – a rainha das provas; admitia-se apelação contra a sentença; ao acusado não era conferida nenhuma garantia individual”.

Assim, o processo inquisitivo, que surgiu para evitar injustiças notadas no processo acusatório, tornou-se um verdadeiro instrumento de tortura e opressão. Tornaghi salienta que:

Infelizmente o segredo, o uso da tortura, a concentração de poderes na mão do juiz, transformaram o processo inquisitório em instrumento superlativamente perigoso para a segurança dos indivíduos, dando lugar a abusos que a objetividade científica, a probidade histórica e, sobretudo, o dever de justiça mandam proclamar e até profligar, com veemência.

4. O PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL

Durante a persecução penal, é fundamental que o juiz não seja inerte durante o processo. Desta forma, o princípio da verdade real em tese possibilita que o juiz tenha o direito a investigar o crime, quando houver necessidade.

De acordo com o Capez (2008, p. 28) quando os fatos se passam no decorrer do processo, e não há conformidade com a verdade formal que sobrevieram, os juiz

tem o dever de investigar. Assim, no curso da instrução, antes que seja proferida a sentença, pode o juiz de ofício, determinar que se realize diligências para que seja dirimido dúvida sobre ponto relevante.

Sobre o princípio da verdade real, Nucci analisa que (2010, p. 105):

"[...] o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente.

I-ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas 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" grifamos), ("não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa", destaque nosso) do Código de Processo Penal, ilustrativos dessa colheita de ofício e da expressa referência à buscada verdade real [...]"

Deste modo, o princípio permite que o juiz faça busca nas provas levantadas pelas partes no processo penal, de acordo com os liames citados pelo supramencionado autor.

5. DOUTRINA DEFENSORA DA INCONSTITUCIONALIDADE

Em virtude da mudança da redação do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, por meio da Lei 11.690/08, é permitido que o juiz venha a buscar provas que não foram eventualmente requeridas pelas partes, o que faz com que o próprio juízo seja um investigador, onde este fará o julgamento de provas apresentadas por ele mesmo, o que nos remete a entender um sistema inquisitivo.

Pacelli (2012, p.83) argumenta:

"[...] da nova redação do art. 156, I, CPP, dada pela Lei 11.690/08, ao prever que poderá o juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. O retrocesso, quase inacreditável,

é também inaceitável. A inconstitucionalidade da novidade é patente."

O autor acima mencionado defende a inconstitucionalidade por entender que o fato de trazer essa possibilidade, haveria um evidente retrocesso. Além disso, insta salientar que a Carta Magna deixa claro mesmo que de forma implícita sobre o sistema que é processo penal é regido, qual seja acusatória, onde há uma natural repartição de funções. A alteração da referida lei, portanto, faz com que haja uma alma inquisitorial, notadamente inspirado pelo regime fascista italiano.

No mais, o fato do juiz poder ir atrás de elementos probatórios faz com que ele não seja inerte, ferindo, por consequência a sua imparcialidade, podendo, diante disso, interferir diretamente na sentença do referido processo.

6. DOUTRINA DEFENSORA DA CONSTITUCIONALIDADE

Mesmo que seja de forma minoritária no ordenamento jurídico brasileiro, os doutrinadores que defendem a constitucionalidade do artigo em questão do Código de Processo Penal, se fundamentam no princípio da verdade real. Para eles, o juiz não deve se condicionar as provas apresentadas pelas partes, e que, quando este acreditar ser necessário que haja a produção de outras provas fundamentais para o processo, que venha a agir de ofício, em virtude da verdade real que deve ser vista como o elemento fundamental no processo.

Deste modo, Nucci (2010) entente que quando o juiz não está se contentando a aquilo que fora apresentado durante a instrução, tem o dever de agir em ofício para que haja a busca de mais provas, sendo, portanto, o co-partícipe. Silva (2008) nesse mesmo sentido, afirma que não pode haver limitação em que relação a missão do magistrado, pelo fato de haver suposição de que haja de certa forma uma imparcialidade no julgamento do processo.

O mesmo autor faz um destaque, afirmando que não como haver uma confusão no sentido de que o juiz seja inquisidor, visto que ele está apenas cumprindo a sua função. Denota que, o juiz inquisidor busca o que convém. Já o cumpridor de função, busca aquilo que acredita que seja a melhor forma de julgar atrelado a verdade real.

7. POSICIONAMENTO DO STF

O STF ainda não se pronunciou diretamente sobre o artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal. Porém fez um julgamento análogo, ao artigo 3º da Lei 9.034/95, onde havia a previsão de que o juiz pudesse atuar como investigador de forma ampla, podendo ter acesso a dados e informações fiscais.

Neste caso especificamente, O Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade, conforme se observa abaixo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte."

(ADIn nº 1.570, Rel. Min. Maurício Corrêa, em 12.2.2004)

O STF entendeu que nesse caso especificamente, os poderes instrutórios do juiz violavam diretamente a imparcialidade do juiz, tendo uma afronta direta a Carta Magna.

8. CONCLUSÃO

Se observou no decorrer da pesquisa, que há uma corrente doutrinária a favor da aplicação da lei em que o juiz poderá de ofício requerer a produção de provas, bem como há uma corrente contrária a esse tipo de requerimento.

A primeira faz alusão ao princípio da verdade real, em que o magistrado, quando não convencido por aquilo que fora apresentado em instrução pelas partes, poderá de ofício buscar mais elementos probatório. Todos os doutrinadores que defendem a constitucionalidade do artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal, afirmam que a verdade real deve sempre prevalecer para que haja um julgamento mais justo.

Por outro lado, a segunda corrente acredita que há inconstitucionalidade da Lei e, que o juiz não pode buscar provas, devendo se manter inerte durante a instrução do processo, para que não haja parcialidade no julgamento. Acreditam que o fato do juiz ter a possibilidade de agir de ofício, pode haver uma confusão na característica do sistema processual vigente, visto que, este é acusatório e não inquisitório.

No mais, a pesquisa atendeu rigorosamente o seu objetivo, e que este artigo sirva a comunidade científica, no sentido de haver cada vez mais diálogo entre a sociedade civil, pesquisadores e juristas para que leis como essas possam ser melhor aplicadas.

9. REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto Lei n. 3689, de 3 de Outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Vade Mecum. 13. Ed. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 1.983 p.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição federal. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 261 p.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. -15. Ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. 767 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia. Revista de Processo, São Paulo, n. 29, p. 12, jan. mar. 1983.

MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil Vol. 1. São Paulo: Millennium, 2010, p. 179.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 35

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 6. Ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1.070 p.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma processual penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pagina 190.

TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. Vol. 1., 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 11-14.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. V. 1., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. V. 1., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73.

GRATUIDADE DA JUSTIÇA APÓS A REFORMA TRABALHISTA

DIANA CALEGARI SILVA DIOGO:

Bacharelada do Curso de Direito da
Universidade Brasil

JANAÍNA GUIMARÃES MANSILHA

(orientadora)

RESUMO: A assistência judiciária gratuita é considerada uma conquista da cidadania, pois garante ao cidadão que não poderia arcar com custas processuais, uma forma de acessar a justiça e pleitear seus direitos. O objetivo deste trabalho foi analisar as modificações trazidas pela reforma trabalhista a partir da Lei nº 13.467/2017, no tocante a gratuidade de justiça e acesso do cidadão hipossuficiente a justiça integral. A metodologia utilizada neste trabalho foi a exploratória, com consulta à legislação brasileira, doutrinas, coleta de dados em artigos, dissertações e revisões bibliográficas em meio eletrônico. O ordenamento jurídico brasileiro sempre previu a gratuidade da justiça, porém, seu acesso efetivo vai além da excisão de obstáculos que impeçam o exercício da jurisdição, como custos processuais, taxas, honorários advocatícios, periciais e outros itens que se cobrados impediriam o cidadão ingressar na justiça sem comprometer seu sustento e ou de sua família. Apesar das mudanças trazidas com a nova redação estenderem o benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas naturais que comprovem sua hipossuficiência, ela tem representado um gravame ao acesso à justiça. Principalmente quando se refere a necessidade do pagamento de honorários periciais e advocatícios da parte que sucumbir ao processo mesmo que esta seja beneficiária da justiça gratuita.

Palavras-chave: Direito do trabalhador. CLT. Acesso gratuito à justiça.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 GRATUIDADE DE JUSTIÇA. 2 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. 2.1 Assistência Jurídica Gratuita No Direito Brasileiro E Na Justiça Do Trabalho. 3 MUDANÇAS NO ACESSO À JUSTIÇA GRATUITA APÓS A REFORMA TRABALHISTA. 4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho está vinculado às necessidades do trabalhador e se constituiu como ferramenta importante na resolução de conflitos entre empregados e empregadores.

A Reforma Trabalhista, regulamentada pela Lei n.13.467/2017 ocasionou profundas alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), principalmente no

que tange ao direito processual do trabalho e controles constitucionais. Essas alterações violam os princípios contidos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) referentes a assistência judiciária gratuita à população carente, bem como conflitam com a legislação trazida pelo novo CPC.

A partir desta constatação e da existência de diversos questionamentos em função da nova redação da CLT, este estudo tem como objetivo discutir a gratuidade da justiça, após a Reforma trabalhista, suas mudanças e principalmente os impactos sobre esse instituto que podem apresentar-se como barreira ao acesso à Justiça por parte dos trabalhadores.

Ao longo da evolução da sociedade é normal que todos os indivíduos não convivam de modo pacífico, ou que se sintam lesados diante de alguma situação, ocasionando situações conflituosas. Nestes casos, o Estado, deve garantir que o direito seja aplicado em conformidade com ordenamento jurídico e, o acesso à gratuidade é uma das formas que permite ao cidadão economicamente insuficiente pleitear os seus direitos junto à justiça. As mudanças advindas com a Reforma Trabalhista podem dificultar a efetivação deste acesso e, são esses questionamentos, tão relevantes para manutenção do direito do trabalhador que são discutidos nesse trabalho.

Para o alcance dos objetivos, foi aplicado o método da pesquisa exploratória por intermédio da consulta à legislação brasileira, doutrinas, coleta de dados em artigos, dissertações e revisões bibliográficas em meio eletrônico relacionados ao tema.

Inicialmente são detalhados o ordenamento jurídico de gratuidade à justiça no direito brasileiro e na justiça do trabalho e os contornos de assistência judiciária gratuita e o benefício da justiça gratuita. Num segundo momento, delimita-se as mudanças estabelecidas pós reforma trabalhista no tocante a isenção de custos sobre despesas processuais relacionadas a honorários periciais e advocatícios, departamento recursal. Por fim, serão discutidos os impactos da nova legislação vigente ao acesso à justiça integral e gratuita à parte que apresente hipossuficiência econômica.

1 GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Todo governo democrático tem como um de seus desafios assegurar o acesso à Justiça por toda a população. Nesse sentido, ao longo da evolução da sociedade diversos métodos foram desenvolvidos para garantir tal direito, a exemplo do benefício da gratuidade, que favoreceu principalmente a parte mais carente.

O acesso à justiça se firma como uma forma de participação aos bens e serviços de uma sociedade (SADEK, 2009). O ordenamento jurídico brasileiro sempre previu a gratuidade da Justiça, e anteriormente a forma de resolver os conflitos era

fundamentada na autotutela, em que as partes atuavam na responsabilidade de cumprir o Direito, e ao Estado cabia a função de interferir nos conflitos dos cidadãos, regular e aplicar a doutrina (LÖBLEIN, 2019).

Pode-se entender que primeira onda renovatória ocorreu em virtude da concessão da assistência judiciária gratuita e pela positivação expressa de tal garantia no ordenamento jurídico, por meio da Lei nº 1.060/50 (PERINAZZO, 2019).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) o benefício da gratuidade de justiça passou a ser assegurado a partir do art. 5º, inc. LXXIV, tendo o Estado o dever em oferecer auxílio judicial gratuito ao enquadrados como hipossuficientes, com ausência de recursos para subsidiar seu processo, de modo a não lesar o provento de sua família.

Ainda sobre o acesso à justiça, Sadek (2009, p.170) ressalta:

Quaisquer iniciativas que tenham por meta o combate à exclusão estarão fadadas ao fracasso se não levarem em conta garantias e direitos individuais e coletivos. Pois, não há possibilidade real de inclusão se, de fato, não houver condições efetivas de acesso à justiça. Sem o direito de recorrer à justiça, todos os demais direitos são letras mortas, garantias idealizadas e sem possibilidades de concretização.

É importante reforçar a força que a promulgação da Constituição Federal nesse quesito efetivou a fundação das Defensoria Públicas e conferiu ao Ministério Público responsabilidades (PERINAZZO, 2019).

Deste modo, o Estado deve assumir mais que administrar a justiça, editar e controlar a aplicação das leis, deve ter como obrigação prover assistência judiciária gratuita a fim de que todo cidadão, mesmo o mais humilde possa acessar ao Poder Judiciário, exercendo o direito de ação e defesa (GAIA, 2019).

2 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA

Apesar dos termos existência da assistência judiciária gratuita e justiça gratuita parecerem sinônimos, não são.

A assistência judiciária, pressupõe o direito de a parte ser amparada gratuitamente em juízo, sendo o Estado seu prestador. Se, caso este serviço não estiver em funcionamento, o Estado deverá mantê-lo, sendo de responsabilidade da Ordem dos Advogados por suas seções estaduais, ou subseções municipais a indicação (BRASIL, 1950).

O exercício da assistência judiciária é oferecido por intermédio da Defensoria Pública instalada no âmbito dos entes federativos, ou por ação de advogados nomeados pelo órgão judicial (GAIA, 2019). Para sua exigibilidade não há necessidade de deferimento do juiz, ou de processo em tramitação (COUCEIRO, 2019).

A assistência jurídica, foi estabelecida na emenda constitucional nº 1/69, que foi ampliada a partir da Carta Magna de 1988 para uma assistência jurídica integral e gratuita. Além da indicação gratuita de profissional que represente administrativamente e judicialmente a parte hipossuficiente econômica, a assistência jurídica gratuita abrange à isenção de custas, emolumentos, atos notariais, informações e consultas e demais despesas processuais, que a parte arcaria no decorrer da tramitação dos processos (COUCEIRO, 2019; GAIA, 2019).

Na esfera da justiça do trabalho, a assistência judiciária gratuita foi instituída pela Lei n. 5.584 de 1970, que assegura a prestação do serviço pelo sindicato da categoria profissional a qual fazer parte o trabalhador, sendo ele hipossuficiente econômico ou quando as custas coloquem em prejuízo o seu sustento ou de sua família. Deste modo, a responsabilidade em representar em juízo, o trabalhador passa ser da categoria que o defende (GASPAR, 2018).

Em resumo, a assistência judiciária gratuita assegura gratuidade aos serviços prestados por um advogado, podendo ser indicado pela Defensoria Pública, sindicato ou categoria a qual pertence, ou designado pelo Estado-juiz.

O termo gratuidade da justiça, foi mencionado inicialmente no Código de Processo Civil de 1939 e se caracteriza pela de despesas processuais que estariam acarretados a parte interessada para promover a ação judicial ou o requerimento administrativo (GAIA, 2019). Contudo, para sua concessão há necessidade de requerimento da parte e o deferimento por um juiz, conforme atendimento das condições estabelecidas em Lei (COUCEIRO, 2019).

2.1 Assistência Jurídica Gratuita No Direito Brasileiro E Na Justiça Do Trabalho Antes Da Lei Nº13.467/2017

A assistência judiciária gratuita está presente no Brasil desde os tempos em que o Brasil era colônia, pela ação das Ordenações Manuelinas, e posteriormente até 1916, pelas Ordenações Filipinas, que garantiam ao cidadão hipossuficiente a isenção em arcar com os custos processuais (RODRIGUES JUNIOR, 2018).

O livro III, título LXXXIV, item 1, das Ordenações Filipinas trazia a seguinte redação:

E sendo o agravante tão pobre, que jure que não tem bens móveis, nem de raiz; nem por onde pague o agravo, e dizendo na

audiência huma vez o Pater noster pola alma delRey Dom Diniz, se-lhe-ha havido, como que pagasse os novecentos reis, com tanto que tire de tudo certidão dentro no tempo, em que havia de pagar o agravo. Ordenações Filipinas on-line. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p695.htm>

Contudo, tal concessão não representava uma consciência social e democrática para acesso ao direito por todos, mas estava pautada à princípios cristãos.

A gratuidade de justiça foi mencionada em uma Constituição apenas em 1934, no Capítulo que tratava dos direitos e das garantias individuais, com a seguinte redação: “art. 113 [...] 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”.

A Constituição promulgada em 1937 excluiu qualquer texto voltado a assistência judiciária, atribuindo a cada Estado-membro a aplicação do benefício a seu critério, mas acatando as delimitações existentes no Código de Processo Civil (PERINAZZO, 2019).

As lacunas constitucionais referentes a assistência judiciária gratuita foram preenchidas pela Lei nº 1.060/1950, que serviu como uma fonte padronizada e direta para facilitar o acesso à justiça. A Constituição Federal de 1988, regularizou o surgimento das defensorias públicas o que firmou e fortaleceu o acesso à proteção jurídica a população hipossuficiente.

Contudo, a aplicação da assistência judiciária gratuita foi modificada a partir do novo Código de Processo Civil (CPC) (Lei n. 13105/15), que estabeleceu no artigo 98 a quem se destina o direito, e quais as condições para o deferimento da gratuidade da justiça:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, tem direito à gratuidade de justiça, na forma da lei.

Deste modo, o direito à gratuidade de justiça passou a ser outorgado para pessoas naturais e também jurídicas (se estas provarem sua vulnerabilidade econômica para deferimento do benefício) além de pessoas estrangeiras que não precisam obrigatoriamente comprovar residência no país para usufruir do benefício.

Em relação as despesas processuais que são abrangidas pela gratuidade da justiça qual a redação diz do novo CPC inclui:

[...] I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido. (BRASIL. Art. 98, § 1º, Lei n. 13105/15).

Deste modo, o CPC passou a definir critérios sobre os encargos do Estado com o beneficiário, como passou a citar quais as formas de aplicação em virtude dos diferentes atos processuais e dos meios probatórios em Direito que seriam acolhidos. Assim, de forma subsidiária e supletiva as mudanças do CPC, passou a regulamentar também sobre o processo do trabalho.

No tocante ao direito do trabalho, a Lei nº 5.584, de 1970 regulamentou que além da isenção de custas e despesas fosse incluído na assistência jurídica integral e gratuita no processo do trabalho, o amparo prestado pelo sindicato da categoria, que deveria indicar ou recrutar um advogado, cuja a remuneração pelos honorários assistenciais seria determinada por juiz. Caso a parte não fosse sindicalizada, mas contribuísse compulsoriamente para sustentação da entidade, a assistência jurídica

deveria ser prestada pelo sindicato da categoria, inclusive se as partes demandassem por intermédio de advogado particular. Caso houvesse ausência do profissional indicado pelo sindicato, de forma complementar, caberia a atuação da Defensoria Pública e de escritórios modelo ligados a estabelecimentos de ensino superior jurídico (MOLINA, 2019).

A partir de 2002, com a promulgação da Lei nº 10.537, e a alteração do art. 789 da CLT, novas diretrizes estabeleceram que:

§ 1º As custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal. § 2º Não sendo líquida a condenação, o juízo arbitrar-lhe-á o valor e fixará o montante das custas processuais. § 3º Sempre que houver acordo, se de outra forma não for convencionado, o pagamento das custas caberá em partes iguais aos litigantes. § 4º Nos dissídios coletivos, as partes vencidas responderão solidariamente pelo pagamento das custas, calculadas sobre o valor arbitrado na decisão, ou pelo Presidente do Tribunal." (BRASIL, Art. 789, Lei nº 10.537/2002).

O acesso à gratuidade de justiça, antes da reforma, era mencionado no § 3º do artigo 790 da *Consolidação Das Leis Do Trabalho* (CLT). A redação assegurava ao trabalhador esse benefício se o mesmo tivesse rendimento igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos, ou caso não apresentasse condições financeiras para arcar com as custas processuais, sem que isso representasse detrimento do seu sustento, como também o de sua família. Com a alteração do texto da reforma em 2017, o § 3º do artigo 790 foi revogado.

O art. 790 da mesma norma, facultou aos juízes a concessão, a requerimento ou de ofício, da gratuidade da justiça, incluindo tal benefício a traslados e instrumentos, às pessoas com rendimento salarial igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou que declarassem não possuir condições de pagar as custas, sem causar prejuízo do sustento próprio ou da família.

3 MUDANÇAS NO ACESSO À JUSTIÇA GRATUITA APÓS A REFORMA TRABALHISTA

O acesso efetivo à justiça vai além da excisão de obstáculos que impeçam o exercício da jurisdição. Ele está relacionado ao acesso a outros mecanismos que por ventura dificultem a efetividade da tutela jurisdicional, a exemplo de custos processuais, honorários advocatícios e periciais e outros itens que impossibilitariam ao

cidadão sem recursos financeiros o ingresso na justiça ou manutenção de um processo já iniciado (GUIMARÃES, 2018).

Com a promulgação da Lei nº 13.467/2017 instalou-se novo regime, no tocante ao benefício da gratuidade à justiça trabalhista, que passou a utilizar como regra para estabelecimento da condição de hipossuficiência econômica, um teto, com salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) regime geral da previdência social.

A nova redação trabalhista, a partir do artigo 790-B trouxe também modificações quanto ao pagamento de honorários advocatícios e periciais. Segundo a exposição de motivos, essas alterações objetivam a redução do número de demandas trabalhistas, muitas vezes representadas por ações manifestadamente infundadas, que acabam por onerar a União com o pagamento por honorários periciais desnecessários (GAIA, 2019).

Em relação aos honorários periciais, as alterações na CLT regem que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão do objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita, conforme artigo 790-B:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

§ 1º. Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§ 2º. O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3º. O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realizar perícias.

§ 4º. Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Deste modo, ainda que beneficiado pela Justiça gratuita, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, caso seja sucumbente na pretensão objeto da perícia não está extinguida. A União arcará com o encargo apenas em casos cujo beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos suficientes para custear a despesa referentes aos honorários.

No tocante aos honorários advocatícios, o artigo 791-A, § 4º, da CLT, traz a possibilidade da suspensão da necessidade de remuneração dos honorários do advogado da parte contrária, caso o sucumbente apresente hipossuficiência de recursos:

Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (BRASIL, Art. 791-A, Lei nº 13.467/2017).

Mesmo que a parte vencida, total ou parcialmente tenha o benefício da gratuidade de justiça, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais persiste. Se a parte não possuir créditos que suportem esse custo, seja no mesmo processo ou em outro, a obrigatoriedade do pagamento dos honorários advocatícios será suspensa e somente será executada se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão, o credor evidenciar que deixou a condição de hipossuficiência de recursos. Após dois anos, a obrigatoriedade se extingue (GAIA, 2019).

Tratando da gratuidade de traslados e os instrumentos, a nova CLT manteve o que já dizia a redação anterior.

O momento da concessão da justiça se dá com base no § 3º do artigo 790:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

Vale ressaltar que CPC, em seu artigo 98, § 1º, elencam, num sentido mais amplo outros itens que são aplicáveis ao acesso à justiça e da assistência jurídica integral, como os honorários do intérprete, às despesas de postagem, de imprensa, de indenização a testemunhas, as taxas ou custas judiciais, tradutor e contador, os

emolumentos etc. Em resumo, isenta todas as despesas processuais ou extrajudiciais que se relacionem ao curso da ação (MOLINA, 2019).

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O direito fundamental é amplo, e por isso em determinadas circunstâncias, podem ocorrer divergências de interpretação quanto a constitucionalidade da nova redação trazida pela Reforma Trabalhista, a exemplo das que definiram a questão da justiça gratuita.

As disposições normativas do CPC atuam como fonte subsidiária para regulamentação deste importante benefício. A partir desta premissa, alguns pontos trazidos pelos dois dispositivos merecem atenção especial, e são eles: a gratuidade da justiça referente ao depósito recursal e, quanto ao pagamento dos honorários do perito e dos advogados, conhecidos como honorários sucumbenciais.

Antes da reforma, apenas os empregados, autores da ação, usufruíam dos benefícios da gratuidade de justiça, e deste modo, não se discutia à dispensa do recolhimento do depósito recursal (MOLINA, 2019). Após a aprovação da reforma, passou a ser admitido também esse benefício aos empregadores pessoas naturais, se comprovassem enquadramento para obtenção de tal mérito. Com essa mudança, surgiu o questionamento sobre a legalidade da abrangência do benefício em sede recursal, até mesmo, no tocante ao depósito recursal prévio (PERINAZZO, 2019). A interpretação do Tribunal Superior do Trabalho versa que o depósito recursal não possui natureza jurídica de taxa judiciária, e sim de pressuposto processual objetivo. Deste modo, requisita-se seu recolhimento, mesmo aos empregadores beneficiários da gratuidade (MOLINA, 2019).

Contudo, o CPC expressa que a gratuidade de justiça compreende os depósitos previstos em lei para a interposição de recursos, referentes a realização da ampla defesa e do contraditório (BRASIL, 2015). Deste modo, o benefício da justiça gratuita está disponível como custeio provisório do processo, isentando ingressante da antecipação das despesas. Porém, isso não significa, que caso condenado, após o transitado e julgado, se sucumbente não deva arcar com os custos processuais, sendo cobrado mediante o desconto do seu crédito obtido, na mesma ação ou em outras.

As mudanças na legislação trabalhista versam sobre a responsabilidade da parte sucumbente, mesmo que beneficiária da gratuidade de justiça, arcar com pagamento dos honorários periciais e ao direito do advogado em receber os honorários advocatícios de sucumbência que podem variar de 5% a 15% (GAIA, 2019).

Em relação ao custeio de honorários de advogados e peritos, a divergência entre o CPC e a CLT prejudicam aquele que ingressar na justiça do trabalho, pois mesmo que

beneficiário da justiça gratuita, a parte sucumbente deve arcar com o ônus ter sua solicitação não atendida e com os custos dos honorários de peritos (Art. 790-B) e advogados (Art. 791- A).

Severo e Maior (2017, p.86) expõem que:

O § 4º desse mesmo dispositivo, quando menciona que o beneficiário da justiça gratuita terá as obrigações decorrentes de sua sucumbência “sob condição suspensiva de exigibilidade”, durante dois anos, nos quais o credor poderá provar que “deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade”, estabelece uma contradição que não poderá ser resolvida senão pela inaplicabilidade dessa disposição legal. É que a gratuidade se dá em razão da situação do trabalhador no momento em que demanda. E se ela abrange, inclusive sobre a exegese do CPC – que, repita-se, nem sequer tem por princípio a proteção a quem trabalha –, todas as despesas do processo, não há como sustentar tal condição suspensiva sem negar, por via oblíqua, a gratuidade. O mesmo ocorre em relação à suposta autorização, contida nesse mesmo dispositivo, para compensação com créditos obtidos em juízo, “ainda que em outro processo”. Novamente aqui, a disposição legal esbarra nas disposições do artigo 1.707 do Código Civil e no artigo 100 da Constituição.

Em 2018, o Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região (TRT/AL) emitiu decisão pela inconstitucionalidade do § 4º do art. 791-A, pois considerou que o pagamento de honorários sucumbenciais viola as a prerrogativa fundamental de assistência jurídica integral e gratuita, além dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Tal decisão se apoia no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal que garante como dever do Estado a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos cidadãos que comprovarem a hipossuficiência econômica (ALMEIDA, 2020).

Em março de 2020, o Ministro José Roberto Pimenta, da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho confirmou o direito ao benefício da assistência judiciária gratuita a bancário do Banco do Brasil, que declarou não possuir condições financeiras de arcar com as despesas do processo. O Relator observou que, em consonância com a jurisprudência do TST (com redação adaptada ao novo CPC, Súmula 463), a declaração de hipossuficiência financeira apresentada pelo declarante ou seu advogado é o bastante para configurar a condição econômica. O Ministro enfatizou que:

a alteração da CLT sobre a matéria não é incompatível com a do CPC e que as duas normas podem e devem ser aplicadas conjuntamente, e, portanto, que a comprovação a que se refere o parágrafo 4º do artigo 790 da CLT pode ser feita mediante declaração de miserabilidade da parte (Tribunal Superior do Trabalho, 2020).

Nesse sentido, outras decisões foram favoráveis ao trabalhador no tocante ao benefício da gratuidade de justiça, aplicando conjuntamente as redações do CPC e da CLT, uma vez que, a análise somente do parágrafo 4º do artigo 790 da CLT resultaria num retrocesso social, obstando o acesso do trabalhador ao Poder Judiciário. Em decisão de 04 de agosto de 2020 referente ao processo Nº TST-ARE-1002229-50.2017.5.02.0385, o Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, relatou que o empregado não possuía como arcar com as custas do processo, sem prejudicar o sustento próprio ou de sua família, uma vez que, estas totalizavam R\$ 4.361,73 e sua remuneração mensal era de R\$ 3.400,00. Deste modo, foi concedido ao requerente o benefício da justiça gratuita, com base no artigo 4º da Lei 1.060/1950, que “estabelecia como requisito para a concessão da gratuidade da justiça apenas a afirmação da parte nesse sentido na petição inicial”. De acordo com Relator, a declaração do requerente e o último salário indicado, admitem o pressuposto da veracidade em relação a declaração de miserabilidade.

Percebe-se que até a aplicação do §3º do artigo 790 conforme estabelece a CLT, e pelo posicionamento jurídico dos Tribunais que os condicionam, espera-se que haverá ainda muitos demanda, controvérsia até sua efetiva aplicação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse estudo é detalhado o instituto da gratuidade de justiça e o seu benefício é a primeira forma de garantir o acesso à justiça ao cidadão que comprovar sua hipossuficiência econômica, direito garantido pela Constituição da República, expresso no inciso LXXIV do artigo 5º.

O acesso à justiça constitui-se como direito básico do cidadão, pois serve como ferramenta para garantir o acesso aos demais direitos. Nesse aspecto, sua preservação é fundamental em um Estado democrático, que visa fornecer igualdade entre os seus, e, portanto, deve ser levado às instâncias máximas e não negligenciado.

As mudanças trazidas pela nova reforma trabalhista foram responsáveis pela queda do número de processos instaurados em primeira instância da Justiça do Trabalho. Do mais, conflitam com dispositivos trazidos na Carta Magna, mencionados no Art. 5º de que a assistência judiciária gratuita deve ser integral, bem como a redação do artigo 98, §1º do CPC, que descreve a abrangência da assistência judiciária gratuita,

dentre eles os custos com “os honorários do advogado e do perito”, percebe-se ainda que os Tribunais vem se posicionando de forma contrária a Reforma Trabalhista como reza a CLT, pois a mesma não pode ser aplicada isoladamente, devendo haver uma sistemática com as demais normas da própria CLT, da Constituição da República e do CPC, pois entendem que as reclamações feita a Justiça do Trabalho não pode ter uma condição menos favorável daquelas postuladas na Justiça Comum, pois afronta o princípio da isonomia .

A assistência judiciária gratuita se concretiza como uma grande conquista da cidadania, sendo importante ressaltar que se uma norma causa perda de direitos ao trabalhador beneficiário da assistência judiciária gratuita, e contrarie uma norma geral e os preceitos contidos no CPC, reduzindo o nível de cidadania já assegurado, ela passa a não proteger como deveria, e, portanto, não deve ser aplicada.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, M. S. Limites legais a gratuidade da justiça ofertada na Justiça do Trabalho. **Revista de Direito**, v. 12, n. 02, p. 01-23, 2020.

BRASIL. Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. Planalto. 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: 25 set. 2020.

BRASIL. Planalto. Lei nº 10.537, de 27 de agosto de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10537.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Planalto. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. Planalto. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

COUCEIRO, J.C.S. Gratuidade da justiça: um importante instrumento de acesso à justiça. **Revista Eletrônica OAB/RJ, Rio de Janeiro**, v. 30, n. 2, Jul.-Dez. 2019.

GAIA, F.S. Gratuidade de justiça e reforma trabalhista. Rev, **Dir. & Desenvolv. da UNICATÓLICA**, v. 2, n. 1, Jan-Jun; 2019.

GASPAR, D. O Que Mudou (Se É Que Mudou) Na Sistemática Da Concessão Do Benefício Da Justiça Gratuita Com A Reforma Trabalhista. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, 2018.

GUIMARÃES, M. W. Honorários de sucumbência trabalhista: em busca da interpretação conforme a Constituição. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo. 2018. Disponível em:
<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/143389/2018_rev_tst_v0084_n0002.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=221>. Acesso em 15 out. 2020.

LÖBLEIN, R. P. **O benefício da gratuidade da justiça após a reforma trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/2017**. 2019.44p. Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito - UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2019.

MOLINA, A. A. A gratuidade da justiça no contexto da Reforma Trabalhista. **Revista AMATRA-V**, Salvador, v. 1, n. 15, p. 31-46, 2019.

Ordenações Filipinas, vols. 1 a 5; Edição de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro de 1870 Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p695.htm>>. Acesso em: 25 de set de 2020.

PERINAZZO, M. M. **A efetivação do acesso à justiça em xeque: a inconstitucionalidade da lei nº 13.467/2017 quanto à gratuidade da justiça no âmbito trabalhista**. Trabalho de conclusão de curso. DCJS- Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. - UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2019.

RODRIGUES JÚNIOR, José Augusto. Gratuidade da justiça. **Gratuidade da justiça**, 2018. Disponível em:
<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/170732/2018_rodrigues_j_r_jose_gratuidade_justica.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 set. 2020.

SADEK, M.T.A. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In LIVIANU, R. **Justiça, cidadania e democracia** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180. ISBN 978-85-7982-013-7.

SEVERO, V. S.; MAIOR, J. L. S. **Manual da reforma trabalhista: pontos e contrapontos**. São Paulo: Sensus, 2017.

Tribunal Superior do Trabalho. **Declaração pessoal de pobreza é suficiente para garantir justiça gratuita a bancário**. Secretaria de Comunicação Social. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/declaracao-pessoal-de-pobreza-e-suficiente-para-garantir-justica-gratuita-a-bancario>. Acesso em: 08 nov. 2020.

Tribunal Superior do Trabalho. **Processo: RR - 1002229-50.2017.5.02.0385**. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=98182&anoInt=2019>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

CASO BRUMADINHO: RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ENVOLVIDOS

LEYRIMI EDUARDA DE ALMEIDA PEDRO

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)

RESUMO: Este artigo dissertará sobre a Responsabilidade civil da Vale no desastre da cidade de Brumadinho, causando a morte de 270 pessoas, além da destruição da fauna e flora da cidade e também de regiões próximas a Brumadinho. A metodologia utilizada neste artigo foi o estudo de caso, analisando os processos que levaram ao rompimento da barragem até todos os processos julgados contra a Vale. A empresa não tinha legalidade em seus licenciamentos da barragem do Córrego do Feijão em Brumadinho, além de ilegalidades nos relatórios de inspeção de segurança do local, o estudo de impacto ambiental não estava corretamente efetuado pelas entidades competentes, o que foi feito é um estudo muito menos minucioso que não garantia segurança para o meio ambiente e nem para o funcionamento da barragem (que estava inativa a 3 anos antes do acidente). Por fim é válido dizer que houve uma grave negligência em relação a Vale, que não aprendeu com os erros que cometeu 4 anos antes no Desastre de Mariana, este artigo poderá contribuir para um entendimento maior sobre as responsabilidades civis das empresas de mineração sobre não só processo econômico, mas sobre a vida de quem está no local e aos arredores, como no meio ambiente.

Palavras chave: Brumadinho, Vale, licenciamentos, Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This article will discuss Vale's civil liability in the disaster in the city of Brumadinho, in which the civil consequences for Vale, which was responsible for the maintenance and management of the Dam, This disaster caused the death of 270 people, in addition to the destruction of the fauna and flora of the city, and regions close to Brumadinho. The method used in this article was the case study, analyzing the processes that led to the dam breaking up to all the processes judged against Vale. The company had no legality in their licensing of the Córrego do Feijão dam in Brumadinho, in addition to illegalities in the site safety inspection reports, the environmental impact study was not correctly carried out by the competent entities, what was done is a very less thorough, which did not guarantee safety for the environment or for the operation of the dam (which had been inactive for 3 years before the accident). Finally, it is worth saying that there was a serious negligence in relation to Vale, which did not learn from the mistakes it made 4 years before in the Mariana Disaster, this article may contribute to a greater understanding of the civil responsibilities of mining companies on not only economic process, but about the lives of those in the place and the surroundings, as in the environment.

Key Words: Brumadinho, Vale, licensing, Civil Liability.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo traz a problemática de analisar as consequências civis para as partes envolvidas no desastre ambiental na cidade de Brumadinho, tendo como objetivo geral, estudar a responsabilidade civil nestes casos e entender a aplicação das leis civis quando ocorre desastres desta magnitude. Para que o objetivo deste trabalho seja atingido e a problemática apresentada tenha possíveis soluções, o método de abordagem indutivo foi utilizado, utilizando um caso específico - Brumadinho- para atingir conclusões mais abrangentes. Já o método monográfico, ou também conhecido como estudo de caso foi aplicado também neste trabalho.

De acordo com o artigo 225, parágrafo 3º da Constituição Federal

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL, 1988, Art. 225 § 3º)

Este artigo é o ponto inicial deste trabalho, visando entender como os lados envolvidos em acidentes naturais podem ser responsabilizados pelos seus atos sejam eles diretos ou indiretos, e partindo da análise da lei nº 6.938, mais precisamente sobre o artigo 14, parágrafo 1º, que diz: sobre a obrigatoriedade da reparação ou indenização dos danos causados ao meio ambiente e a terceiros pela atividade do poluidor (neste caso a mineradora). Assim como a teoria do risco integral, acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, a mesma informa que todo e qualquer risco que é conexo ao empreendimento (mineração) deve ser internalizado integralmente pelo processo produtivo, assim qualquer dano que tenha conexão com a atividade realizada, deve ser reparada pelo responsável da mesma.

Socialmente a pesquisa deste trabalho é importante, 16 meses se passaram desde o desastre de Brumadinho e ainda pairam sobre o contexto jurídico, processos de indenização em relação a vidas e propriedades perdidas, assim como a reparação do município que foi amplamente afetado pelo desastre.

No primeiro capítulo, foi realizado um resumo sobre como ocorreu o desastre de Brumadinho, se antes do acidente, todas as normas de segurança estavam em condições aceitáveis para a realização do processo econômico no local, e as consequências para a cidade.

O segundo capítulo, o foco é a responsabilidade civil das empresas responsáveis por processos de mineração, um pequeno resumo de como a mineração começou no

país, e quais são atualmente suas obrigações civis, para poder operar sem causar grandes problemas ambientais e sociais nos locais que realizam seu modo de produção.

Por fim o terceiro capítulo adentra, sobre a responsabilidade civil das empresas responsáveis pela barragem, que rompeu em Brumadinho, quais são as sanções, processos judiciais que sofreram, como as legislações vigentes foram aplicadas e como a justiça brasileira “cuidou” do caso.

2 ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE BRUMADINHO

No dia 25 de janeiro de 2019, no horário de 12h28min a barragem 1 da mina do Córrego do Feijão se rompe, as sirenes de segurança que deveriam ter sido acionadas para alertar funcionários e moradores próximos ao local, não tocou (vale frisar que mesmo com as sirenes tocando, as áreas administrativas e o refeitório, eram próximos a barragem 1, então dificilmente haveriam salvação para os funcionários que estavam no local), funcionários que estavam na área administrativa foram atingidos assim como parte da comunidade da Vila Ferteco, ambas ficavam cerca de um quilômetro a jusante da barragem. O rio Paraopeba foi atingido pelos rejeitos vazados às 15h50min.

Até aproximadamente 17h não havia ainda confirmação de mortes segundo o Corpo de Bombeiros de Minas Gerais, após 10 minutos uma estimativa do próprio Corpo de Bombeiros apontava quatro vítimas feridas e duzentas pessoas desaparecidas, um dia depois, o governo mineiro confirmava 9 mortes e 300 desaparecidos em Brumadinho. Com o rompimento da barragem 1, ocorreu “naturalmente” um aumento nos níveis das outras barragens presentes, no dia 27, por volta das 5h30 da manhã, as sirenes anunciaram o risco do rompimento da barragem 6, assim 24 mil moradores de Brumadinho foram evacuados, e com os riscos de um novo rompimento, as buscas foram encerradas até às 15h do mesmo dia.

De acordo com a ONG conectas, o rompimento da barragem causou a morte de 270 pessoas, os impactos não foram somente em Brumadinho, mas nas cidades que compõem a região também foram atingidas, devido aos impactos sociais e ambientais causadas, com a liberação de cerca de 12 milhões de metros cúbicos de rejeitos, quatro estados foram atingidos, barragens hidrelétricas foram atingidas, bacias hidrográficas que faziam o abastecimento de cidades da capital mineira e região metropolitana foi atingida, fauna e flora do local foram contaminadas com os rejeitos da barragem, poucos locais tiveram melhora de ambiente pós desastre, a vida aquática na região quase foi extinta, além dos impactos econômicos no cenário municipal da cidade.

2.1 Licenciamento da Barragem do Córrego do Feijão

A Barragem 1 do Córrego do feijão foi construída em 1976 pela Ferteco Mineração, e adquirida pela Vale em 2001, A Vale sem seguir as normas em vigor no

estado mineiro, continuou utilizando a barragem sem todos os documentos de licenciamento de uso, sendo apenas regularizados em 2009, e foi regularizado com grandes ressalvas, na época não foi exigido da mineradora estudos aprofundados sobre o impacto ambiental da barragem. O EIA/Rima deve contemplar possibilidades de desastre além de propor ações para minimizá-las, este estudo é obrigatório a todo empreendimento em que há supressão de Mata Atlântica, sobretudo de atividades minerárias, conforme dito na lei 11.428 de 2006 em seu artigo 32º:

A supressão de vegetação secundária em estágio avançado e médio de regeneração para fins de atividades minerárias somente será admitida mediante:

I – licenciamento ambiental condicionado à apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA, pelo empreendedor, e desde que demonstrada a inexistência de alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto;

II – adoção de medida compensatória que inclua a recuperação de área equivalente à área do empreendimento, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica e sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, independente do disposto no art. 36 da lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.

A Secretaria do Meio Ambiente (Semad) do governo de Minas Gerais constatou que haveria a retirada de 3 hectares de Mata Atlântica no local, e mesmo assim, não exigiu o EIA/Rima, aceitou o RCA, que é uma modalidade de estudo ambiental menos minuciosa, e que o resultado é emitido mais rapidamente.

A barragem do córrego do feijão, antes do acidente, estava desativada desde 2016, com o objetivo de eliminá-la, contudo essa desativação causaria aumento de produção das outras minas, causando um risco maior na região, o Córrego do feijão se encontra dentro da zona de amortecimento do Parque Estadual da Serra do Rola Moça, que é uma unidade de proteção integral criada em 1994 com o objetivo de proteção de seis mananciais (Taboão, Rola-Moça, Barreirinho, Barreiro, Mutuca e Catarina), que abasteciam 40% da Região Metropolitana de Belo Horizonte, fornecendo água a cerca de dois milhões de pessoas.

Em novembro de 2018 o conselho gestor do Parque Estadual, que tem caráter consultivo, foi consultado sobre a continuidade do processo de licenciamento ambiental, para a possibilidade de mineração na zona de amortecimento do parque

(onde fica o Córrego do Feijão), dez dos 22 conselheiros foram favoráveis pela continuidade das atividades na mina (na época desativada), juntamente com a eliminação da barragem, contra três votos contrários e uma abstenção. Neste contexto, entidades ambientais e moradores da região protestaram contra a expansão da mineração no local, essa expansão aumentaria em 88% sua capacidade de extração de minério até 2032.

Após o desastre, o Senado e a Câmara dos Deputados abriram uma CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) para a apuração do rompimento da barragem de Brumadinho, ao decorrer das audiências, além das irregularidades no processo de licenciamento após a compra da barragem, foram localizadas mais irregularidades no novo licenciamento da barragem, em novembro do ano anterior ao desastre o Fórum Nacional da Sociedade Civil na Gestão das Bacias Hidrográficas (Fonasc), apontou inconsistências no processo, de início os ritos tradicionais não foram seguidos, a Vale não tinha as licenças prévias de instalação e de operação (LAT ou trifásico), ao invés disso, possuíam uma licença chamada LAC1, que por meio de deliberação do governo mineiro garante que empreendimentos de mineração de grande porte tal como a vale, antes de classe 6, fossem enquadrados como classe 4, que exigia um procedimento mais simples, além da minimização do seu impacto. No pedido também havia problemas técnicos como a incorreta delimitação da Área de Influência Direta (AID) da área no Estudo de Impacto ambiental (EIA), e também com a ampliação existia a supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente (APP), que é considerada pelo Governo Mineiro como área prioritária para conservação da biodiversidade, situada na zona de amortecimento do Parque do Rola Moça.

3 PROCESSO DE MINERAÇÃO NO BRASIL: SEU INÍCIO, E SUAS RESPONSABILIDADES.

O Brasil começou com seu projeto de mineração já no século XVII, a partir do processo de desbravamento do interior da então colônia, operada pelas denominadas Entradas e Bandeiras, em 1696, jazidas de ouro foram encontradas nas regiões montanhosas de Minas Gerais, onde teve início a ocupação do Vale do Ouro Preto (Onde hoje é localizada a cidade de Ouro Preto). Estima-se que apenas no século XVIII, foram enviadas 800 toneladas de ouro para Portugal. Séculos a frente, com a revolução industrial já consolidada no mundo, Getúlio Vargas em seu plano de governo, decide criar a Companhia Vale do Rio Doce, empresa estatal baseada na exploração de minério bruto no país. Com o constante aumento da produção de minério bruto no país, foi criado em 1967 o Código de Minas ou Código de Mineração, um conjunto de leis, para administração dos recursos minerais, a indústria, distribuição, comércio e consumo de produtos minerais, o código ao longo do tempo foi atualizado para suprir as necessidades e manter as garantias legais para as indústrias e não ter incoerências com o Código Florestal Brasileiro.

3.1 Responsabilidades legais das empresas de mineração

Para uma empresa do ramo de mineração poder operar no Brasil, é necessário um conjunto de fatores e leis para tal operação, o Brasil em seu código ambiental, salienta alguma dessas leis devido ao fato que este processo de exploração afeta primordialmente a fauna e flora do local, e caso não tenha a devida fiscalização e responsabilidade ambiental, pode ter sérios danos ao sistema ecológico da região. Neste contexto existe o Licenciamento Ambiental, que era previsto inicialmente pela Lei 6.938/81 - Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), e teve sua regulamentação dezesseis anos depois com a Resolução 237/97 do CONAMA. É um conjunto de procedimentos e atos que a empresa que engloba, dentre outros o pedido de autorização para que determinado empreendimento tenha condições de funcionar, com a demonstração de que a empresa atende à legislação ambiental, pode ser solicitada a licença ambiental, a licença é o objetivo principal da mineradora, é o ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente concede o pedido pela empresa, podendo por meio de concessão, estabelecer restrições e medidas e condições de controle ambiental para observância obrigatória pela empresa.

De acordo com as idéias de Milaré (2001, p. 165),

A implantação de qualquer atividade ou obra efetiva ou potencialmente degradadora deve submeter-se a uma análise e controle prévios. Tal análise se faz necessária para se anteverem os riscos e eventuais impactos ambientais a serem prevenidos, corrigidos, mitigados e/ ou compensados quando da sua instalação, da sua operação e, em casos específicos, do encerramento de suas atividades.

Um instrumento importante e que é um dos principais para tal controle é a avaliação de impactos ambientais, presente na Constituição Federal de 1988, no artigo 225, §1º, inciso IV, sob a forma de estudo prévia de impacto ambiental (EIA), bem como na lei 6.938/81 (art. 9º, inc. III).

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, a Resolução CONAMA n. 237, reiteram a exigência do estudo prévio de impacto ambiental para as atividades consideradas potencialmente ou efetivamente causadoras de degradação significativa do meio ambiente, apenas será permitido um estudo menos detalhado e complexo como o EIA/Rima, caso o órgão ambiental competente entenda que a atividade em questão não apresenta potencial significativo de agressão ambiental. Esses procedimentos não tiram também a obrigatoriedade de a empresa ter outras autorizações ambientais, como a outorga de direito de usos de recursos híbridos (Lei 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos).

4 CONSEQUÊNCIAS CIVIS PARA AS RESPONSÁVEIS POR BRUMADINHO

Após o rompimento da barragem do Córrego do Feijão, a Vale que é detentora dos direitos do local, sofreu várias sanções referentes às licenças de operação de barragens e postos de mineração (vale lembrar que a Vale também tinha parte dos direitos da barragem da Cidade de Mariana, que rompeu em 2015). No dia seguinte à tragédia, a Semad (Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável) de Minas Gerais e o Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), multaram a Vale em 99 milhões de reais e 250 milhões de reais respectivamente, a Justiça de Minas Gerais no dia 25 a noite, determinou a indisponibilidade na negociação de ações da vale na Bolsa de Valores do Brasil, Espanha e Estados Unidos, além de entre os dias 25 e 28 o bloqueio de 11,8 bilhões de reais, para reparação ambiental do local do rompimento da barragem, e para reparação de danos às vítimas.

No dia 4 de fevereiro, três deputados estaduais protocolaram pedidos de abertura de CPI, para investigação dos fatores que levaram ao rompimento da barragem, a primeira sessão aconteceu no dia 19 de março, e com o relatório da mesma foi apontado em vários níveis a responsabilidade civil da Vale em níveis de danos morais, materiais trabalhistas e ambientais. De acordo com o relatório final da CPI,

O colapso anterior da barragem da propriedade da Vale e da BHP em mariana, que matou 19 pessoas em 2015, não foi suficiente para alterar o comportamento da Vale no que se refere à prevenção de futuros desmoronamentos de barragens. Evidente que os custos de um desmoronamento foram percebidos nos escritórios executivos e salas de reuniões como menores do que os custos de investigação e prevenção adequadas de um desastre.

Em julho de 2019 a Vale e o Ministério Público do Trabalho assinaram um acordo para reparação de danos materiais e morais. O acordo previu que cônjuge, filho e pai dos funcionários da Vale, que faleceram na tragédia, iriam receber individualmente a quantia de 700 mil reais, sendo 500 mil para reparação do dano moral e 200 mil a título de seguro por acidente de trabalho. Irmãos dos trabalhadores falecidos receberam 150 mil reais devido ao dano moral. As famílias que eram dependentes dos trabalhadores mortos iriam receber uma pensão mensal até a idade de 75 anos, que segundo o IBGE é a expectativa de vida do brasileiro.

Em fevereiro de 2020, ou seja, mais de um ano depois do desastre, o CIAEA (Comitê Independente de Assessoramento Extraordinário de Apuração), divulgou um relatório com a conclusão que a Vale tinha informações que indicavam fragilidades da barragem desde 2003, e se tornaram “especialmente relevantes” após o desastre de

Mariana 4 anos antes. Segundo o relatório, não havia atuação “verdadeiramente independente” nas auditorias externas, já que os contatos eram administrados pela própria área de Diretoria de Ferros, a quem cabia às exigências regulatórias cumpridas.

5 CONCLUSÃO

Dados do Snisb (Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens) mostram que a Vale atualmente possui 46 barragens (entre empresas que controla e a própria) com o seu CRI (Categoria de Risco) em níveis altos, ou seja, com grandes riscos de rompimento, esses dados mostram a incapacidade de aprender com os erros que cometeu no passado, dois graves desastres que afetou não só a fauna e flora do local, mas tirou vida de trabalhadores, prejudicou o sustento de pessoas, afetou estrutura política, histórica e cultural de todas as pessoas das cidades atingidas e também das regiões ao redor.

A Vale ainda recebe sanções, multas, ordens judiciais, até os dias atuais, aproximadamente 17 meses após o desastre, um desastre que poderia ter sido evitado muito antes que o que ocorreu em 2015 em Mariana, a forma pífia que foi tratado esse problema ainda causa preocupações até hoje, e pode causar problemas no futuro, é de total responsabilidade civil da empresa ter o mínimo de condições aceitáveis para operação de suas barragens, e nem essas condições a Vale possuía, uma empresa que continua mandando rejeitos sem documentos necessários para manter essa produção, e só regularizando oito anos depois, não existia um estudo detalhado sobre os impactos ambientais que poderia ser causado pela barragem, e além de continuar com a operação, ampliou a barragem, era 12,7 milhões de metros cúbicos de rejeitos contaminados com o “resto” do processo de mineração do ferro, e para manter a utilização, produziu um estudo que não tem a mesma minuciosidade e atenção que o exigido pelas autoridades ambientais e federais.

As consequências sofridas deveriam servir de exemplo para manter a integridade de seus empreendimentos, e ter o mínimo de preocupação e zelo não só pela empresa, mas também com o que ela é composta, os trabalhadores, o local que está operando, a região residencial que se forma ao redor por conta do aumento de emprego e de renda para as cidades próximas, entretanto não é isso que é visto, sanções continuam, barragens ainda estão com risco de rompimento, e mais e mais vidas podem ser perdidas por conta da negligência civil criminosa e gananciosa.

REFERÊNCIAS

BARROS, Juliana Neves. **Legislação Ambiental Aplicada à mineração**, Especialização em Mineração e Meio Ambiente, Universidade Federal Do Recôncavo da Bahia, Cruz das

Almas. Disponível em
<https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/175231/1/Legislacao_Juliana.pdf>.
Acesso em: 20. Jun 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21
Jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.428, de 22 de Dezembro de 2006**. Dispõe sobre a utilização e
proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm>. Acesso em: 22 Jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional
do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras
providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 22 Jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de Janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de
Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e
altera o art. 1 da Lei nº 8.001, de 13 de Março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990,
de 28 de Dezembro de 1989. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm>. Acesso em: 24 Jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 227, de 28 de Fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao
Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de Janeiro de 1940. Disponível
em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm>. Acesso em: 23
Jun. 2020.

BRASIL. **Resolução Conama nº 237, de 19 de Dezembro de 1997**, Dispõe
necessidade de revisão dos procedimentos e critérios utilizados no licenciamento
ambiental. Disponível em:
<<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 24
Jun. 2020.

BRASIL, Agência Nacional de Águas (Brasil). **Relatório de segurança de barragens
2018** / Agência Nacional de Águas. -- Brasília: ANA, 2019. Disponível em:
<http://www.snisb.gov.br/portal/snisb/relatorio-anual-de-seguranca-de-barragem/2018/rsb2018_0312.pdf>. Acesso em: 25 Jun. 2020.

CARVALHO, Gil de. Vídeo mostra o momento exato em que barragem da Vale se
rompe em Brumadinho. **G1**, Belo Horizonte. 01/02/2019. Disponível em: <
<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/02/01/video-mostra-o->

momento-exato-em-que-barragem-da-vale-rompe-em-brumadinho.ghtml>.
Acesso em: 23 Jun. 2020.

CIAEA, **Sumário Executivo do Relatório da Investigação Independente: Rompimento da Barragem 1 da Mina do Córrego do Feijão – Brumadinho, MG.** Rio de Janeiro, Fevereiro 2020. Disponível em:
<http://www.vale.com/PT/investors/Documents/2020_02_20_Relatorio_CIAEA.pdf>.
Acesso em: 24. Jun 2020>. Acesso em: 24 Jun. 2020

Dados: Os números da tragédia de Brumadinho. **Conectas Direitos Humanos**, São Paulo, 25 Jan, 2020. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/fact-sheets-o-numeros-da-tragedia-de-brumadinho#:~:text=O%20rompimento%20da%20barragem%20B1,da%20mineradora%20trabalhavam%20no%20local.>> . Acesso em: 28 Set. 2020.

GONÇALVES, Eduardo. Barragem de Brumadinho foi ampliada sem licença: Documentos reunidos na CPI de Brumadinho revelam que a expansão da barragem da Vale e as licenças ambientais concedidas estão repletas de irregularidades. **Revista Veja**. São Paulo,

Maio, 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/barragem-de-brumadinho-foi-ampliada-sem-licenca/>>. Acesso em: 24 Jun 2020.

KOKKE, Marcelo. **Responsabilidade civil e dano ambiental individual no desastre de Brumadinho**. Revista IBERC, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 01-15, Jan-Abr./2019. Disponível em:
<<https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/19/16>>. Acesso em: 24 Jun. 2020.

LUZ, Douglas Ferreira; BACCHI, Kethelen Severo; Tybusch, Francielle Benini A. **A**

Responsabilização Civil no Caso de Desastres Antropogênicos: O Caso Brumadinho - MG. Em - 5º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE. 2019, Santa Maria. Disponível em:
<<https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/wp-content/uploads/sites/563/2019/09/3.10.pdf>>. Acesso em: 22 Jun. 2020.

MINAS GERAIS, Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais – ALMG.

Comissão Parlamentar de Inquérito. **Relatório final da CPI da Barragem de Brumadinho**.

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/56a->

legislatura/cpi-rompimento-da-barragem-de-brumadinho/documentos/outros-documentos/relatorio-final-cpi-assembleia-legislativa-mg>. Acesso em: 22 Jun. 2020.

TOZZI, Rodrigo Henrique B. B. **As Teorias do Risco na Responsabilidade Civil**

Ambiental, Lex Magister, Porto Alegre. Disponível em:

<http://www.lex.com.br/doutrina_24857023_AS_TEORIAS_DO_RISCO_NA_RESPONSABILIDADE_CIVIL_AMBIENTAL.aspx#:~:text=2.1.6%20Risco%20Integral,mas%20causou%20dano%20a%20outrem>. Acesso em: 24 Jun. 2020.

OS LIMITES DOS PODERES DO CONCILIADOR-INSTRUTOR NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

DANIEL FREDERICO FAGUNDES DE LIMA ANDRADE:

Advogado, Bacharel em Direito e Pós Graduado em Direito Previdenciário.

RESUMO: O presente trabalho tem por definição analisar os limites dos poderes atribuídos a figura do Conciliador em sede de Juizados Especiais Federais, em especial no tocante as audiências de processos previdenciários. Ao Conciliador Federal são atribuídos poderes de indagação as partes e testemunhas, quase de instrução, quando da presidência em audiência de conciliação. A figura dos Conciliadores é tratada em todas as Leis que versam sobre os Juizados Especiais, citando as Lei 9.099/95, Lei 10.259/2001 e a 12.153/2009. E após o Código de Processo Civil de 2015, sendo obrigatória a realização de audiência de conciliação em todos os processos civis. Possibilidade legal, baseado nos princípios norteadores dos Juizados Especiais. Poderes outorgados pelo Juiz Togado aos Conciliadores.

PALAVRAS-CHAVE: Conciliador. Juizado Especial Federal. Aposentadoria Rural.

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade a análise da figura do Conciliador e suas atribuições em sede de Juizado Especial Federal.

Em nossa legislação pátria existem vários tipos de Conciliador, indo da Justiça Comum Estadual, Federal e da Fazenda Pública.

E diante de várias figuras, a escolhida para o tema é a do Conciliador dos Juizados Especiais Federais, que durante uma audiência de conciliação, podem inquirir testemunhas e partes, podendo estes depoimentos servirem de prova e fundamentação da sentença.

Os poderes outorgados aos Conciliadores pelos Juízes Federais, em especial de instruir o processo com a oitiva das partes e testemunhas, são por alguns consideradas aceitáveis, mas há julgamentos de Turmas Recursais que consideram nulas.

No presente trabalho, busca-se demonstrar a legalidade da colhida de depoimentos das partes e das testemunhas durante uma audiência de conciliação pelo Conciliador, pois, a Lei admite assim, sendo homologadas pelo Juiz Togado.

E através deste trabalho, busca-se fundamentar e consolidar a validade das audiências de conciliação realizadas pelos Conciliadores, validando os atos de oitiva

das partes e testemunhas, pois são feitas diante das partes, com prevalência do contraditório em todos os momentos.

Logo, com a escassez de Juízes Togados e o aumento de demandas judiciais, por vários motivos que não baseiam este trabalho, a figura do Conciliador-Instrutor facilita a análise e julgamento dos processos, trazendo uma Justiça mais rápida e eficaz para todos.

A metodologia adotada no trabalho, foi a pesquisa bibliográfica e experiência de campo junto a Justiça Federal do Estado do Rio Grande do Norte.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O SURGIMENTO DA FIGURA MODERNA DO CONCILIADOR NOS JUIZADOS ESPECIAIS

A figura do Conciliador é muito recente em nosso ordenamento, sendo uma figura criada para dinamizar as demandas judiciais, pois algumas delas podem ser resolvidas em uma única audiência, quando as partes se encontram pessoalmente e podem diretamente dialogar.

Na modalidade dos Juizados Especiais, a figura moderna do Conciliador adveio pelo art. 73 da Lei 9.099/95, aliando a seu status de cidadão a qualidade de estudante ou já bacharel em Direito, elevando-o a condição de auxiliar da Justiça para exercer um múnus público.

É o que podemos chamar de "terceiro neutro", o qual deve ter conhecimento jurídico e técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo, tendo como principal função a de restabelecer a comunicação entre as partes, inicialmente apenas conduzindo as negociações.

O conciliador deve garantir às partes que a discussão proporcione um acordo fiel ao direito da comunidade em que vivem, moral e justo, devendo conhecer o direito material relativo ao mérito da questão em discussão.

2.2 A MUDANÇA DE CONCILIADOR-CONDUTOR PARA CONCILIADOR-INSTRUTOR

Após o advento da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) e da Lei do Juizado Especial da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009), a figura do Conciliador deixou de ser apenas um condutor da audiência, para ter mais voz ativa, em especial nas audiências de Direito Previdenciário, auxiliando o Juiz Togado na coleta de provas.

E a mudança ocorreu por consequência de uma das características predominantes dos Juizados, qual seja, da possibilidade de o Juiz (Togado ou Leigo) conduzir livremente os atos de instrução e julgamento, sem a necessidade de atendimento ao formalismo comum do procedimento ordinário, conforme se depreende do art. 13 e § 1º, da Lei nº 9.099/95, *in verbis*.

“Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei.

§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo”.

Sendo assim, pode o Juiz Togado atribuir poderes de coleta de depoimentos ao Conciliador, que através de perguntas próprias e conduzindo a das demais partes do processo, torna-se um Conciliador-Instrutor para facilitar e dinamizar os processos.

E claro, todos os atos realizados no processo podem e devem ser analisados e validados pelo Juiz Togado, que entendendo não serem satisfatórios pode realizar novos atos ou atos complementares.

E diante da necessidade e permissibilidade legal foi criada ou transformada a função do Conciliador em Conciliador-Instrutor para promover o dinamismo dos processos judiciais, em especial os que tramitam no Juizado Especial Federal em matéria de Direito Previdenciário.

2.3 PENSAMENTOS DIVERGENTES PARA A FIGURA DO CONCILIADOR-INSTRUTOR

E como não se pode agradar a todos, há sempre aqueles que pensam de forma divergente. E no caso do presente trabalho é o pensamento daqueles que entendem que Conciliadores não podem ser Conciliador-Instrutor, pois, não poderiam realizar atos instrutórios.

Há o entendimento de que o exercício das funções do Juiz Togado o é indelegável, como as relativas ao Poder de instrução, de presidir audiências de instrução e, especialmente, de proferir sentenças.

Exploram e entendem que o entendimento da Lei 12.153/2009, na qual se permitiu ao conciliador presidir audiências de instrução é equivocado.

Art. 16. Cabe ao conciliador, sob a supervisão do juiz, conduzir a audiência de conciliação.

§ 1º Poderá o conciliador, para fins de encaminhamento da composição amigável, ouvir as partes e testemunhas sobre os contornos fáticos da controvérsia.

§ 2º Não obtida a conciliação, caberá ao juiz presidir a instrução do processo, podendo dispensar novos depoimentos, se entender suficientes para o julgamento da causa os esclarecimentos já constantes dos autos, e não houver impugnação das partes.

A Lei, para este grupo de pessoa, é tida como muito clara, ao afirmar que ao Conciliador cabe a condução de audiência de conciliação, sob a supervisão do juiz.

E que somente sob a supervisão do Juiz, é que poderia acontecer a oitiva das partes e testemunhas, com uma finalidade específica, tal seja, o encaminhamento da composição amigável.

Assim, nos casos em que uma das partes motivadamente informa previamente a impossibilidade de composição amigável do litígio, resta desautorizado ao conciliador fazer tais oitivas.

Esta é uma posição que alguns adotam, porém, neste trabalho vamos demonstrar que é uma posição equivocada, conforme vem sendo decidido pelo Conselho Nacional de Justiça e Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais.

2.4 DECISÕES SOBRE O TEMA

E sobre este tema, existem vários julgados, mas podemos ter e utilizar como norte o Enunciado 45 da FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais, este trata especialmente das audiências de conciliação e a possibilidade do Conciliador em escutar as testemunhas, fazendo perguntas e repassando as perguntas do autor e réu.

Enunciado nº. 45 - *Havendo contínua e permanente fiscalização do juiz togado, conciliadores criteriosamente escolhidos pelo Juiz, poderão, para certas matérias, realizar atos instrutórios previamente determinados, como redução a termo de depoimentos, não se admitindo, contudo, prolação de sentença a ser homologada.* (FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais)

E claro, que este Enunciado deve ser interpretado diretamente com a regra de que não se pronunciará nulidade se não houver prejuízo (Lei 9.099/95, art. 13, caput e

§ 1º), vinculando-se aos princípios da simplicidade, informalidade e economia processual.

E não podemos esquecer das permissões legais existentes, em especial na Lei 12.153/2009, que assim estabelece:

Art. 16. Cabe ao conciliador, sob a supervisão do juiz, conduzir a audiência de conciliação.

§ 1º Poderá o conciliador, para fins de encaminhamento da composição amigável, ouvir as partes e testemunhas sobre os contornos fáticos da controvérsia.

§ 2º Não obtida a conciliação, caberá ao juiz presidir a instrução do processo, podendo dispensar novos depoimentos, se entender suficientes para o julgamento da causa os esclarecimentos já constantes dos autos, e não houver impugnação das partes.

E esta situação já foi analisada pelo Conselho Nacional de Justiça, em pedido de providências formulado pela Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Cascavel - PR, tendo obtido a seguinte:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. *Audiências de instrução. Conciliadores. Juizados Especiais. Princípio da informalidade. Art. 2º. Lei nº 9.099/95. Admissibilidade. PCA nº 453. Entendimento superado. Lei nº 12.153/2009. Prevalência. Pedido improvido. Admite-se a condução de audiências de instrução por conciliadores no âmbito dos Juizados Especiais, por força do princípio da informalidade que rege os atos jungidos pela Lei nº 9.099/95, conforme seu art. 2º. Também, a Lei nº 12.153/2009 superou o entendimento proferido no julgamento do PCA nº 453, por autorizar, expressamente, a realização de oitivas de partes e testemunhas por conciliadores, no âmbito dos Juizados Especiais. Pedido conhecido, mas que se nega provimento. (PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - CONSELHEIRO 0000073-50.2010.2.00.0000)*

Nesse pedido, a manifestação ou indagação foi sobre a possibilidade do Conciliador presidir audiência de instrução, no sentido de coleta de depoimentos de partes e testemunhas.

A resposta a indagação dessa possibilidade, foi uma aula jurídica, na qual foram levantados os Princípios que norteiam os Juizados Especiais, sendo um dos principais o da Informalidade, que pode ser considerado o é o impulsionador dos procedimentos relacionados aos feitos de menor complexidade.

Deste ponto, voltamos a diretriz de que as "nulidades somente serão reconhecidas mediante prova de efetivo prejuízo", o qual após uma interpretação lógico-sistemática aponta, para a possibilidade e autorização da realização de oitivas de testemunhas e partes pelos conciliadores e, por via de consequência, aproveitadas pelo Juiz Togado em sua sentença.

Há de lembrar que os Juizados Especiais foram criados para "fugir" dos preciosismos e aplicação de padrões tradicionais do processo civil.

Logo, a regra é clara, em que não causando evidentes prejuízos às partes, qualquer procedimento adotado pelos Juizados Especiais produz regulares efeitos e deve ser aproveitado/validado, somente podendo haver limitação, como nos demais atos da vida civil, pelos bons costumes e pela existência de lei proibitiva.

Por fim, podemos dizer que a instrução conduzida por Conciliador ou Conciliador-Instrutor, em nada afeta o Direito das partes, ou encontra impedimento legal expresse; até porque, caso haja alegação de eventual irregularidade, nada impede que o Juiz togado proceda a nova instrução, antes de proferir sua sentença final.

3.CONCLUSÃO

Pelo que observamos, a condução da conciliação com colhida a termo dos depoimentos por um Conciliador perante a Justiça Federal é totalmente válido e eficaz.

O ato de atermamento dos depoimentos estão imbuídos dos Princípios da Ampla Defesa, Contraditório, da Economia Processual, Celeridade, Informalidade e da Simplicidade, não se esquecendo do Princípio do Juiz Natural, o qual é respeitado, uma vez que a sentença é dada pelo Juiz Togado.

Deste modo é totalmente válido os atos praticados pelo Conciliador-Instrutor em sede dos Juizados Especiais Federais durante a audiência de conciliação, pois no final serão sempre homologados pelo Juiz Titular do Juizado Especial, que após análise proferirá sua sentença.

4.REFERÊNCIAS

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Manual do Conciliador** – Juizados Especiais Federais. Brasília/DF: 2002.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Manual de Mediação e Conciliação da Justiça Federal**. Brasília/DF: 2019

SANTANA, Danilo. **Como Funciona o Juizado Especial Federal**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=114>, Acesso em: 10 jul. 2020, 19:40:00.

CARDOSO, Oscar Valente. **Conciliador e Juiz Leigo nos Juizados Especiais da Fazenda Pública**. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 26 de julho de 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pedido de Providências nº 0000073-50.2010.2.00.0000

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMO FORMA DE RESPALDO À APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A APLICABILIDADE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

INAÊ MUNIZ PIRES DE QUEIROZ:

Mestranda em Direito Constitucional PUCSP. Bacharel em Direito pela PUC SP. Curso de extensão de RJ e falência PUCSP. Advogada do contencioso na empresa Itaú Unibanco SA.

RESUMO: O presente artigo abordará a temática da diferenciação entre as garantias constitucionais e os direitos fundamentais. Ademais, trará como enfoque também a discussão sobre a natureza jurídica do mandado de segurança e da ação de improbidade administrativa. Discute-se acerca da natureza jurídica do mandado de segurança, a discussão continua com relação à espécie, sendo que tem quem considere como ação constitutiva, outros ação mandamental, além dessas espécies, alguns observam que o que determina e qualifica a natureza da ação de segurança é o pedido formulado pelo impetrante. Serão abordados também as três correções acerca dos efeitos da lei de improbidade administrativa.

Palavras chave: garantias constitucionais, direitos fundamentais, natureza jurídica, remédios constitucionais.

ABSTRACT: This article will address the issue of differentiating between constitutional guarantees and fundamental rights. In addition, it will also focus on the discussion of the legal nature of the writ of mandamus and the action for administrative improbity. It is discussed about the legal nature of the writ of mandamus, the discussion continues with respect to the species, and there are those who consider it as constitutive action, others mandatory action, in addition to these species, some observe that what determines and qualifies the nature of the action of security is the request made by the petitioner. The three corrections on the effects of the administrative improbity law will also be addressed.

Key words: constitutional guarantees, fundamental rights, legal nature, constitutional remedies.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO – 2. MÉTODO. 3. DESENVOLVIMENTO E DISCUSSÃO. 3.1 GARANTIA CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA. 3.2 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A DISCUSSÃO DOS SEUS EFEITOS. 4. CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a temática de discussão acerca da diferenciação entre direitos fundamentais e garantias constitucionais. A questão é de suma relevância, pois sabemos que atualmente os conceitos ainda são confundidos e geram dúvidas nas pessoas que até mesmo atuam no mundo jurídico.

Para tanto utilizarei como base o desenvolvimento dos modelos de Fioravante para discorrer acerca da evolução dos direitos fundamentais até a consolidação do que hoje consideramos como um direito fundamental, será mencionado a importância histórica destes direitos, para que assim, possamos exemplificar quais são os direitos fundamentais mais conhecidos e populares na prática.

O texto fará também importante menção às garantias constitucionais, que, como já mencionado, não se confundem com direitos fundamentais. O principal objetivo é mostrar que por meio das garantias constitucionais conseguimos ter um respaldo da aplicabilidade correta dos direitos fundamentais. Tendo em vista que os direitos fundamentais são conteúdos, normas expressas, declarações que visam assegurar os limites estatais e prerrogativas aos cidadãos, é mister que precisamos de um meio, um instrumento hábil, uma disposição assecuratória para que possamos nos valer para práticas destas normas, quando violadas. Assim, as garantias aparecem como meios assecuratórios dos direitos fundamentais.

Garantia fundamental de extrema relevância é exemplificada por meio do Mandado de segurança, remédio constitucional que protege direito líquido e certo não amparado por habeas data ou habeas corpus, previsto no Artigo 5º LXIX⁶ e com caráter residual, destinando-se a tutela de direito individual, coletivo, ou difuso, ameaçado ou lesado por ato ilegal ou abusivo de autoridade. Sua normatização encontra-se na L 12016/2009. O remédio é colocado à disposição de pessoa física ou jurídica, pública ou privado.

Mister frisar que muito se discute acerca da natureza jurídica do mandado de segurança, a discussão continua com relação à espécie, sendo que tem quem considere como ação constitutiva, outros ação mandamental, neste entendimento e, além dessas

6 Art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

espécies, alguns observam que o que determina e qualifica a natureza da ação de segurança é o pedido formulado pelo impetrante.

Outra discussão recorrente se dá com a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, mais conhecida como LIA, que tem por escopo a efetivação do bom zelo à coisa pública, o Estado dispõe de previsões normativas e instrumentos jurídicos aptos a combater a desonestidades, os crimes, a corrupção e a deslealdade à coisa pública, assim o ordenamento jurídico traz o instrumento fundamental a prevenção e a punição daqueles que atentarem contra os valores consagrados, prevendo diversos procedimentos e sanções garantindo máxima efetividade das normas éticas.

A LIA traz algumas sanções de naturezas diversificadas que abrem respaldo as discussões acerca de sua natureza jurídica. Em uma mesma lei há sanções de natureza política, civil, administrativa e penal, logo, a natureza jurídica da lei em si abre respaldo para discussões que são abordados no presente artigo.

2.MÉTODO

Como respaldo técnico das discussões, será tomado como base de argumentação as discussões dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais nas doutrinas. Para os direitos fundamentais nos valeremos das discussões do modelo de Fioravante, trazidos por Georges Abboud em seu Livro, abordando brevemente sua evolução histórica para exemplificar estes direitos. Assim, será feito, posteriormente a distinção entre direitos fundamentais e garantias constitucionais, como forma de exposição das diferenças entre o que seria um direito e o que seria uma garantia, para que, então, seja possível adentrar nas discussões acerca do Mandado de Segurança em si e da Lei de Improbidade Administrativa.

3.DESENVOLVIMENTO E DISCUSSÃO

Começaremos abordando a temática dos direitos fundamentais em sua origem, podemos observar que a origem dos direitos fundamentais advém alguns, assim como trouxe Georges Abboud⁷ modelos sendo estes: modelo historicista, modelo individualista e modelo estatalista. O modelo historicista, introduzido por Fioravante, foi desenvolvido pela tradição anglo-saxônica, possuindo como principal característica a constatação de que o reconhecimento dos direitos se dá pelo processo histórico. O modelo individualista é fruto tanto da tradição continental como anglo saxônica, aborda as transformações sociais e culturais, já o modelo estatalista, formou-se na Europa continental a partir do século XIX, e aborda a máxima de que todas as

7 ABOUD, Georges- Processo Constitucional Brasileiro- 2º edição- revista atualizada e ampliada- Revista dos Tribunais-(páginas 714-757)

liberdades se fundem única e exclusivamente sobre as normas impostas pelo próprio Estado, assim, neste modelo existe apenas um direito fundamental, qual seja, de ser tratado conforme as leis do Estado.

Direitos fundamentais, em sua conceituação, não deve ser confundido com garantias constitucionais, pois aqueles constituem, na atualidade, um conceito mais abrangente, englobando os direitos humanos universais e os direitos nacionais do cidadão⁸. Assim, os direitos fundamentais constituem uma reserva de direitos que não podem ser atingida pelo Estado. Nas palavras de Georges Abboud ⁹ : “Na realidade, os direitos fundamentais asseguram ao cidadãos um feixe de direitos e garantias que não poderão ser violados por nenhuma das esferas do Poder Público. Os referidos direitos apresentam dupla função: constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo em que constituem limites/restrições à atuação do Estado”.

Bobbio traz uma definição muito utilizada, o qual diz¹⁰:

“Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.(...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”

Com essa máxima, podemos assim afirmar que não há a existência do Estado Constitucional se não houver a respectiva proteção e consagração dos direitos fundamentais. Disso tiramos a função primordial dos direitos fundamentais, qual seja, constituir prerrogativas e limitar a atuação Estatal. Outra função importantíssima, é assegurar a existência de posição juridicamente garantida contra decisões políticas de eventuais maiorias políticas.

Os direitos fundamentais estão disciplinados e no artigo 5º da Constituição Federal, porém, mister frisar que no § 2º há a determinação de que direitos e garantias constitucionalmente expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos

⁸ ABBOUD, Georges- Processo Constitucional Brasileiro- 2º edição- revista atualizada e ampliada- Revista dos Tribunais-(página 726)

⁹ **IDEM**

¹⁰ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992

princípios adotados na Constituição Federal, e, também, dos tratados internacionais de que a nossa República faça parte.

Os exemplos do que de fato sejam direitos fundamentais podem ser abordados quando nos valem da temática da divisão por gerações, assim, temos direitos fundamentais de primeira geração, segunda geração, terceira geração, quarta geração.

Os direitos fundamentais de primeira geração foram os primeiros a serem conquistados pela humanidade, abordam os direitos relacionados as pessoas, aos indivíduos, podemos listar quais sejam: liberdade de crença, direito à vida, propriedade, manifestação do pensamento, dentre outros.

Os direitos fundamentais de segunda geração abordam a temática dos direitos sociais, em que o impõem ao Estado obrigação de fazer ou de prestar, como, por exemplo, moradia, trabalho, saúde, educação.

Os direitos fundamentais de terceira geração são os chamados de Transindividuais, ou seja, aquele de várias pessoas, surgiram da revolução tecnocientífica, pertencem ao grupo de indivíduos, como, por exemplo o direito ao meio ambiente, direito do consumidor, direito a paz.

O direito de quarta geração, seria o relativo a engenharia genética. Com a breve explanação sobre direitos fundamentais acima, podemos observar algumas características essenciais e primordiais sobre os mesmos, quais sejam: direitos fundamentais, com todo seu histórico e processo de evolução na constituição federal, foi abordado por meio de disposições declaratórias, assim, como o Brasil é um país em que prevalece no sistema jurídico o *Civil Law*, ou seja, o direito positivado, temos normas expressas que possibilitam ao indivíduo uma vida digna, freando os limites do Poder Estatal.

Estes possuem também como cartelistas a Universalidade, a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a relatividade, a irrenunciabilidade, complementariedade e a historicidade.

Exemplo prático da temática abordada com relação aos direitos fundamentais é o direito à igualdade, tema muito debatido ultimamente e que está previsto na Constituição Federal. Englobando questões relacionadas ao gênero, etnia, classe, crença, trazendo a questão do tratamento respeitando as diferenças.

Enfatizado a questão dos direitos fundamentais adentraremos na temática das garantias fundamentais. Tendo em vista que os direitos fundamentais são conteúdos, normas expressas, declarações que visam assegurar os limites estatais e prerrogativas aos cidadãos, é mister que precisamos de um meio, um instrumento hábil, uma

disposição assecuratória para que possamos nos valer para práticas destas normas, quando violadas.

Assim adentramos no universo das garantias constitucionais, que nas palavras de Attilio Brunialtti 11 :

“Quando alguém tem um direito e o Poder Público não o respeita, para fins de ser preservado atendendo seu propósito máximo que é o reconhecimento dessa declaração, usam-se as garantias como instrumento que tem a função de proteger esse direito”

Adentrando no universo das garantias constitucionais percebemos que estas dão base e subsídios para uma maior constitucionalização do processo civil, dão ao processo civil o toque necessário de atuação conforme os valores da ordem jurídica. Nas palavras de João Batista Lopes¹² :

“ Não se pode ignorar, à evidência, os princípios e regras do direito processual civil. Não se trata, pois, de esvaziar o direito processual civil, mas de estudá-lo à luz da Constituição para fazer atuar concretamente os valores da ordem jurídica”.

É evidente que todas as normas jurídicas devem respeitar os ditames e princípios constitucionalmente estabelecidos, porém devemos ter em mente que a classificação do que seja garantia constitucional não se restringe apenas as garantias conferidas ao processo civil.

Há a classificação de garantias constitucionais dada pelo doutrinador Paulino Jacques, sendo estas subdivididas em: garantias criminalmente preventivas, garantias criminais repressivas, garantias tributárias e garantias civis.

Como exemplo clássico das garantias criminais preventivas temos a abordagem das temáticas de legalidade de prisão, previsão de fiança para o delito, comunicabilidade da prisão, plenitude de defesa, inexistência de foro privilegiado e de tribunais de exceção e o remédio Constitucional do Habeas Corpus.

Para ilustrar as garantias criminais repressivas, grupo da divisão das garantias constitucionais, temos a personalização e humanização das penas, inexistência de

11 BRUNIALTTI, Attilio. Guia para o Estudo do Direito Constitucional, p. 148, 1995.

12 LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. Revista de Processo, vol. 116, julho – agosto/2004, p. 30. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

prisão civil por dívida, multa ou custas, inexistência de extradição de brasileiro nato dentre outras.

As garantias tributárias, abarcam em sua ampla explanação, a legalidade do tributo e de sua cobrança. Já as garantias constitucionais civis, abrangem o remédio constitucional do mandado de segurança, assistência jurídica gratuita, expedição de certidões, devido processo legal, inafastabilidade jurisdicional dentre outros.

Como exposto, as garantias constitucionais possuem função assecuratórias dos direitos, ou seja, visam o real cumprimento de um direito. Assim, é importante enfatizar que as principais garantias constitucionais são os conhecidos remédios constitucionais, quais sejam, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção, mandado de segurança e ação popular, todos previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Vejamos, diferentemente de um direito, os remédios constitucionais exercem a função de garantia, assim podemos ilustrar que a garantia constitucional do habeas corpus, visa assegurar o direito fundamental de locomoção.

3.1 GARANTIA CONSTITUCIONAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é um dos remédios constitucionais mais utilizados e que, nas palavras de Hely Lopes Meirelles 13:

“será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante”

O Remédio visa proteção do direito líquido e certo não amparado por habeas data ou habeas corpus, previsto no Artigo 5º LXIX 14 e com caráter residual, destinando-se a tutela de direito individual, coletivo, ou difuso, ameaçado ou lesado por ato ilegal ou abusivo de autoridade. Sua normatização encontra-se na L 12016/2009. O remédio é colocado à disposição de pessoa física ou jurídica, pública ou privada.

13 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

14 Art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Nas palavras de Georges abboud 15:

“Na valiosa lição de Pontes de Miranda, a prestação jurisdicional no mandado de segurança, assim como no habeas corpus, tem eficácia predominantemente mandamental, tendo em vista que o juiz ou o tribunal mandam já é, por si só, o conteúdo dessa prestação”

Em função de sua subsidiariedade, o mandado de segurança não pode ser utilizado como sucedâneo recursal para atacar decisões judiciais. Assim, apenas pode ser admitido Mandado de segurança contra ato judicial se ficar demonstrada manifesta ilegalidade ou teratologia da decisão.

Para Arlete Aurelli¹⁶ não se pode criar uma teoria do mandado de segurança contra atos administrativos e outra, deferente, contra atos judiciais, pois a medida é regulada pelos mesmos dispositivos, quer em nível constitucional, quer em nível infraconstitucional.

O Mandado de Segurança coletivo não se trata de ação diferente do Mandado de segurança Individual, apenas se presta à tutela de direito difuso, coletivo ou individual, mas os requisitos de direito material para concessão de Mandado de Segurança Coletivo são os mesmos do individual, tendo também o mesmo procedimento.

Muito se discute acerca da natureza jurídica do mandado de segurança, acerca da natureza jurídica do Mandado de segurança contra ato judicial, explica Cássio Scarpinella Bueno que¹⁷ “mandado de segurança contra ato judicial” deve ser entendido como um “sucedâneo recursal” no sentido de “medida que, embora não seja definido pela lei processual civil como recurso, desempenha finalidade similar, e no que lhe diz respeito, até mesmo, idêntica a de um recurso”.

A doutrina majoritária o elegeu a natureza jurídica como ação, mas a discussão continua com relação à espécie, sendo que tem quem considere como ação

15 ABBOUD, Georges- Processo Constitucional Brasileiro- 2º edição- revista atualizada e ampliada- Revista dos Tribunais-(página 757)

16 AURELLI, Arlete Inês. O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 151.

17 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2014

constitutiva, outros ação mandamental, neste entendimento e, além dessas espécies, outros entendem como ação executória.

Neste sentido, a oportuna lição de Alfredo Buzaid:¹⁸

“O que determina e qualifica a natureza da ação de segurança é o pedido formulado pelo impetrante, que pode ser: meramente declaratório; constitutivo; condenatório. Exemplo da primeira espécie é o pedido de declaração de inexistência de relação jurídica tributária criada por lei inconstitucional; exemplo da segunda espécie é a desconstituição de nomeação de servidor público por inobservância da ordem de classificação no concurso; exemplo da terceira espécie é a ação do servidor da administração direta ou autárquica, tendo por objeto o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”

Importante ressaltar que as Súmulas 269- O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”, e 271 - “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação ao período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”, do STF, apontam no sentido da impossibilidade dos chamados “efeitos condenatórios” do mandado de segurança, ao menos no que tange ao período anterior à impetração

“Em razão disto, tomando por base as mandamentais descritas por KUTTNER e GOLDSCHIMDT, pode-se dizer que, do elenco organizado por PONTES DEMIRANDA, só o mandado de segurança seria uma ação propriamente mandamental; as demais seriam impropriamente mandamentais, porque o órgão estatal incumbido do cumprimento do mandado não é o órgão que teria violado ou ameaçado violar o direito do demandante”¹⁹.

Considerando que no mandado de segurança jamais poderá prescindir o mandamento, devendo conter em si a ordem, que é o seu efeito específico e preponderante, a obrigar a autoridade coatora, a quem é dirigida, ao seu cumprimento. A posterior expedição do mandado, ofício a ser a ela entregue, é consequência formal da ordem emanada pelo juiz, conforme dispõe o art. 11da Lei do Mandado de Segurança, julgado procedente o pedido, “o juiz transmitirá em ofício

¹⁸ BUZAID, Alfredo- **Do mandado de segurança**, vol. I, p. 76.

¹⁹ MESQUITA, José Ignácio Botelho- Sentença Mandamental- Academia Brasileira de direito processual Civil

(...) o inteiro teor da sentença à autoridade coatora”. A corrente que entende que a natureza jurídica é ação mandamental, parece ser a mais adequada e justificável.

3.2 AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A DISCUSSÃO DOS SEUS EFEITOS

Outra temática bastante discutida, tange acerca das ações de improbidade administrativas. No âmbito do direito administrativo os agentes públicos estão subordinados a uma série de princípios e leis que possuem como objetivo o zelo pela probidade administrativa, respeito à moral por todos aqueles que se relacionam com o Estado²⁰. Para a efetivação do bom zelo à coisa pública, o Estado dispõe de previsões normativas e instrumentos jurídicos aptos a combater a desonestidades, os crimes, a corrupção e a deslealdade à coisa pública, assim o ordenamento jurídico traz o instrumento fundamental a prevenção e a punição daqueles que atentarem contra os valores consagrados, prevendo diversos procedimentos e sanções garantindo máxima efetividade das normas éticas.²¹

Um dos mais importantes instrumentos para o combate a improbidade no sistema é a lei nº 8.429/ de 1992- conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, que, nas palavras de José Augusto Delgado²², três correntes estão formadas a respeito, a primeira entende que os efeitos da lei são de natureza administrativa e patrimonial; a segunda entende que abarca conteúdo de direito penal e, a terceira, firma o sentido de que a depender da autoridade que for chamada para integrar o polo passivo, ela terá natureza de espelhar crimes políticos, de responsabilidade ou responsabilidade patrimonial e administrativa. Porém, mesmo com três correntes acerca dos efeitos, a lei de improbidade administrativa traz que uma das condenações impostas ao réu é a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens.

Outro instituto aos quais os agentes públicos devem observar é a lei nº 8666/1993- lei de licitações. A lei estabelece normas gerais sobre as licitações e

20 NEVES, Daniel Amorim Assumpção e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Improbidade administrativa. São Paulo: Ed. GEN-Saraiva, 2019

21 IDEM

22 Delgado, José Augusto- Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudencial sobre a lei de improbidade Administrativa

contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, locações e etc., no âmbito dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios²³.

A lei já traz hipóteses de dispensa de licitação, sendo essas²⁴: 1-) Em situações de emergência: exemplos de Casos de guerra; grave perturbação da ordem; calamidade pública, obras para evitar desabamentos, quebras de barreiras, fornecimento de energia; 2-) Por motivo de licitação frustrada por fraude ou abuso de poder econômico: preços superfaturados, neste caso pode-se aplicar o artigo 48 parágrafo 3º da Lei 8666/93 para conceder prazo para readaptação das propostas nos termos do edital de licitação; 3-) Intervenção no Domínio Econômico: exemplos de congelamento de preços ou tabelamento de preços; 4-) Dispensa para contratar com Entidades da Administração Pública: Somente poderá ocorrer se não houver empresas privadas ou de economia mista que possam prestar ou oferecer os mesmos bens ou serviços. Exemplos de Imprensa Oficial, processamento de dados, recrutamento, seleção e treinamento de servidores civis da administração. 5-) Contratação de Pequeno Valor: Materiais, produtos, serviços, obras de pequeno valor, que não ultrapassem o valor estimado por lei para esta modalidade de licitação. 6-) Dispensa para complementação de contratos: Materiais, produtos, serviços, obras no caso de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido. 7-) Ausência de Interessados: Quando não tiver interessados pelo objeto da licitação, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas em edital. 8-) Imóvel destinado a Administração: Para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia. Deverá a Administração formalizar a locação se for de ordem temporária ou comprá-lo se for de ordem definitiva. 9-) Gêneros Perecíveis: Compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis durante o tempo necessário para a realização do processo licitatório correspondente. 10-) Ensino, pesquisa e recuperação social do preso: Na contratação de instituição brasileira dedicada a recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos na aplicação de suas funções. 11-) Acordo Internacional: Somente para aquisição de bens quando comprovado que as condições ofertadas são vantajosas para o poder público. Obras de Arte e Objetos Históricos: Somente se justifica a aplicação da dispensa de licitação se a finalidade de resgatar a peça ou restaurar for de importância para a composição

²³ Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993- Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

²⁴ <https://www.licitacao.net/o-que-e-dispensa-de-licitacao>

do acervo histórico e artístico nacional. 12-) Aquisição de Componentes em Garantia: Caso a aquisição do componente ou material seja necessário para manutenção de equipamentos durante o período de garantia. Deverá a Administração comprá-lo do fornecedor original deste equipamento, quando a condição de exclusividade for indispensável para a vigência do prazo de garantia. 13-) Abastecimento em Trânsito: Para abastecimento de embarcações, navios, tropas e seus meios de deslocamento quando em eventual curta duração, por motivo de movimentação operacional e for comprovado que compromete a normalidade os propósitos da operação, desde que o valor não exceda ao limite previsto para dispensa de licitação. 14-) Compra de materiais de uso pelas forças armadas: Sujeito à verificação conforme material, ressaltando que as compras de material de uso pessoal e administrativo sujeitam-se ao regular certame licitatório. 15-) Associação de portadores de deficiência física: A contratação desta associação deverá seguir as seguintes exigências: Não poderá ter fins lucrativos; comprovar idoneidade, preço compatível com o mercado.

É máster frisar que podem os particulares e terceiros também respondem pela lei quando infringirem a probidade administrativa, exemplo esse, forjar licitações, em conjunto com os agentes, conforme disposto no artigo 3º da Lei de Improbidade administrativa,²⁵ "Art. 3º - As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."

Feitas as considerações sobre a ação de improbidade administrativa e as penas trazidas pela LIA (Lei de Improbidade Administrativa), segundo José Augusto Delgado²⁶ existem três possíveis correntes, a primeira que entende que é cível no sentido lato, englobando a questão patrimonial e administrativa, a segunda corrente conteúdo penal e a terceira corrente eclética, pois a depender da autoridade que for chamada para integrar o polo passivo da ação, terá a natureza de espelhar crimes políticos, de responsabilidade ou de responsabilidade patrimonial e administrativa.

A jurisprudência do STJ afastou a corrente de natureza penal, pois a LIA, cuida de reparar atos de improbidade administrativa contra a administração pública por via específica, não se confundido com a via penal comum, além disso, tem como uma das suas penas a reparação ao erário, ou seja sanção de natureza civil, e, tem também, a sanção política.

²⁵ "Art. 3º - As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta." (Lei de Improbidade administrativa)

²⁶ Delgado, José Augusto- Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudencial sobre a lei de improbidade Administrativa

Outro argumento utilizado para “descaracterizar a natureza penal estaria contida no artigo 8º, que dispõe que: “O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta Lei até o limite do valor da herança””. Como sabemos, no âmbito do direito penal, nenhuma pena passará do condenado.

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Melo²⁷:

“Em casos de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, o servidor público ficará sujeito à suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei (art. 33, § 4º), sendo imprescritível a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao erário (art. 37, § 5o).

Com isso podemos observar que a discussão acerca da natureza jurídica da ação ocorre ao redor do tipo de sanção aplicada na própria Lei de Improbidade, a natureza penal hoje é corrente minoritária, sendo que, a corrente que abarca a natureza civil em sentido lato parece ser a mais adequada na medida em que a lei traz, na maioria dos casos, uma violação de natureza patrimonial, que será corrigida com a reparação ao erário, e, as vezes, uma sanção administrativa, como a suspensão dos direitos políticos.

Para confirmar o exposto acima, mostraremos que:²⁸

“A Lei 8.429/1992 arrola no art. 12 as sanções civis típicas contra atos de improbidade administrativa. Convém obtemperar que ela só estabelece sanções pessoais aos autores, beneficiários ou partícipes de atos ímprobos, o que não impede a imposição de provimentos jurisdicionais em face do próprio ato jurídico impugnado. Antes de sua edição, as sanções civis relativas à prática de ato de improbidade administrativa – para além do domínio da ação popular – se restringiam à perda de bens amealhados ilicitamente, como previsto na Lei 3.164/1957 e na Lei 3.502/1958 – conquanto esta última permitisse

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 6. ed. Silo Paulo: Malheiros, 2013. p.135.

²⁸ <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrativa>

cumulativamente o ressarcimento integral do dano. As sanções civis contra o ato de improbidade administrativa são (a) a perda de bens, (b) a perda da função pública, (c) a suspensão temporária dos direitos políticos, (d) o pagamento de multa civil, (e) o ressarcimento do dano, e (f) a proibição de contratação com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Destas, só constam do § 4º do art. 37 da Constituição de 1988 a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos e o ressarcimento do dano. A Lei 8.429/1992 acrescentou outras como o pagamento de multa civil, a proibição de contratação com o Poder Público ou do recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, e a perda de bens ou valores ilicitamente acrescidos.

Importante observação foi feita por Amir José Finocchiaro Sarti, Lia Sarti e Cauê Simon²⁹ ao mencionar que com uma leitura desatenta do artigo 17, parágrafos 7º e 12 da Lei 8.429/92 podem levar à ideia de que a ação de improbidade administrativa possui uma natureza penal ou mista, como já mencionei acima cerca da própria LIA em si.

Primeiro, porque este dispositivo legal se encontra no Capítulo III, cujo título significativamente é “Das penas”; segundo, porque o parágrafo 7º permite o oferecimento de uma defesa prévia, fase característica dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos prevista no Código de Processo Penal (art. 514); e terceiro, porque o parágrafo 12 remete o operador do direito ao artigo 221 do Código de Processo Penal. Porém, analisando o artigo 37, § 4º da Constituição Federal não há como deixar de compreender que a ação de improbidade administrativa tem natureza estritamente civil, pois não descarta a possibilidade da propositura de uma ação penal, utilizando a expressão “sem prejuízo da ação penal cabível”. Assim, as penalidades previstas tanto na Constituição Federal quanto na própria Lei 8.429/92 caracterizam-se como sanções civis, pelo que o agente público ímprobo está sujeito à responsabilização civil e também penal, cumulativamente.

Além disso, Arlete Inês Aurelli³⁰ comenta que, segundo uma corrente doutrinária, a ação de improbidade administrativa possui regime e objetivos próprios, na medida em que a proteção do erário público não constitui interesse difuso.

²⁹ SARTI Jose Finocchiaro, SARTI, lia e SIMON Cauê – Natureza Jurídica da Ação de Improbidade Administrativa- Legal nature of action administrative misconduct

³⁰ AURELLI, Arlete Inês. Condições para o exercício da ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013.

Ademais, o artigo 17 da Lei 8.429/92 teria estabelecido o rito ordinário, distanciando assim a ação de improbidade da ação civil pública propriamente dita. Contudo, para a citada doutrinadora, a adoção do rito ordinário na ação de improbidade administrativa apenas tem o condão de privilegiar o princípio constitucional do contraditório, ampliando a possibilidade de defesa dos réus.

CONCLUSÃO

A primeira e mais importante conclusão que extraímos de toda a explanação acima é que não podemos confundir direitos fundamentais com garantias constitucionais.

Enquanto os direitos fundamentais constituem, na atualidade, um conceito mais abrangente, englobando os direitos humanos universais e os direitos nacionais do cidadão e possuem uma reserva de direitos que não podem ser atingida pelo Estado permitindo um feixe de direitos e garantias que não poderão ser violados por nenhuma das esferas do Poder Público, e possuem como exemplo, direito à vida, à locomoção estando disciplinados e no artigo 5º da Constituição Federal, podendo ser divididos em primeira, segunda, terceira e quarta geração frisando que no § 2º há a determinação de que direitos e garantias constitucionalmente expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados na Constituição Federal, e, também, dos tratados internacionais de que a nossa República faça parte e não são absolutos. As garantias por sua base e subsídios para uma maior constitucionalização do processo civil e dos próprios direitos fundamentais. Possuem então função assecuratória dos direitos, ou seja, visam o real cumprimento de um direito. Assim, é importante enfatizar que as principais garantias constitucionais são os conhecidos remédios constitucionais, quais sejam, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção, mandado de segurança e ação popular, todos previstos também no artigo 5º da Constituição Federal. Assim, diferentemente de um direito, os remédios constitucionais exercem a função de garantia, podemos ilustrar que a garantia constitucional do habeas corpus, visa assegurar o direito fundamental de locomoção, a garantia Mandado de Segurança, visa proteção do direito líquido e certo de maneira subsidiária.

O artigo trouxe a discussão acerca do remédio Mandado de Segurança mostrando que este visa proteção do direito líquido e certo não amparado por habeas data ou habeas corpus, previsto no Artigo 5º LXIX e com caráter residual, destinando-se a tutela de direito individual, coletivo, ou difuso, ameaçado ou lesado por ato ilegal ou abusivo de autoridade. Sua normatização encontra-se na L 12016/2009. O remédio é colocado à disposição de pessoa física ou jurídica, pública ou privado. Mostrando também que o Mandado de Segurança coletivo não se trata de ação diferente do Mandado de segurança Individual, apenas se presta à tutela de direito difuso, coletivo ou individual, mas os requisitos de direito material para concessão de Mandado de

Segurança Coletivo são os mesmos do individual, tendo também o mesmo procedimento.

Adentamos da discussão acerca da natureza jurídica do Mandado de Segurança para mostrar que a natureza jurídica do remédio contra ato judicial segundo Cássio Scarpinella Bueno deve ser entendida como um “sucedâneo recursal” no sentido de “medida que, embora não seja definido pela lei processual civil como recurso, desempenha finalidade similar, e no que lhe diz respeito, até mesmo, idêntica a de um recurso”.

Além disso, a doutrina majoritária o elegeu a natureza jurídica como ação, mas com relação a discussão sobre a espécie, continua tendo divergências, pois há quem considere como ação constitutiva, outros ação mandamental, neste entendimento e, além dessas espécies, outros entendem como ação executória.

Alfredo Buzaid: entende que o que determina e qualifica a natureza da ação de segurança é o pedido formulado pelo impetrante, que pode ser: meramente declaratório; constitutivo; condenatório, mas é importante ressaltar que as Súmulas 269- O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”, e 271 - “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação ao período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”, do STF, apontam no sentido da impossibilidade dos chamados “efeitos condenatórios” do mandado de segurança, ao menos no que tange ao período anterior à impetração

Em razão disto, pode-se dizer que, do elenco organizado por Pontes de Miranda, só o mandado de segurança seria uma ação propriamente mandamental; as demais seriam impropriamente mandamentais, porque o órgão estatal incumbido do cumprimento do mandado não é o órgão que teria violado ou ameaçado violar o direito do demandante” .

Considerando que no mandado de segurança jamais poderá prescindir o mandamento mesmo a posterior expedição do mandado, ofício a ser a ela entregue, é consequência formal da ordem emanada pelo juiz, conforme dispõe o art. 11 da Lei do Mandado de Segurança, julgado procedente o pedido, “o juiz transmitirá em ofício (...) o inteiro teor da sentença à autoridade coatora”. A corrente que entende que a natureza jurídica é ação mandamental, parece ser a mais adequada e justificável.

A discussão acerca da natureza jurídica da ação de Improbidade Administrativa também transcende de visões diferentes existindo três possíveis correntes, a primeira que entende que é cível no sentido lato, englobando a questão patrimonial e administrativa, o segundo corrente conteúdo penal e a terceira corrente eclética, pois

a depender da autoridade que for chamada para integrar o polo passivo da ação, terá a natureza de espelhar crimes políticos, de responsabilidade ou de responsabilidade patrimonial e administrativa.

A jurisprudência do STJ afastou a corrente de natureza penal, pois a LIA cuida de reparar atos de improbidade administrativa contra a administração pública por via específica, não se confundido com a via penal comum, além disso, tem como uma das suas penas a reparação ao erário, ou seja, sanção de natureza civil, e, tem também, a sanção política.

Celso Antônio Bandeira de Mello, autor das obras de direito administrativo, principal ramo do qual deriva a LIA (Lei e Improbidade Administrativa), mostrou que em casos de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, o servidor público ficará sujeito à suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei (art. 33, § 4º), sendo imprescritível a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao erário (art. 37, § 5o), assim deixou claro o caráter subsidiário de natureza penal da LIA.

Com isso, a corrente que abarca a natureza civil em sentido lato parece ser a mais adequada na medida em que a lei traz, na maioria dos casos, uma violação de natureza patrimonial, que será corrigida com a reparação ao erário, e, às vezes, uma sanção administrativa, como a suspensão dos direitos políticos.

A Lei 8.429/1992 arrola no art. 12 as sanções civis típicas contra atos de improbidade administrativa. Convém obtemperar que ela só estabelece sanções pessoais aos autores, beneficiários ou partícipes de atos ímprobos, o que não impede a imposição de provimentos jurisdicionais em face do próprio ato jurídico impugnado.

Isto posto, fica demonstrado que garantias constitucionais são instrumentos que asseguram, dentre outras coisas, o exercício de direitos. Exemplo dado pelo remédio constitucional Mandado de Segurança, instrumento que assegura o direito líquido e certo não amparado por Habeas Corpus ou Habeas Data e que tem como natureza jurídica ação mandamental, embora isso não seja pacificado, nem todos entendem da mesma forma.

A natureza jurídica da ação de improbidade Administrativa quando observamos que analisando o artigo 37, § 4º da Constituição Federal não descarta a possibilidade da propositura de uma ação penal, utilizando a expressão “sem prejuízo da ação penal cabível”. Assim, as penalidades previstas tanto na Constituição Federal quanto na própria Lei 8.429/92 caracterizam-se como sanções civis, pelo que o agente público ímprobo está sujeito à responsabilização civil e também penal, cumulativamente, passavam a compreender que a ação de improbidade administrativa

tem natureza estritamente civil, rechaçando a corrente que enxerga como natureza de ação penal.

REFERÊNCIAS

__ “Art. 3º - As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”(Lei de Improbidade administrativa)

__ Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993- Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

__ <https://www.licitacao.net/o-que-e-dispensa-de-licitacao>

__ <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrativa>

__. Art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

ABBOUD, Georges- Processo Constitucional Brasileiro- 2º edição- revista atualizada e ampliada- Revista dos Tribunais

AURELLI, Arlete Inês. Condições para o exercício da ação de improbidade administrativa. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2013.

AURELLI, Arlete Inês. O juízo de admissibilidade na ação de mandado de segurança. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 151.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2014

- BRUNIALTTI, Attilio. Guia para o Estudo do Direito Constitucional, p. 148, 1995.
- BUZAID, Alfredo- Do mandado de segurança, vol. I, p. 76.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992
- Delgado, José Augusto- Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudencial sobre a lei de improbidade Administrativa
- LOPES, João Batista. Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. Revista de Processo, vol. 116, julho – agosto/2004, p. 30. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho- Sentença Mandamental- Academia Brasileira de direito processual Civil
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Improbidade administrativa. São Paulo: Ed. GEN-Saraiva, 2019
- SARTI Jose Finocchiaro, SARTI, lia e SIMON Cauê – Natureza Jurídica da Ação de Improbidade Administrativa- Legal nature of action administrative misconduct

A CULPABILIDADE DOS PSICOPATAS NO DIREITO PENAL: O LIMIAR ENTRE A INSANIDADE MENTAL E O DESEJO DE MATAR

GABRIELA SANDRIN DATORE:
Bacharelanda em Direito, Universidade
Brasil.

MARCO ANTONIO COLMATI LALO

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho versa a respeito da forma que os casos de psicopatias e assassinos em série são tratados na legislação penal brasileira, levando em conta os fatores biológicos, psicológicos e sociais que podem levar a pessoa a cometer um delito, tornando evidente que urge uma necessidade de um tratamento e análises mais sistemáticas de alguns casos para que o sistema penal cumpra sua função de ressocialização, quando possível, de detentos e em casos onde fica provado que o réu oferece risco, caso seja colocado em liberdade, receba o tratamento adequado. Foi realizada uma análise de forma transdisciplinar na intenção de elucidar alguns pontos relacionados a real motivação de algumas condutas previstas no ordenamento jurídico penal como crimes contra a vida e afins. Para tal análise detalhada, trabalhou-se com casos concretos que demonstram tanto o *modus operandi* dos réus como a forma que a justiça tratou cada caso, o que permitiu ter um real panorama das falhas da justiça nos tratamentos de casos onde os crimes hediondos cometidos contra diversas vítimas, causadas pela conduta displicente em relação à análise real do problema.

Palavras chaves: Psicopatia; Imputabilidade; Serial Killers.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A PSICOPATIA. 1.1 Conceito de Psicopatia. 1.1.1 Danos Cerebrais, Condutas Violentas e o Perfil do Psicopata. 2 A CULPABILIDADE DO PSICOPATA E O SISTEMA PENAL. 2.1 Teorias da Culpabilidade. 2.1.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade. 2.1.2 Teoria Psicológica – Normativa. 2.1.3 Teoria Normativa Pura. 2.2 Teorias da Imputabilidade. 3 INSANIDADE MENTAL. 4 CASOS CONCRETOS DE PSICOPATAS NO BRASIL. 4.1 Caso Chico Picadinho. 4.2 Caso Maníaco do Parque. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A evolução dos meios de comunicação colaborou com a disseminação de informações a respeito de crimes hediondos que chocam a população, devido ao grau de crueldade e frieza com que são praticados. Muitos ao verem tais casos se questionam o porquê de determinada ação, pré-julgando o autor do crime com base no que a mídia divulga ou em boatos que se espalham nas redes sociais, sem avaliar

que existem inúmeros fatores que podem ser a razão para o cometimento de crimes, como a psicopatia por exemplo.

O termo susodito, psicopatia, é cercado de inúmeros preconceitos por parte da sociedade e encarado de forma um tanto quanto “mistificada”, tornando o tema um grande tabu que deve ser discutido à luz da psicologia e ciências jurídicas na intenção de encontrar as formas mais adequadas de lidar com delitos causados por portadores desse transtorno.

Psicopatas, de uma forma geral, representam um grande risco à sociedade por seus comportamentos e sua postura sem empatia, o que os torna capazes de qualquer ação para atingir seus objetivos, sem que se importe com as consequências a terceiros.

O presente trabalho visa discutir, sem a intenção de esgotar o assunto, a psicopatia enquanto patologia mental e suas influências nos atos criminosos cometidos por psicopatas e as formas que o ordenamento jurídico penal pátrio trata tais casos. Para isso, tomaremos como estudo de caso casos de psicopatas realizando uma análise com parâmetros na psicologia forense, dentro do ambiente da transdisciplinaridade, para entender o que motivava tais crimes para posteriormente analisar o tratamento que o judiciário concede a esses casos. A necessidade do questionamento a respeito da forma que o sistema legal brasileiro encara a psicopatia é mister, levando em conta as lacunas presentes no código penal e legislação extravagante.

O método que embasa é o presente trabalho é o de pesquisas bibliográficas e documentais, artigos científicos e também notícias e artigos de jornais e revistas a respeito de casos que ganharam notoriedade no cenário nacional.

O primeiro capítulo versará a respeito da psicopatia do ponto de vista da medicina, enquanto transtorno mental. Essa definição torna-se necessária, tendo em vista que por se tratar de um assunto que extrapola os limites da esfera criminal, é preciso buscar compreender de fato a psicologia com base nos estudos de psicólogos e psiquiatras para posteriormente enquadrar as definições de especialistas nos casos analisados.

Posteriormente avaliar-se-á crimes praticados por psicopatas com o intento de compreender – de acordo com a ciência – as motivações do crime e avaliar a forma de tratamento dado aos casos pelos magistrados e colegiados (Supremos Tribunais). Essa arguição contribuirá para a problematização necessária dos institutos legais e preceitos penais, visando uma melhor adequação do sistema penal aos casos de psicopatas, garantindo um julgamento e punições justas para sua situação, conforme preconizado na carta magna.

1 A PSICOPATIA

A medicina enquadra a psicopatia dentro da Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10. Entretanto, os especialistas afirmam que esse diagnóstico só pode ser comprovado quando o indivíduo completa 18 anos, pois é quando o *modus operandi* que caracterizam a psicopatia se tornam mais frequentes – ainda que estes tenham se manifestado durante a fase da infância e adolescência. Para Cardoso (2014), o comportamento do psicopata é, via de regra, “anti-social”³¹, não se importando com as regras sociais impostas pela sociedade, o direito de outros, ainda para Marsh (2013), os psicopatas não costumam apresentar respostas emocionais pelo fato destas não existirem ou serem mitigadas.

Dado todas as características supracitadas, ao falarmos de psicopatia muitas pessoas imaginam um estereótipo de uma pessoa louca, um assassino em série e um criminoso frio, que perambula pelas ruas em busca de suas vítimas como se estivesse em um tipo de “transe” que só será finalizado ao cumprir sua tarefa delituosa. Todavia, para a ciência, o psicopata não necessariamente precisa apresentar as características cinematográficas que vemos nos *Blockbusters* de Hollywood, muito pelo contrário, eles podem ser pessoas acima de qualquer tipo de suspeita, como preconiza Huss (2011)

Os psicopatas não são apenas aqueles que cometem os atos criminosos mais hediondos que podemos pensar e acabam na prisão. Eles podem morar naquela casa no final da rua. Eles podem trabalhar na mesa ao lado da sua ou até mesmo atuam como o político em quem você votou (HUSS, 2011, p.90).

Para que a discussão a respeito objeto de estudo do presente trabalho seja profícua, dando assim o alicerce necessário para a compreensão das ideias doravante apresentadas e defendidas, é imperioso a necessidade de uma análise minuciosa do que a ciência nos apresenta como as características comportamentais mais comuns dos psicopatas para que, dessa forma, consigamos ter uma dimensão da real necessidade das adaptações que o ordenamento jurídico pode fazer para que o Estado exerça o *ius puniendi* com a moderação necessária.

1.1 Conceito de Psicopatia

A partir dessa etapa serão apresentados os prolegômenos que tanto a psicologia quanto a psiquiatria nos apresentam a respeito do psicopata. Como dito precedentemente, para uma perquirição eficaz do tema será necessário transitar entre

³¹ Esse termo não é usado no sentido de falta de contato com a sociedade, como poderia ser deduzido à primeira vista. Cf. LEE, Jessica H. PHILL, M. -- The Treatment of Psychopathic and Antisocial Personality Disorders: A Review, p. 1

diversas disciplinas usando o conceito de transdisciplinaridade em oposição ao famigerado conceito de interdisciplinaridade, seguindo o entendimento de Petraglia (2000) que preconiza que

A interdisciplinaridade controla as disciplinas como a ONU controla as nações. Cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer a sua soberania territorial, e, à custa de algumas magras trocas, as fronteiras se confirmam, em vez de se desmoronarem (PETRAGLIA, 2000, p.74 *apud* Freitas, 2015, p.59).

por fazer coro a tal entendimento e entender que o saber não se constrói pautado apenas num campo de pesquisa e conhecimento, recorrer-se-á à epistemologia referente à saúde mental e patologias relacionadas a esta.

Para Mira e Lopez (2005), a análise do psicopata dentro do campo da psicanálise acredita que a agressão nasce de conflitos internos do indivíduo, e vai além, ao partir do pressuposto que o crime acontece quando três estâncias mentais (id – forças irracionais e inconscientes; ego – forças racionais, lógicas e derivadas da experiência e educação; superego – forças surgidas do processo de introjeção, coercitivas e punitivas) entram em conflito. Ainda de acordo com a psicanálise, Dias e Andrade (1984) afirmam:

[...] o crime exprime uma perda do poder inibitório do Super-ego em relação ao Ego, que fica, assim, livre para obedecer às exigências do Id. O crime significa, em noutros termos, uma fuga à vigilância do 'juiz interior' por parte do delinquente que vive em cada homem. (DIAS; ANDRADE, 1984, p.193)

Partindo desse entendimento, Dias e Andrade (1984) afirmam que, mesmo que a prática do crime tenha como meta a satisfação de instintos libidinosos (ainda que de forma simbólica), é importante lembrar que todos possuem um delinquente em potencial dentro de si, entretanto não significa que todos irão mais dia ou menos dia cometer algum tipo de delito. Esse fato mostra que há uma constante pressão interna no que tange à luta em reprimir esses impulsos que não conseguem ultrapassar a barreira da moral e ética para se manifestar e acaba por buscar algumas válvulas de escape definidas como “[...] mecanismos psicológicos de defesa [...]” (FIORELLI; MANGINI, 2009, p.49), dos quais podemos citar para exemplificação deslocamento; fantasia; identificação; negação da realidade; racionalização; regressão; projeção; idealização; entre outros. A respeito dessa linha tênue de comportamentos, Myra e López (2005) determinam que:

[...] do equilíbrio entre aqueles e estes resulta a conduta normal da personalidade; um ligeiro predomínio de qualquer deles e já

nos encontramos diante de um tipo de personalidade mal preparada para a vida social e, por conseguinte, apta para entrar em conflito com as leis e consigo mesma. (MIRA; LÓPEZ, 2005, p.62).

Como podemos deduzir frente ao que a ciência nos apresenta, um psicopata tem – via de regra – que lidar com inúmeros impulsos internos que podem ferir objetos jurídicos tutelados. Esses impulsos muitas vezes começam ainda na infância e adolescência e podem ser estimulados por experiências traumáticas, como preconiza Johnson (2005), crianças e jovens que foram submetidas a abusos físico-psicológicos, negligência, doença mental parental, punição excessiva e agressiva; tendem a ser mais vulneráveis à presença de traços ou sintomas de personalidades. Dito isso, é necessário deixar claro que situações como essa não justificam determinados comportamentos, entretanto podem explicar algumas situações – nesse caso podemos citar o criminoso que ficou conhecido como “Maníaco do parque” (Francisco de Assis Pereira) que alega ter sido abusado por uma tia como uma de suas justificativas aos delitos de estupro e homicídio por ele cometidos na década de 1990.

Além de situações como as anteriormente citadas, a ciência tem feito inúmeras descobertas a respeito da relação entre os danos cerebrais e comportamentos delinquentes, como afirma Trindade “Com efeito, as modernas técnicas de neuroimagem estão confirmando antigas hipóteses de uma correlação entre comportamento delinquente e alterações no lobo frontal e temporal, em estruturas subcorticias como a amígdala e o hipocampo” (TRINDADE, 2012, p.150).

1.2 Danos Cerebrais, Condutas Violentas e o Perfil do Psicopata

Estudos de Raiane e Sanmartín (2002) a respeito de criminosos impulsivos acabaram por demonstrar que o córtex pré-frontal dos participantes apresentava taxas de atividade menores do que das pessoas normais. Del Pino e Werlang (2004) afirmam que “No que se refere aos estudos dos chamados crimes violentos (como sexuais e homicídios) há importantes indícios de uma base neurobiológica propulsora de condutas agressivas/violentas e criminosas”.

Alguns outros estudiosos também traçaram a recensão entre danos físicos no cérebro e as condutas violentas. Dentre esses podemos destacar Foster, Hillbrand e Silverstein (1993), que apresentaram o baixo desempenho em medidas neuropsicológicas sem detentos que haviam cometido crime violento e apresentavam alta frequência e severidade de conduta agressiva durante internação em hospital penitenciário.

Martell (1992), afirma que 84% dos 50 pacientes psiquiátricos estudados (de um hospital penitenciário para infratores com distúrbios mentais) mostravam ter pelo

menos um indicador potencial de disfunção cerebral e 64% exibiam múltiplos indicadores.

Ainda, Raine, Buchsbaum e LaCasse (1997) examinaram 41 homicidas utilizando técnicas de neuroimagem. Ao comparar os resultados obtidos com os do grupo controle, os primeiros apresentaram processos cerebrais disfuncionais nas regiões subcortical e cortical.

2 A CULPABILIDADE DO PSICOPATA E O SISTEMA PENAL

De acordo com Capez (2012), a culpabilidade é a possibilidade de considerar alguém culpado pela prática do crime. Jesus (2020) preconiza que a culpabilidade é a ligação subjetiva do autor com o resultado me ainda determina que “[...] a culpa tem um elemento normativo: a censurabilidade da conduta, a reprovabilidade do comportamento”.

O conceito de culpabilidade não está claro no ordenamento penal pátrio e ainda é motivo de discussão entre doutrinadores pois, alguns creem ser essa é um conceito de crime, outros enxergam como pressuposto de pena, outros ainda como fator de juízo de valor – como determina Bitercourt “Tradicionalmente, a culpabilidade é entendida como um *juízo individualizado* de atribuição de responsabilidade penal” (BITENCOUT, 2020, p.970).

Para compreender de fato o que é culpabilidade e sua relação com objeto de pesquisa que norteia o presente trabalho, será necessário uma análise de algumas teorias a respeito da culpabilidade, com o intento de delimitar as linhas que unem a culpabilidade no fato típico e antijurídico praticados por psicopatas com a forma que os órgãos de justiça julgam tais situações.

2.1 Teorias da Culpabilidade

Ao tratar a respeito dos antecedentes das teorias de culpabilidade, remontamos ao Direito Penal italiano da Idade Média, bem como à doutrina do Direito Comum, criada nos séculos XVI e XVII. Bittencourt afirma que

O Direito Natural, do qual Puffendorf (1636-1694) é reconhecido como autêntico representante, apresenta a primeira aproximação à teoria da culpabilidade, partindo da ideia de *imputação*, que corresponderia à atribuição da responsabilidade da ação livre ao seu autor, ou seja, atribuíam-se a responsabilidade penal àquele que, livremente, praticasse a ação. (BITENCOURT, 2020, p.979).

Além dessa teoria preconizada por Puffendorf (1636-1694), com o passar do tempo outras teorias surgiram, como a dos *hegelianos*, que traziam o entendimento da imputação subjetiva, justificada no fato de que o indivíduo, por sua própria escolha, afastava-se da vontade geral, ou seja, da lei. Todavia esse conceito entrou em declínio a partir da segunda metade do século XIX, dando espaço para a teoria preconizada por Von Liszt que fazia distinção entre a antijuridicidade e a culpabilidade. Tal transformação deu-se durante o ápice do método positivista no campo das ciências sociais, fato que contribuiu de forma ímpar para o surgimento da teoria psicológica da culpabilidade.

2.1.1 Teoria Psicológica da Culpabilidade

Essa teoria está intimamente ligada ao que ficou conhecido como *naturalismo-causalista*, ambos os conceitos fundamentados no positivismo do século XIX. Von Lizts defendia a ideia de que “culpabilidade é a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou” (Von Lizts, 1927, p.375), destarte, de acordo com Bitencourt (2020), a culpabilidade é a relação subjetiva do autor com o fato, proveniente de sua mente. Todavia, não podemos pressupor que a teoria psicológica da culpabilidade, nos moldes susoditos, fosse cronologicamente a primeira a surgir, pois, na Roma Antiga já havia uma teoria com mais riqueza de ideias e detalhes que tratava da vontade, previsão e consciência da ilicitude, o que fazia a distinção entre o *dolusmalus* e o *dolusbonus*.

2.1.2 Teoria Psicológica – Normativa

Criada por Reinhard Frank, a teoria psicológico – normativa faz com que a culpabilidade deixe de ser um fenômeno meramente natural, de cunho psicológico e passa a ter um novo elemento que, inicialmente, será chamado de normalidade das circunstâncias concomitantes, posteriormente de motivação normal, atualmente esse fenômeno é definido como exigibilidade de conduta diversa. Na cosmo visão dessa teoria, a imputabilidade deixa de ser um pressuposto da culpabilidade para atuar como seu elemento, ainda de acordo com Masson:

O conceito de culpabilidade assume um perfil complexo, constituído por elementos naturalísticos (vínculo psicológico, representado pelo dolo ou pela culpa) e normativos (normalidade das circunstâncias concomitantes ou motivação normal)(MASSON, 2020, p.629).

Bitencourt determina ainda que “Circunstâncias anormais afastariam a reprovabilidade da conduta” (Bitencourt, 2020, p.986). Analisando essa afirmação, pode-se pressupor, a título de exemplo, que o instituto da legítima defesa presente

em nosso código penal encaixa-se perfeitamente dentro de tal teoria, pois a doutrina ainda afirma que

Frank foi reelaborando nas sucessivas publicações de seus comentários ao Código Penal alemão; de “circunstâncias acompanhantes normais” passa para “motivação normal” e, por último, somente à consideração das “causas de exclusão da culpabilidade” (BITENCOURT, 2020, p.986).

Freudenthal (1919), outro importante contribuinte dessa teoria, suscitava ainda a ideia de que a exigibilidade da conduta era o elemento que separava a culpabilidade da inculpabilidade, pois para ele a culpabilidade era a desaprovação do comportamento do autor quando havia possibilidade de comportar-se de outra forma. Dias ainda era mais provocativo ao questionar

Mas o que é censurável? Um acto no seu puro conteúdo externo-objectivo ou também na sua qualidade de desvalor jurídico? Uma certa conformação da vontade do seu autor? A perigosidade dele? Uma certa condução ou decisão da sua vida, uma defeituosa preparação ou formação de sua personalidade? Um certo carácter ou uma certa personalidade que no facto se exprimiu? E depois: o que é censurabilidade? O actuar-se contra o dever no pressuposto do poder de agir de outra maneira? Ou simplesmente um certo sentido objectivo do desvalor jurídico? Eis só algumas das perguntas que de forma mais próxima condicionam a relevância ou irrelevância da consciência da ilicitude como problema de culpa e às quais se não pode responder com o simples apelo a uma concepção da culpa como pura normatividade ou censurabilidade” (DIAS, 1987, p.143).

Portanto, seriam componentes da culpabilidade a imputabilidade, uma determinada relação dos autos com o fato (dolo ou culpa) e a ausência de causas especiais de exclusão da culpabilidade.

2.1.3 Teoria Normativa Pura:

Proveniente do finalismo de Welzel (1930), tornando-os inseparáveis. O que faz obrigatório a adoção do sistema finalista para o uso da teoria normativa pura.

Nessa teoria não se admite o dolo e culpa como espécies ou elementos da culpabilidade e sim como integrantes da ação de injusto

Asúa (1999) define a culpabilidade do finalismo da seguinte forma “a reprovação do processo volitivo: nas ações dolosas, a reprovabilidade da decisão de cometer o

fato; na produção não dolosa de resultados, a reprovação por não tê-los evitado mediante uma atividade regulada de modo finalista”.

Nessa teoria temos ainda a visão de que a conduta é reprovável ao levar em conta que o agente, ao ter determinada ação que fere os princípios tutelados pelo direito, poderia ter agido de modo diferente.

Sobre esse entendimento, Masson (2020) explica que “O dolo passa a ser natural, isto é, sem a consciência da ilicitude. Com efeito, o dolo é levado para a conduta, deixando a consciência da ilicitude na culpabilidade. Aquele vai para o fato típico, esta permanece no local em que estava”.

Para entender a teoria normativa é indeclinável alegar os conceitos de antijuricidade e culpabilidade dentro da visão normativa pura de acordo com a doutrina.

Para Bitencourt (2020), a antijuricidade é a relação entre a ação e ordenamento jurídico e a desconformidade entre ambos, ou, a realização da vontade não corresponder de forma objetiva com o que o ordenamento jurídico determina.

Todavia, ao tratar de culpabilidade, o autor determina “A culpabilidade, por sua vez, não se esgota nessa relação de desconformidade entre ação e ordem jurídica” (Bitencourt, 2020, p.1003), pois se espera do agente uma motivação e uma ação consoante à norma legal.

É nisso que se resume a culpabilidade, no “poder em lugar de”, por conseguinte, “poder agir de outro modo”.

É especificamente frente ao instituto do livre-arbítrio que encontra-se o fundamento da reprovação pessoal que depõe contra o agente que realizou determinada ação que se opõe ao Direito.

2.2 Teorias da Imputabilidade

O direito penal adota a teoria tripartida para que determinada ação seja considerada crime, sendo assim, o fato deve ser típico, ilícito e culpável. Para que uma conduta seja determinada culpável o agente deve ser imputável e na ausência desse requisito exclui-se a culpa e também a pena. Dito isso, analisaremos o que a lei e doutrina dizem a respeito do instituto presente no artigo 26 do CP e dessa forma buscar uma análise mais detalhada se a judicatura de fato adota os princípios necessários ao julgar o réu que apresente características de psicopatia.

Para a doutrina “Só é inimputável o sujeito que, em consequência de anomalia mental, não possui capacidade de compreender o caráter criminoso do fato ou de

determinar-se de acordo com essa compreensão” (Jesus, p.525,2020). Levando em conta que anteriormente foi demonstrado que as deficiências em regiões do cérebro podem sim causar a ausência de empatia ou de autocontrole sobre seus atos, o fator biológico manifesto em reflexos no psicológico do agente (demonstrado nos artigos 26, *caput*, e 28, § 1º) faz-se presente. A respeito desses dois aspectos, Bitencourt determina que

Devem reunir-se, portanto, no caso de *anormalidade psíquica*, dois aspectos indispensáveis: um *aspecto biológico*, que é o da doença em si, da anormalidade propriamente, e um *aspecto psicológico*, que é o referente à capacidade de entender ou de *autodeterminar-se* de acordo com esse entendimento. (BITENCOURT, 2020, p.1054).

Todavia, não há a adoção da inimizabilidade em casos assim, pois, seguindo o entendimento da doutrina, se o autor tiver capacidade intelectual de autodeterminação, esse deve ser considerado imputável (JESUS, 2020).

Muñoz Conde (1988), ao tratar sobre o instituto da inimizabilidade preconiza que “quem carece desta capacidade, por não ter maturidade suficiente, ou por sofrer de graves alterações psíquicas, não pode ser declarado culpado e, por conseguinte, não pode ser responsável penalmente pelos seus atos, por mais que sejam típicos e antijurídicos” (MUÑOZ CONDE, 1988, p.137), contudo, a doutrina deixa claro que a inimizabilidade e responsabilidade são institutos distintos, logo, ambos não devem ser julgados como uno ao avaliar um caso de psicopatia. A respeito dessa diferença, a doutrina traz o seguinte entendimento

Fala-se comumente em *imizabilidade diminuída*. A expressão é incorreta, pois o agente é *imputável*. Há diminuição da *responsabilidade* (a pena é diminuída) e não da *imizabilidade*. Assim, podemos falar em *responsabilidade diminuída* e não em imizabilidade diminuída (JESUS, 2020, p.527)

Fala-se ainda em três requisitos para que de fato haja diminuição da responsabilidade que são:

- Requisito causal – perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado;
- Requisito cronológico – ao tempo da ação ou da omissão;
- Requisito consequencial – falta de plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Dados esses fatores, fica claro que devido a sua anormalidade psíquica, o agente não tem o entendimento pleno do caráter ilícito do fato, portanto, é válida a diminuição de pena prevista no CP.

A capacidade psicológica do agente é manifesta por meio de seu entendimento e de sua vontade. Portanto, considera-se imputável todo aquele que no momento da conduta, possuía a capacidade de entender a ilicitude do fato e a capacidade de determina-se dentro desse entendimento. Sendo assim, a doutrina preconiza dois requisitos obrigatórios para a imputabilidade: intelectual e volitivo. O requisito intelectual trata sobre a capacidade de entendimento do caráter ilícito do fato, enquanto o requisito volitivo versa a respeito da capacidade de dirigir o comportamento de acordo com o entendimento de que ele (comportamento) é reprovável socialmente, como determina Capez ao afirmar que

O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além desta capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputáveis não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento. (CAPEZ, 2014, p.326)

Há ainda um terceiro requisito discutido por Capez (2014), pautado no art. 26, *caput*, o desenvolvimento retardado

É incompatível com o estágio de vida em que se encontra a pessoa, estando, portanto, abaixo do desenvolvimento normal para aquela idade cronológica. Ao contrário do desenvolvimento incompleto no qual não há maturidade psíquica em razão da ainda precoce fase de vida do agente ou a falta de conhecimento empírico, no desenvolvimento mental retardado a capacidade não corresponde as expectativas para aquele momento da vida, que significa que pela potencialidade jamais será atingida (CAPEZ, 2014, p.335)

Há ainda outra forma de se analisar o indivíduo que comete o crime: o sistema psicológico. Nesse método de avaliação, nota-se claramente que não há uma preocupação se a constituição fisiológica cerebral do sujeito ativo – o que causaria a deficiência que pode contribuir para a ação criminosa – mas apenas a preocupação se de fato ao agente tinha consciência do potencial de ilicitude ao realizar o fato, mantendo atenção apenas no momento do crime.

Nesse sistema, toda a atenção estaria voltada única e exclusivamente para o momento do delito, ou seja, se o agente comete o crime sob forte emoção, segundo o que determina o sistema psicológico, ele seria inimputável. Por essa razão, o ordenamento jurídico penal não aceita tal método de análise, pois a forte emoção – citada anteriormente – não é aceita como causa de excludente de ilicitude.

Na falta de um dos requisitos, surge a inimputabilidade, pois há casos em que o sujeito está ciente do caráter ilícito do fato, todavia, não possui condições de vontade capazes de fazer com que deixe de praticá-lo – ou seja, não é necessária a combinação de ambas as condições para que se declare a inimputabilidade do agente, dado que o momento volitivo por vezes coloca-se em supremacia nos atos frente ao momento intelectual, fazendo com que o agente adote determinada conduta.

No caso dos agentes que se enquadrem no art. 26 do CP, onde por doença, desenvolvimento incompleto ou retardado, o indivíduo não tenha plena compreensão do caráter ilícito do fato, haverá aplicação de medida de segurança, conforme orientado nos artigos 373 a 380 do Código de Processo Penal (CPP). Dessas medidas, podemos citar como exemplo a internação do agente inimputável em hospital psiquiátrico ou tratamento ambulatorial no mesmo sentido.

Casoy (2014) determina que as diferenças entre o psicopata e o doente mental ficam evidentes nos crimes por eles cometidos. Os crimes cometidos por um psicopata são planejados, existe toda uma arquitetura até o momento da consumação do fato. Esse desenho de como se dará o fato faz com que o crime acabe sendo mais doloroso e cruel, levando em conta todo o planejamento homicida que vai desde a escolha do perfil da vítima até a consumação do ato, tomando todas as precauções para que rastros e vestígios sejam mitigados.

3 INSANIEDADE MENTAL

Nucci (2011) afirma que deverá ser realizado o exame mental sempre que houver alguma dúvida quanto a integridade da saúde mental do sujeito ativo do fato. Sendo assim, inicia-se um procedimento de incidente com o objetivo de apurar a imputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado tendo como base sua capacidade de entendimento a respeito da ação ilícita ou de determinação com tal compreensão à época do crime. Esse exame está previsto no art. 149 do CPP que determina:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

Para que tal exame seja solicitado, na intenção de verificar a sanidade mental do acusado, devem haver motivos e provas contundentes nos autos que corroborem a necessidade de se provar a hipótese de que o agente não estava em pleno uso de suas faculdades mentais no momento do crime, todavia, se verificado que não existem argumentos ou provas que suscitem dúvidas a respeito da plena consciência do agente, essa solicitação pode ser negada.

A respeito dessa possibilidade presente no CPP, Nucci determina que “somente a dúvida razoável sobre integridade mental do acusado da margem a realização do incidente” (Nucci 2011, p.348). Essa afirmativa deixa claro que situações como reincidência, ausência de motivação para a prática do fato ilícito, reincidência ou testemunhas alegando a inimputabilidade do agente não são suficientes para que seja solicitada a perícia.

Já Trindade (2010) acaba contradizendo essa ótica ao determinar que enquanto houver dúvidas a respeito da sanidade mental do sujeito ativo, deve ser realizada sim a perícia.

É válido frisar que a solicitação desse tipo de perícia pode ser realizada a qualquer tempo no processo. Tal procedimento se mostra extremamente importante ao levar em conta que, caso de fato seja provada a insanidade mental do acusado no momento do crime, esse será considerado inimputável através do instituto da sentença absolutória imprópria e a este será imposto medida de segurança.

Contudo, caso fique claro que o agente tinha plena consciência do caráter ilícito do fato que praticava, responderá normalmente pelo crime praticado. Se ainda houver a hipótese de que, por condições pessoais, o agente não podia entender a ilicitude da conduta, aplica-se a redução de pena em 2/3 ou sofrer aplicação de medida de segurança, se assim o magistrado achar correto.

4 CASOS CONCRETOS DE PSICOPATAS NO BRASIL

Durante as pesquisas para a confecção do presente trabalho, tivemos como fonte importante de consulta o trabalho de Ilana Casoy para esclarecer alguns aspectos da mente de um psicopata. Estes são – via de regra – frios e sem compaixão

pelo próximo; incapazes de sentirem culpa pelos atos nefastos que praticaram com tamanha crueldade e vilania. Traremos agora alguns casos concretos de psicopatas que à época de seus crimes causaram grande comoção da população e clamor por justiça.

4.1 Caso Chico Picadinho

A alcunha acima pertence a Francisco Costa Rocha, nascido em 1942, fruto de um adultério. Aos 4 anos foi levado para uma fazenda de um dos empregados de seu pai e desde a tenra idade era mal visto pelos demais, tendo ganhado fama de “endiabrado” pois maltratava e matava os animais por mera diversão. Anos depois, quando sua mãe resolveu buscá-lo, Francisco mal se lembrava dela. Com o passar do tempo ele desenvolveu alguns problemas de saúde como asma, sangramento nasal recorrente e constates ataques de pânico.

Em 1966 conheceu Margareth Suida, que viria se tornar sua primeira vítima após uma longa noite de lubricidade. Francisco usou uma lâmina de barbear para retirar os mamilos de Margareth, além de remover sua genitália – processo denominado desfeminização – de acordo com Casoy (2014), o corpo parecia que havia passado por uma verdadeira dissecação. Francisco ainda tentou descartar as vísceras de sua vítima pelo vaso sanitário, porém não logrou êxito, decidindo então usar um balde para tal tarefa.

Pela desorganização na execução do crime, concluiu-se que este não fora premeditado.

Francisco foi preso no dia 05 de agosto de 1966 no Hotel Regente, localizado no Rio de Janeiro. Foi julgado e sentenciado a 18 anos de reclusão por homicídio qualificado, mais dois anos e seis meses de sentença por destruição de cadáver, contudo, teve sua pena comutada para 14 anos, quatro meses e 24 dias.

Na década de 70, Chico foi libertado por comportamento exemplar. Contudo, pouco tempo depois de ser solto, ele fez sua segunda vítima.

O crime cometido contra Ângela (2ª vítima) teve parte do *modus operandi* do primeiro, sendo cometido após ter relações sexuais com a ela. Chico estrangulou e retalhou a vítima, distribuindo os pedaços em sacos plásticos, uma mala e uma sacola para posteriormente descartá-los no rio Tietê, crendo que jamais seria descoberto – ledô engano.

Após encontrarem o segundo corpo, Chico foi condenado a 22 anos e seis meses de prisão por 4 votos a 3 no tribunal do júri. Em 1994 o Centro de Observação

Criminológica classificou Chico Picadinho como psicologicamente instável³², tentando progredir o regime de pena para o semiaberto.

Em 1996 Chico Picadinho terminou o pagamento de sua sentença e deveria voltar a viver em liberdade. Todavia, a promotoria de Taubaté entrou com uma ação de interdição por conta do quadro mental do algoz. Ele foi transferido para a casa de custódia em Taubaté. A permanência de Chico na casa de custódia não se trata de *bis in idem* pois o que o impede de retornar ao convívio com a sociedade é uma ação no âmbito cível e não penal.

4. 2 Caso Maníaco do Parque

Francisco de Assis Pereira (vulgo Maníaco do Parque) nasceu no interior de São Paulo, na região de São José do Rio Preto, em 1968. Durante a infância foi abusado sexualmente por uma tia e quando adulto sofreu abuso de seu chefe que era homossexual.

Os crimes que cometeu foram sempre no mesmo cenário, num cenário de mata atlântica, no Parque do Estado – eis o motivo do apelido – no ano de 1998. As vítimas eram sempre mulheres jovens que Francisco abordava – Casoy denomina essa etapa do crime como “Fase da pesca” (2014, p.21 – em locais públicos, alegando ser um “agente de modelos”. Ludibriava suas vítimas com promessas vãs, além de bajulá-las com elogios para conquistar sua confiança. Propunha que a mulher fizesse algumas fotos em meio a natureza – Casoy chama essa etapa do crime de “Fase galanteadora” (2014, p.21) Após convencer as vítimas a irem para a suposta sessão de fotos, Francisco as levava na garupa de sua moto para o Parque do Estado – conhecida como “Fase da captura” (Casoy 2014, p.21) – e quando ele percebia que ambos estavam sós e isolados, ele estuprava e assassinava suas vítimas por estrangulamento – Fase do assassinato ou totem (CASOY, 2014, p.21).

Em 4 de julho de 1998 Francisco foi encontrado. Ele foi acusado por 7 mortes e 9 estupros, além dos crimes de roubo e ocultação de cadáver. Passou por 3 julgamentos e em todos a que foi submetido ele confessou ter assassinado 11 mulheres – apesar da perícia ter encontrado apenas 9 corpos – ele alegou que cometeu os crimes por “inspiração maligna”. Sua sentença final foi de 271 anos de prisão, porém a lei brasileira permite que penas de prisão sejam de no máximo 30 anos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

³² Laudo emitido em 26AGO94, pela Dra. Dirce Marini, psiquiatra, Magaly Lazzetti Caliman, psicóloga, Ana Maria Manresa, assistente social e Mauro A. Cunha, estudo jurídico

Após longa perquirição, foi possível notar que nosso ordenamento jurídico ainda enfrenta dificuldades para lidar da forma correta com casos de psicopatia, tendo em vista que a identificação desse tipo de agressor ainda carece de mais profissionais especializados dentro do campo das ciências forenses. Tal problema deve ter prioridade na correção, pois o despreparo para lidar com a questão dos assassinos em série que cometem crimes por problema mentais pode onerar a sociedade de forma irreparável.

Há de se analisar também a possibilidade de uma reformulação da lei no que tange os homicídios, com intuito de possuir um *Ius puniedi* mais eficaz por parte do Estado, garantindo a segurança dos cidadãos. Os casos concretos expostos no presente trabalho mostram essa necessidade, pois pela descrição do *Modus Operandi* dos infratores, fica evidente que apenas o ordenamento jurídico vigente hodiernamente ainda não contempla, de forma cabal, a amplitude dos crimes cometidos por agentes que possuem distúrbios.

Nota-se também que transtornos de personalidade acabam não recebendo o cuidado necessário – seja por nossas leis, seja pela doutrina – o que causa problemas graves, seja pela aplicação de uma pena mais branda que colocará o criminoso em liberdade novamente, seja por uma pena mais severa a um agente que de fato possui sua *psiquê* corrompida por patologias mentais que o impedem de entender que seus atos são errados.

Urge a indispensabilidade de uma análise cautelosa de assassinos em série para a criação de prognósticos que determinarão o índice de probabilidade de reincidência – levando em conta o número de vítimas fatais até a data da captura e julgamento do réu – que será avaliado para decidir se de fato aquele agente terá condições de ser reintegrado ao convívio em sociedade. Em casos negativos, o Estado deve criar medidas para que a dignidade da pessoa humana seja respeitada, para casos onde fique comprovado que a ação foi causada por algum distúrbio. Apenas abandonar o detento num hospital psiquiátrico ou casa de custódia sem a devida assistência mostra que infelizmente nossa justiça se importa apenas em punir, deixando as consequências de tal punição ao acaso, lançando os condenados à própria sorte. Tal ação está extremamente distante da real função do sistema punitivo em sua essência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT. Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Editor, 1988.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CASOY, Ilana. **Arquivos Serial Killers – Made in Brazil**. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2014.

CASTRO, Cláudia Isabel Bulha Almeida Carvalho de. **Da Imputabilidade Penal dos Psicopatas**. Tese (Mestrado Forense) Escola de Lisboa da Faculdade de Direito – Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2014

DIAS, Jorge de Figueiredo.; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

FIORELLI, JoséOsmir.; MANGINI, Rosana CathyaRagazzoni. **Psicologia jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009.

FOSTER, Hilliard G., HILLBRAND, Marc& Silverstein, Michael. **Neuropsychological deficit and aggressive behavior: A prospective study. Neuro-Psychopharmacologic & BiologicalPsychiatric**, 17, 939-946. 1993

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HUSS, Matthew. T., **Psicologia Forense: pesquisa, prática e aplicações**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MARTELL, A. D., Estimating the prevalence of organic brain dysfunction in maximum-security forensic psychiatric patients. **Journal of Forensic Sciences**, v.37, n.3, p. 878-893, 1992.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1 /13. ed.** – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MIRA Y LÓPEZ, Emílio. **Manual de psicologia jurídica**.2.ed. Campinas: LZN, 2005.

NUCCI, Guilherme. de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**.10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAINE, A. SANMARTÍN, J. **Violência y Psicopatía**. Ariel. 2 ed. Barcelona. 2002

TRINDADE, Jorge.**Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. rev. atual, e ampi. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE DIREITO PRIVADO

DARA FREITAS DA SILVA: Graduada do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de analisar a responsabilidade civil nas relações contratuais. Não há dúvida de que uma das relações jurídicas mais complicadas da sociedade moderna é a relação subordinada de trabalho. Responsabilidade contratual é a responsabilidade decorrente do não cumprimento de negócios jurídicos bilaterais ou unilaterais, ou seja, violações contratuais causadas pelo não cumprimento de obrigações contratuais, falta de cumprimento de obrigações ou atraso no cumprimento de quaisquer obrigações. A metodologia utilizada foi a de revisão bibliográfica, analisando autores modernos e contemporâneos.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil; Relações Contratuais; Direito Privado.

ABSTRACT: This paper aims to analyze civil liability in contractual relations. There is no doubt that one of the most complicated legal relationships in modern society is the subordinate labor relationship. Contractual liability is the liability arising from failure to comply with bilateral or unilateral legal transactions, that is, contractual breaches caused by non-compliance with contractual obligations, failure to comply with obligations or delay in fulfilling any obligations. The methodology used was that of bibliographic review, analyzing modern and contemporary authors.

Keywords: Civil Liability; Contractual Relations; Private right.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS ENTRE CONSUMIDOR E FORNECEDOR. 2.1 Conceitos de Consumidor. 2.2 Conceitos de produtos e serviços. 2.3 Princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. 2.3.1 Princípio da isonomia ou da vulnerabilidade do consumidor. 2.3.2 Princípio da Hipossuficiência. 2.3.3 Princípio da informação/transparência. 2.3.4 Princípio da confiança. 2.3.5 Princípio da boa-fé objetiva. 2.3.6 Princípio da equidade ou princípio do equilíbrio contratual absoluto. 3. RELAÇÃO DE CONSUMO. 3.1 Sujeitos da Relação de Consumo. 3.1.2 Consumidor por equiparação. 3.1.3 Fornecedor. 4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade contratual baseia-se no dever de resultado, o que acarretará a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação

nascida da convenção prejudicial à outra parte; e só excepcionalmente se permite que um dos contraentes assuma, em cláusula expressa, o encargo da força maior ou caso fortuito.

Portanto, a responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação anterior; e para que aquela exista é imprescindível que esta preexista, como, p. ex.: o comodatário que por sua culpa permite o perecimento e por isso deixa de entregar o objeto emprestado; o segurador que dolosamente se furta de pagar a indenização devida ao segurado; o escritor que por mera negligência se omite de entregar ao editor, no prazo fixado por contrato, a obra prometida e já anunciada.

O tema abordado mostra relevância atual, uma vez que nas negociações privadas, na maior parte das vezes pode se tornar onerosa para uma das partes, e muitas das vezes existe uma parte que é hipossuficiente, e para que a mesma não saia prejudicada, é preciso aplicar a responsabilidade civil, portanto, é necessário entender a origem da responsabilidade civil.

Sendo será dividido em 3 grandes tópicos, o primeiro abordaremos os elementos constitutivos entre consumidor e fornecedor, o segundo as relações de consumo, e por fim da responsabilidade civil nas relações contratuais.

2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS ENTRE CONSUMIDOR E FORNECEDOR

Analisaremos de forma mais aprofundada e detalhada, enfocando os elementos constitutivos das relações jurídicas de consumo relacionados ao Direito de Defesa do Consumidor. O Direito do Consumidor é o instrumento amplo e complexo que se tornará objeto de implementação de legislação de consumo. Sendo assim, para definir as relações de consumo legítimas, é necessário introduzir conceitos como consumidores, fornecedores, produtos e serviços, pois são essenciais para identificar facilmente as relações de consumo e implementar as regras estabelecidas. Na Lei de Proteção ao Consumidor.

2.1 Conceitos de Consumidor

Consumidores são todas as pessoas físicas ou jurídicas que empregam bens adquiridos ou emprestados para consumo final e prestam serviços para o seu beneficiamento ou para o beneficiamento de terceiros. Diante dessas considerações, o consumidor se apresenta como um dos participantes da relação de consumo, ou seja, uma excelente relação jurídica, porque envolve basicamente duas partes claramente definidas: de um lado, o consumidor como comprador de um produto ou serviço; por um lado, são fornecedores do mesmo produto ou serviço. Esse relacionamento é projetado para atender às necessidades particulares dos consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe o conceito de consumidor com a finalidade de esclarecer e dar uma maior abrangência do termo, no entanto, eventualmente, podem surgir problemas de interpretação, havendo uma necessidade de esclarecimentos.

O Artigo 2º, parágrafo único, do CDC prevê expressamente o conceito de consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se o consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Sendo assim, o legislador brasileiro protegeu, ainda, a coletividade de pessoas que possam estar sujeitas às ações dos fornecedores, direta ou indiretamente; protegeu a universalidade de consumidores que por algum motivo estejam ligados a um determinado produto ou serviço. Um exemplo claro disso é a proteção oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor no que se refere às propagandas, pois em razão da própria natureza desse instrumento dos fornecedores, não se pode determinar quantas e quais pessoas serão atingidas por ela.

Observa que o legislador propôs ainda, um conceito mais objetivo de consumidor, pensando somente na proteção daquele que não utiliza produtos e serviços com fins lucrativos. Assim, é necessário deciframos detalhadamente o artigo supramencionado, a começar pela expressão “destinatário final”.

Este termo “destinatário final” nos causa um problema, visto que não aborda apenas sobre adquirir produtos ou serviços, mas como utiliza-los.

Nesse sentido, destaca Claudia Lima Marques que:

(...) destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos de preço, como insumo da sua produção. (MARQUES, 2010, p.106).

Em conformidade com o parágrafo único do artigo 2º do CDC, para proporcionar uma maior amplitude no campo de aplicação das normas consumeristas, acrescentou o termo “consumidor equiparado”, além dos consumidores stricto sensu. Na forma que, o mesmo que as pessoas assim consideradas fossem atingidas e prejudicadas pelos produtos e serviços dos fornecedores no mercado de consumo, estas ocupavam uma posição de vulnerabilidade, logo seriam amparadas pelas normas do CDC.

Evoluindo sobre o tema, nos textos do STJ flexibilizou com entendimento anterior, o destinatário final dos bens pode ser considerado para os seus próprios interesses, independentemente das atividades profissionais diretas.

A ministra do STJ Nancy Andrighi ressalta que “a aplicação do CDC oferece um mecanismo para que o consumidor mantenha equilíbrio e transparência nas relações com o consumidor, principalmente considerando sua vulnerabilidade aos fornecedores.” Na determinação do CDC, é a relação que ocorre na cadeia produtiva. Esse aspecto (vulnerabilidade ou deficiência) deve ser considerado no estabelecimento do escopo do conceito de consumidor.

2.2 Conceitos de produtos e serviços

Objetivamente, o CDC dividiu os objetos das relações de consumo em duas categorias: serviços, que abrangem as atividades remuneradas prestadas no mercado de consumo, e produtos correspondentes a outras mercadorias em circulação. Em conformidade com o art. 3º, §1º do CDC, “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” O legislador preferiu adotar a expressão produto a bens, a qual já era comumente utilizada pelo Direito Civil.

Segundo o autor Nascimento:

Ao conceito de produto, interessa saber que é um bem com determinado conteúdo finalístico. É um bem porque, no sentido genérico, tem aptidão para satisfazer necessidades humanas e, mais do que isto, tem valor econômico e pode ser objeto de uma relação jurídica entre pessoas (NASCIMENTO, 1991, p. 23):

Dessa forma, qualquer bem de apropriação que tenha valor econômico, destinado a satisfazer uma necessidade do consumidor, é considerado produto nos termos do CDC.

O art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor conceitua serviço como sendo: “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária,

salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (ROSA; BIZELLI; FÉLIX, p.155-188, 2017).

A expressão “utilizado para compensação” deve ser totalmente compreendida, pois pode ser feita direta ou indiretamente pelos consumidores. Normalmente, os produtos ou serviços são fornecidos aos consumidores gratuitamente, mas seus custos inerentes são incluídos em outros pagamentos. É o que acontece no estacionamento “gratuito” do supermercado, e também são disponibilizados rádios automotivos com instalação “gratuita”. Essas duas situações são características de recompensas indiretas e estão incluídas na conexão de consumo (LEITE, 2014, online)

Porém, mesmo com essa enorme amplitude dada pelo CDC ao significado de consumidor, os bancos passaram a defender a ideia de que o referido diploma não se aplicava a eles. Segundo as instituições financeiras, além de prejudicar o Sistema Financeiro Nacional, o CDC era inconstitucional, já que, segundo tal grupo, a competência para tratar dessa matéria era de lei complementar, e o CDC foi aprovado como lei ordinária (ROSA; BIZELLI; FÉLIX, p.155-188, 2017).

2.3 Princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor

O Código de defesa do consumidor, assim como as demais áreas do direito, possui princípios caracterizam a sua aplicação e interpretação, servindo como pilar para aplicação da lei dos casos concretos.

São esses princípios que dão sentido para norma da lei, não são simplesmente taxativos, mas exemplificativos esgotando a expressamente a menção da lei, princípios que consagram o Direito do Consumidor.

2.3.1 Princípio da isonomia ou da vulnerabilidade do consumidor

A fragilidade econômica pode ser entendida como uma comparação entre um fornecedor com forte poder econômico e um consumidor comprometido. Porém, vulnerabilidade tecnológica refere-se à falta de conhecimento, tecnologia e subsídios específicos de produtos / serviços, relacionados às suas características e até mesmo utilidade. Além disso, as vulnerabilidades jurídicas / científicas refletem dificuldades em compreender as dificuldades jurídicas, econômicas e contábeis dos consumidores (VIZEU, 2019, online).

2.3.2 Princípio da Hipossuficiência

Inicialmente, os princípios de vulnerabilidade e a pessoa Hipossuficiente não devem ser confundidos, mas é sabido que os consumidores são vulneráveis, mas nem sempre insuficientes.

Segundo Vizeu (2019, online) com as funções da hipossuficiência podem cobrir não apenas os consumidores que não têm situação financeira e são pobres, mas também os consumidores que não têm conhecimento, o que produz uma enorme desigualdade não só em tecnologia, mas também em consumo.

Deste modo, a hipossuficiência no caso da justiça / assistência jurídica gratuita possui dois aspectos. Segundo o Artigo 4º da Lei nº 1.060/50, e a impossibilidade de o consumidor comprovar o teor das denúncias, em especial a inversão da carga envolvida no Artigo VI, Inciso VIII do CDC, essas explicações não precisam ser pertinentes (VIZEU, 2019, online).

2.3.3 Princípio da informação/transparência

Segundo com Vizeu (2019, online) “é pautado na confiança, que os produtos/serviços precisam ser precisos e sem duplas interpretações, o consumidor tem o dever de receber a informação adequada, eficiente e precisa sobre o produto ou serviço, inclusive de suas especificações de forma correta e dos riscos que podem apresentar”

Por exemplo, no caso da garantia, é necessário haver transparência em todas as etapas da relação de consumo, ou seja, na publicidade e na publicidade, na execução do contrato e mesmo após a celebração do contrato.

Além disso, os termos contratuais que questionam os termos de uso são sempre interpretados como benéficos para os consumidores, e a inércia do consumidor não inclui a aceitação, o que torna os termos inválidos, nos moldes do artigo art. 51, IV, do CDC.

Portanto, o fornecedor é obrigado a fornecer informações sobre o produto / serviço que incluam os direitos do consumidor nos termos do artigo 20 do CDC, e ainda a cumprir a oferta, e arcar com a pena pelo descumprimento da informação “enganosa”, nos moldes do artigo 35 do CDC.

2.3.4 Princípio da confiança

No que tange ao princípio da confiança está diretamente relacionado ao princípio da informação, portanto, o consumidor espera atender às suas expectativas de produtos / serviços com base nas informações que lhe são fornecidas.

Segundo Vizeu (2019, online) “um dos principais efeitos do princípio da confiança trazido pelo art. 30 do CDC é a vinculação do fornecedor à oferta, criando-se uma obrigação pré-contratual objetivando-se impedir que se frustrem as expectativas dos consumidores em tais contratações”.

É o princípio da confiança, instituído pelo CDC, para garantir ao consumidor a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços, para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídico-fornecedora, para regular também alguns aspectos da inexecução contratual do próprio consumidor [...] (MARQUES, 2002, p. 981/982, grifo do autor).

Por meio dessa análise, levando em consideração os princípios de confiança inerentes a todas as legislações, os fornecedores devem buscar conquistar a confiança dos consumidores observando o bom comportamento, a cooperação, o equilíbrio contratual, respeitando a legislação do consumidor e as normas de cada consumidor. Agentes jurídicos e econômicos.

2.3.5 Princípio da boa-fé objetiva

Para haver a confiança recíproca entre os contratantes, necessário também se faz a presença da boa-fé objetiva.

De acordo com Souza (2005, online) O CDC se propõe a revitalizar um princípio jurídico geral, o princípio da objetividade e honestidade, que incorpora o valor ético dos contratantes que operam de maneiras diferentes em todos os momentos do contrato, desde a negociação, e a autenticidade e correção dos contratantes até a execução.

Este princípio está estipulado no artigo 4, inc. III do CDC, acrescentando que ambas as partes devem agir com respeito, sinceridade e honestidade, e não prejudicar uma à outra.

Pode-se analisar que o princípio da boa-fé é "como conceito nuclear, fundamental ou essencial, relacionado diretamente com valores éticos". Couto e Silva afirma que,

A honestidade tem muitos significados na lei. Às vezes, refere-se a um estado subjetivo que resulta do conhecimento de certas situações, e às vezes envolve a obtenção de certos direitos (como perceber os frutos). Seria tedioso esclarecer diferentes maneiras de aplicar o princípio em diferentes áreas do direito. No que diz respeito às obrigações, para além das obrigações claramente estipuladas no contrato, também se manifesta na determinação da meta máxima de aumento de responsabilidades. Tem como alvo todos os participantes do título e pode até criar obrigações

para os credores, que são tradicionalmente considerados apenas como titulares de direitos (COUTO E SILVA, 2006, p. 186).

Para Vizeu (2019) dizemos que “a honestidade é objetiva, porque se refere a um código de conduta, e as partes são obrigadas a agir de acordo com as normas da lei e com base na honestidade”. Seu objetivo não é analisar os aspectos subjetivos do indivíduo, como consciência e crença, mas o aspecto objetivo, ou seja, o respeito ao código de conduta para manter o equilíbrio nas relações de consumo.

Sendo assim, no que tange ao princípio da boa-fé visa estabelecer relações de consumo corretas e honestas e coordenar os interesses de ambas as partes.

A boa-fé está aqui como um princípio orientador para a interpretação, não como uma cláusula geral definida pelo código de conduta. Exprime um requisito básico, é o fundamento de uma sociedade organizada e tem como função sistematizar outras normas vigentes e orientar a sua aplicação. (PALUDO, 2005, p.7). É a referência para a interpretação e implementação do “Código”, porque se não for pela ênfase contínua na sua importância, não há idealização de uma sociedade organizada com base na intenção maliciosa, sendo até certo ponto dispensável.

2.3.6 Princípio da equidade ou princípio do equilíbrio contratual absoluto

Segundo o art. 51, IV, caracteriza como sendo abusiva a cláusula incompatível com a boa-fé ou a equidade.

[...] Institui o CDC normas imperativas, as quais proíbem a utilização de qualquer cláusula abusiva, definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade [...] (MARQUES, 2002, p. 741).

Não confunda com honestidade e tenha atuação independente, pois a justiça pode ser imposta a uma das partes, mesmo que seja honestidade, o comportamento leal é adequado à realidade do contrato e é a perda de direitos. Em outras palavras, um julgamento justo vai além da boa-fé, reduz valor (excluindo tarifas) e reduz obrigações, para que o compromisso de justiça do juiz com a sentença seja cumprido.

3. RELAÇÃO DE CONSUMO

Inicialmente, para analisarmos a questão do dano moral nas relações de consumo, devem-se entender quais são os elementos que configuram uma relação jurídica de consumo, identificando quem é consumidor e quem é fornecedor, o que é produto e serviço, e quais os princípios que norteiam essas relações consumeristas.

Para o doutrinador Luis Antonio Rizzato Nunes, preleciona que:

[...] haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços (NUNES, 2012, p. 120).

Portanto, como bem explicado pelo doutrinador, a relação jurídica de consumo é caracterizada quando ocorre uma relação entre consumidor e fornecedor, o qual se torna fundamental para o direito consumerista, pois, é onde este fornece um produto ou presta um serviço especializado, para suprir a necessidade do consumidor, visto como parte vulnerável desta relação, tendo em vista, que este não possui o produto ou não dispõe de conhecimentos técnicos para realizar tal serviço buscado por ele no mercado.

É importante ressaltar, que só haverá incidência do Código Consumerista, quando existir a figura do fornecedor (empresário ou profissional), caracterizando uma relação em que os polos estão em pé de desigualdade, como bem assevera a doutrinadora Cláudia Lima Marques:

O campo de aplicação do CDC ou a relação de consumo (contratual ou extracontratual) é sempre entre um consumidor e um fornecedor, é um campo de aplicação relacional. Neste sentido, podemos afirmar que o próprio conceito de consumidor é um conceito relacional, conceito pensado constitucionalmente para uma relação entre diferentes, para a proteção dos diferentes. Isso porque um profissional dispõe de informações sobre o produto, sobre o serviço e sobre o contrato, é um expert, um profissional no assunto, é este seu "ganha-pão", sua vocação, sua fonte de rendas, sua especialidade; já o outro na relação (o alter, o parceiro em um contrato ou vítima de um acidente de consumo), o consumidor, tem naturalmente um déficit informacional, é um leigo, ele e todos aqueles que como ele formam a coletividade de consumidores afetados por aquela publicidade, produto transgênico, serviço financeiro complexo etc (BENJAMIN, 2012, p. 87).

Percebe-se, que o CDC estará sempre relacionado à figura do empresário que disponibiliza o produto no mercado consumerista, do profissional que coloca seus conhecimentos técnicos à disposição do consumidor, para que assim, ocorra uma relação entre desiguais, haja vista que o consumidor não detém tal produto ou conhecimento técnico, portanto, se houver uma relação jurídica entre dois iguais, não

se configura relação de consumo, e sim uma relação regida pelo código civil ou comercial.

Neste entendimento explica Cláudia Lima Marques.

[...] se dois civis, duas vizinhas amigas, contratam (compra e venda de uma joia antiga), nenhuma delas é consumidora, pois falta o fornecedor (o profissional, o empresário), são dois sujeitos "iguais", regulados exclusivamente pelo Código Civil. Sendo assim, à relação jurídica de compra e venda da joia da família aplica-se o Código Civil, a venda é fora do mercado de consumo. [...]. Já o ato de consumo é um ato misto, entre dois sujeitos diferentes, um civil e um empresário, cada um regulado por uma lei (Código Civil e Código Comercial), e a relação do meio e os direitos e deveres daí oriundos é que é regulada pelo CDC (BENJAMIN, 2012, p. 82).

Dessa forma compreende-se que o código de defesa do consumidor aplica-se somente a relação entre pessoa física, como destinatário final, ou seja, aquele que adquire o produto para consumo, no qual foi disponibilizado no comércio através da figura do empresário, sujeito que disponibiliza bens e/ou serviços.

3.1 Sujeitos da Relação de Consumo

O Código de Defesa do Consumidor, ao invés de deixar para a doutrina a função de conceituar os elementos da relação jurídica, entendeu por bem trazer consigo a definição, e o fez de forma acertada, pois, abarcou de forma ampla todo e qualquer sujeito que possa configurar uma relação jurídica de consumo.

No mais, é de notável percepção que os conceitos estão interligados, sendo dependentes um do outro, como explica Bruno Miragem (MIRAGEM apud BOLZAN, 2016, p.109), que "só existirá um consumidor se também existir um fornecedor, bem como um produto ou serviço".

Consumidor e fornecedor são sujeitos da relação de consumo, portanto, são elementos subjetivos da relação de consumo, assim como o produto e os serviços que são os objetos da relação, também são definidos como sendo os elementos objetivos pelos quais recaem os interesses dos fornecedores em aliená-los e dos consumidores em adquiri-los. Dessa forma, tem-se que são conceitos racionais e dependentes entre si.

A esse respeito de acordo com Sergio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO apud BOLZAN, 2016, p. 76). "Didaticamente, os elementos da relação de consumo podem ser classificados em: a) subjetivos: relacionados aos sujeitos dessa relação jurídica; b)

objetivos: relacionados ao objeto das prestações ali surgidas. No primeiro grupo, encontram-se os consumidores e os fornecedores; no segundo, os produtos e serviços”.

Assim compreende-se que as definições estão atreladas umas às outras não podendo ser consideradas isoladamente, sendo necessária a presença de ambas para ensejar a aplicação do Diploma consumerista, sendo relevantes os elementos subjetivos e objetivos para a definição da relação jurídica em comento.

3.1.1 Consumidor

Consumidor é aquele que adquire produtos e serviços para benefício próprio ou de outrem sem intenção de repassá-los com objetivo de lucro, é que chamamos de destinatário final. Esse entendimento pode atingir também as pessoas jurídicas, quando essas adquirem produtos ou serviços para consumo próprio, nesse caso podemos citar o material de escritório ou internet.

O Código de Defesa do Consumidor - CDC, em seu art. 2º, define consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, ou seja, o título “destinatário final” refere-se aquele que não pretende utilizar o produto e não comercializar. Para o Legislador o consumidor é considerado vulnerável frente à capacidade técnica do fornecedor.

Observa-se, que para o legislador, consumidor é aquele que adquire produto ou serviço como “destinatário final”, ou seja, aquele que retira do mercado, que usa para consumo e não para revenda ou insumo para a produção de outro produto e/ou serviço disponível no mercado consumerista. No entanto, o mesmo Código entende que existem outros tipos de consumidores, são os chamados “consumidores por equiparação”.

3.1.2 Consumidor por equiparação

De acordo com o artigo 17 do Código de Defesa do consumidor, o consumidor equiparado é todo aquele que não participou da relação de consumo, não adquiriu qualquer produto ou serviço, mas são tratados como se consumidores fossem, caso venham a sofrer alguma espécie de lesão decorrente da falta na prestação de serviços ou defeitos de algum produto, recebendo assim a proteção dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do consumidor. Assim vejamos:

Art. 17- Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

No artigo 2º parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor descreve que “equipara-se a consumidor a

coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Assim podemos destacar como exemplo: os passageiros de um ônibus, que sofrem um acidente, devido a um problema mecânico no veículo que bateu em um poste, deixando todo o bairro sem energia, nesse caso além dos danos causados aos passageiros, toda a coletividade foi vítima da falha na prestação de serviços. Vale ressaltar que se caso uma pessoa que não estava dentro do ônibus, viesse a sofrer alguma lesão ou prejuízo, está se encaixa no disposto do artigo 17 do CDC.

Na visão de Claudia Lima Marques:

“Pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma, a ocupar uma posição de vulnerabilidade. Mesmo não preenchendo as características de um consumidor *stricto sensu*, a posição preponderante (Machtposition) do fornecedor e a posição de vulnerabilidade dessas pessoas sensibilizaram o legislador e, agora, os aplicadores da Lei”. (MARQUES apud. BOLZAN, 2016, p. 131).

Assim entende-se que outras pessoas ou grupo de pessoas poderão enquadrar-se no perfil de vulnerabilidade e, conseqüentemente, valer-se da proteção insculpida no CDC, mesmo não se encaixando no conceito de consumidor em sentido estrito.

3.1.3 Fornecedor

É o fornecedor, quem desenvolve as atividades de produção montagem, criação, importação e exportação, bem como a distribuição e comercialização de produtos ou serviços ao destinatário final que é o consumidor, o conceito de fornecedor encontra-se descrito no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º caput, transcrevo in verbis:

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Percebe-se, que o conceito trazido pelo legislador não faz distinção entre pessoas físicas ou jurídicas, trata-se, portanto, de um conceito amplo, que alcança inclusive, entidades públicas e estrangeiras, busca atingir qualquer modelo sem excluir qualquer tipo de pessoa jurídica, nesse entendimento esclarece Rizzato Nunes que:

“Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.”

Para caracterizar o conceito de fornecedor é necessário que a prática ocorra de forma habitual ou reiterada na produção, fornecimento ou comercialização do produto ou na prestação do serviço em atividade tipicamente profissional excluindo as relações puramente civis, nos quais se aplicam o Código Civil e não o CDC

Neste entendimento, Cláudia Lima Marques, dispõe sobre esses critérios caracterizadores:

“Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Essas características vão excluir da aplicação das normas do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais, que são relações puramente civis às quais se aplica o CC/2002. A exclusão parece-me correta, pois o CDC, ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores”.

“Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3.º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta: menciona apenas o critério de desenvolver atividades de prestação de serviços.” (MARQUES, apud. BENJAMIN, 2012, p.107-108).

Portanto, o conceito de fornecedor é amplo, abrangendo pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas, nacional e estrangeira, e até mesmo os entes despersonalizados que forneçam, comercializem produtos ou prestem serviços profissionais ao consumidor, desde que esta prática seja feita de forma habitual ou reiterada, para que ocorra, assim, a caracterização de fornecedor.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Conforme exposto, a responsabilidade civil contratual é a priori, ou seja, a premissa do dano é que as partes tenham constituído um depósito judicial combinado por meio do contrato. Sua existência está confirmada no Código Civil de 2002, em seu artigo 389:

“Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

No mesmo diapasão, as já mencionadas, Gagliano e Pamplona Filho:

“De facto, para caracterizar a responsabilidade civil do contrato, é necessário aproximar a vítima e o agressor do dano e relacionados com a realização de um ou mais interesses, sendo a falta contratual uma violação do cumprimento, que é justamente o negócio jurídico. O objeto, e na culpa de Áquila, violou o inevitável dever negativo, isto é, o dever de não causar dano a ninguém (Gagliano e Pamplona,

Necessário faz-se, para fins elucidativos, conceituar o termo “contrato”, cerne da caracterização da responsabilidade civil aqui discutida. Nas palavras de Diniz:

“O contrato é o acordo de dois ou mais testamentos de acordo com a ordem jurídica, que visa estabelecer regras de interesse entre as partes, e tem como âmbito a obtenção, modificação ou eliminação de relações jurídicas de igual natureza” (DINIZ, 2015. p.24).

Tendo em vista o contrato encarregado de expressar a vontade entre as partes no ordenamento jurídico, faz-se necessário o descumprimento da obrigação estabelecida para a constituição da responsabilidade civil.

Para gerar responsabilidade civil, é necessário apresentar alguns pressupostos. O pressuposto que comprove que a obrigação alimentar decorrente da responsabilidade civil é ato ou omissão do agente, bem como de seu culpado, dano e causalidade.

Sobre o ato ou omissão do agente afirma Stoco (1997, p. 54) “o elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior”. Este tipo de comportamento ilegal visa proteger o bem protegido por lei, justamente porque causa dano, por isso está em conformidade com o ordenamento jurídico normativo. Não há responsabilidade por consequências prejudiciais.

No entanto, os danos aos bens legais serão confirmados no nível normativo culpado, e os danos dependem da existência de ações ou omissões que constituem a base para resultados prejudiciais no nível naturalístico de comportamento.

Sem certas ações humanas que violam a lei e a ordem, não há responsabilidade civil. Portanto, atos e omissões como crime constituem o primeiro momento da responsabilidade civil. Do mesmo modo, afirmou Rodrigues: "A indenização pode advir de atos ou omissões pessoais do agente, desde que o agente tenha violado a lei, contrato ou obrigação social no ato ou omissão, ou seja, no caso de abuso de poder" (RODRIGUES, 2016, p.4).

Dessa feita, podemos concluir que, o primeiro dos pressupostos para a responsabilização civil é através de conduta comissiva ou omissa que dá origem ao dano. Acerca da culpabilidade do agente comenta Diniz:

"A responsabilidade contratual assenta no sentimento de culpa e pode ser entendida em sentido lato, pelo que se pode considerar que o culpado pelo incumprimento de obrigações se deve ao seu incumprimento intencional. Não tem conhecimento de violação de contrato, nenhuma intenção de prejudicar intencionalmente os direitos de outrem, mas apenas negligência, imprudência ou omissão de procedimentos (negligência), que prejudica os credores. Uma vez que a culpa em sentido amplo é a intenção e a culpa em sentido estrito, é a principal base da responsabilidade contratual, portanto, só é possível assumir a responsabilidade de indenização quando a violação do contrato é causada pelo comportamento do devedor. Portanto, é necessário compreender o comportamento do devedor para verificar a intenção, negligência, imprudência ou imprudência do devedor e determinar com precisão a sua responsabilidade" (DINIZ, 2019, p. 246).

O segundo pressuposto é o dano em si. Consiste na lesão ao direito de terceiro, podendo ser patrimonial ou extrapatrimonial, através do inadimplemento contratual. Sobre dano explana Bittar:

"(...)o dano refere-se ao prejuízo reembolsável sofrido pela vítima, se for propriedade hereditária, será transformada em redução da propriedade hereditária de alguém devido ao comportamento do agente, mas pode atingir elementos de natureza monetária e moral. Danos à propriedade (incluindo direitos) de uma pessoa ou de terceiros que possam envolver propriedade, nos dois significados listados, são propriedade hereditária e moralidade - ambas - mas especialmente no último caso, deve ser baseada em padrões objetivos determinar (...)" (BITTAR, 2016, p. 64).

Pertinentemente contribui para a definição de “dano” Venosa (2016, p. 33) “(...) consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico”.

A conclusão tirada desta forma é que o dano se refere à redução total ou exacerbação de ativos legalmente protegidos ou dano fora do balanço. Por fim, o último elemento a ser analisado é a causalidade, que de forma simplificada inclui a conexão entre as ações ou omissões do agente, o que acaba levando a danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Portanto, pode-se concluir que a causalidade é um fator lógico que pode vincular o comportamento ilegal do agente ao dano econômico ou não econômico sentido pelo terceiro, para que este possa assumir a responsabilidade pela manutenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, vemos que a origem da responsabilidade civil contratual está relacionada ao descumprimento das disposições previamente acordadas entre as partes. Analisamos os pressupostos inerentes à responsabilidade civil geral e focalizamos a sua aplicação na forma de contratos.

Depois de discutir os elementos, conceitos e normas centrais do texto legal, vemos a hipótese que isenta o agente da responsabilidade civil, o que mostra que embora seja uma instituição de força ímpar, não o é sem dúvida.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRÉ; FILHO, José Luciano Freitas Henriques Acioli Lins. **A vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor na economia atual**, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45988/a-vulnerabilidade-e-a-hipossuficiencia-do-consumidor-na-economia-atual>. Acesso em: 10/03/2021.

BRASIL. lei nº 8.078, de 11 de setembro de 2009. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em:14/03/2021.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor esquematizado**. Coordenação de Pedro Lenza (Coleção esquematizado), 4ª ed.- Saraiva, 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor** – 4. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Cláudia Lima, MARQUES, Apud. BENJAMIN, 7ª ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2012.

BESSA, Leonardo Roscoe. **MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR - EDIÇÃO 201, VII. VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO.**

CASAGRANDE, Bruna Maria Ribeiro. **RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO – ACIDENTE DE CONSUMO.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-106/responsabilidade-pelo-fato-do-produto-e-do-servico-acidente-de-consumo/#_ftn17. Acesso em: 10/03/2021.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo.** São Paulo: Bushatsky, 1976.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIREITO DIARIO. **Diferenças entre vulnerabilidade e hipossuficiência,** 2015. Disponível em: <https://direitodiario.com.br/diferencas-entre-vulnerabilidade-e-hipossuficiencia-2/>. Acesso: 06/04/2021.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor.** 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

GUEDES, Daniella Maria Brito Azêdo. **A responsabilidade Civil pelo Mau-atendimento ao consumidor.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-110/a-responsabilidade-civil-pelo-mau-atendimento-ao-consumidor/>. Acesso em: 10/04/2021.

LEITE, Gisele. **Linhas preliminares sobre Direito do Consumidor.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-127/linhas-preliminares-sobre-direito-do-consumidor/>. Acesso em: 10/03/2021.

LEONARDO ROSCOE BESSA. **Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor.** Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 20 n. 120 Fev/Maio 2018 p. 20-43.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, Nehemias Domingos de. **EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE EM FACE DO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** DISPONIVEL EM: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-23/excludentes-de-responsabilidade-em-face-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 10/03/2021.

MORAES, Paulo Valério dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo. 1992.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do consumidor.** 7ª ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira, FÉLIX, Vinícius Cesar. **Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo.** Scientia Iuris, Londrina, v. 21, n. 1, p.155-188, mar. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p155. ISSN: 2178-8189.

SILVA, Clovis do Couto e, 1930 -1992. **A obrigação como processo** – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SOUZA, Amanda Thais Zanchi de. **O princípio da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor.** <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2032/O-principio-da-boa-fe-objetiva-no-Codigo-de-Defesa-do-Consumidor>. Acesso: 05/03/2021;

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor, DF: Palácio do Planalto Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 01/04/2021.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. **STJ define amplitude do conceito de consumidor.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/outras-noticias/2010/setembro/stj-define-amplitude-do-conceito-de-consumidor>. Acesso em: 11/03/2021.

TJAM. **Incidentes de Uniformização de Jurisprudência.** Disponível em: <https://juizados.tjam.jus.br/juizados/index.php/artigos/8-institucional/102-incidentes-de-uniformizacao-de-jurisprudencia>. Acesso em: 27.03.2021.

Tribunal de Justiça, Turma Recursal. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO MANTIDO.** Recurso Inominado Cível. Processo: 0609100-33.2019.8.04.0015 - Partes litigantes. Relator: Sanã Nogueira Almendros de Oliveira. 05.08.2020, DECISÃO: "Vistos e discutidos os autos em epígrafe, DECIDE a 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais, na unanimidade, CONHECER e NO MÉRITO REJEITAR os Embargos de Declaração, nos termos do voto da Relatora, que integra esta decisão para todos os fins de direito".

PAULA, Alfredo Henrique Corrêa de. **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3595, 5 maio, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24338>. Acesso em: 4/03/2021.

PALUDO, Daniel Maria. **PRINCÍPIOS ADOTADOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** Acadêmica formanda A/2005, do Curso de Direito da Univates, Lajeado/RS. Publicação ago/05.

VIZEU, Márcia. **Princípios Fundamentais na Proteção ao Direito do Consumidor.** Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/principios-fundamentais-na-protecao-ao-direito-do-consumidor>. Acesso em: 10/03/2021.

DESARMAMENTO E SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

LEONARDO MARIN MENDES:
Bacharelado do curso de direito da
Universidade Brasil.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN³³.

(Orientador)

Resumo: O presente artigo trata sobre o Estatuto de desarmamento e sobre a efetividade da segurança pública no Brasil. A Lei nº 10.826/2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento, dispõe sobre o registro, a posse e a comercialização de armas de fogo e munição. Em 2019 uma série de decretos foram assinados pelo atual presidente Jair Bolsonaro, todos com a finalidade de flexibilizar as regras para posse de armas de fogo no Brasil. Tal provocação ao estatuto, foi motivo de novas discussões e debates sobre a efetividade do estatuto como política pública eficiente de segurança. É dever do Estado oferecer segurança pública aos cidadãos, evitando assim, que os particulares precisem se municiar de meios capazes de se defender. Mas, é sabido que atualmente o Estado não possui condições para garantir com eficiência segurança a todos. A escrita do artigo será realizada através de pesquisa e revisão bibliográfica, por meio de legislação, doutrinas e artigos disponíveis sobre o tema.

Palavras-Chave: Desarmamento. Segurança Pública. Porte de armas.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1 O ESTADO E A SEGURANÇA PÚBLICA. 2 ESTATUTO DO DESARMAMENTO; 2.1 Decreto nº 9.847 de 25 de junho de 2019; 2. 2 Decreto nº 9.981, de 20 de agosto de 2019; 2. 3 Lei nº 13.870, de 17 de setembro de 2019. 3 A INEFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE. 4 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

³³ graduação em Direito pela Universidade Camilo Castelo Branco (2008), especialização em Direito Penal e Processo Penal com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (2014). Advogado desde 2008. Professor Universitário do Centro Universitário de Jales, dos Cursos de Administração, Ciências Contábeis, Serviço Social e Sistemas de Informação, desde 01/08/2014. Professor Universitário da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis, do Curso de Direito. Membro da Comissão de Dados - Estudos Jurídicos da 63ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo. Mestrando em Ciências Ambientais na Universidade Brasil.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a violência que assola o país atinge todas as classes sociais e coloca em risco a vida de milhares de brasileiros. A sensação de insegurança e o medo estão presentes na vida de grande parte da população.

A garantia de ir e vir com segurança é um direito fundamental previsto pela Constituição Federal de 1988, e é dever do Estado assegurá-lo.

Porém, a verdade é que o Estado não é eficaz no combate à criminalidade, possibilitando assim, um crescimento exponencial do número de delitos praticados.

Isso ocorre em razão da falta de investimentos nas questões de prevenção, da ausência de efetiva fiscalização e da falta de criação de métodos e formas para combate à prática delituosa.

Até o ano de 2003, a população brasileira tinha fácil acesso as armas, naquela época era possível comprar um revólver ou uma pistola em qualquer loja de material esportivo. Nesse período, o índice de violência e o número de mortes cresceu consideravelmente e tal situação era atribuída ao uso de armas de fogo legalmente comercializadas.

Por essa razão, em 22 de dezembro de 2003, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 10.826/03, chamada de Estatuto do Desarmamento que atualizou a legislação sobre registro, porte e comércio de armas de fogo no Brasil e restringiu o acesso às armas.

O principal objetivo que motivou a criação do Estatuto do Desarmamento, foi em regulamentar o porte e a posse de armas de fogo por civis, bem como reduzir as mortes ocasionadas por disparo de arma de fogo. Mas, as estatísticas demonstram que

No início de 2019, o atual presidente Jair Bolsonaro assinou um novo Decreto de nº 9.685 foi assinado com a finalidade de alterar o Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004 (que regulamenta o estatuto do desarmamento, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, dispõe ainda sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes), o novo decreto instituiu novos critérios referentes ao registro e posse de armas. Entretanto, referido decreto foi revogado por ser considerado inconstitucional.

Após o ocorrido, outros novos decretos foram editados, e dentre eles, os decretos Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019; Decreto nº 9.981, de 20 de agosto de 2019 e também, a Lei nº 13.870, de 17 de setembro de 2019, que serão abordados neste artigo.

O presente artigo será realizado por meio de revisão bibliográfica, sendo a análise da legislação vigente e a revisão da literatura em livros, artigos, doutrinas.

1 O ESTADO E A SEGURANÇA PÚBLICA

Em razão da democratização política do fim dos anos 1980, que foi a responsável pelas mudanças na relação entre polícias e sociedade, e diante construção da democracia e pelas pressões sociais por novos modelos de política e de polícia, o Estado democrático de direito limitou-se a reproduzir relações que serviam ao governo ditatorial. Entretanto, o Estado continuou submetido às forças policiais (LIMA; BUENO; MINGARDI, 2016).

A Constituição Federal de 1988 prevê que a garantia de ir e vir com segurança é um direito fundamental, sendo, portanto, dever do Estado assegurá-lo.

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:

(...)

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

A Constituição prevê ainda a segurança como um direito social, nos termos do seu artigo 6º.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os direitos fundamentais podem ser definidos como direitos inerentes à pessoa humana e essenciais à vida digna, sendo dever do Estado protegê-los (BASTOS, 2018).

A segurança pública pode ser definida como um processo complexo, sistêmico, abrangente e otimizado que tem por finalidade preservar a ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, permitindo assim o usufruto de direitos e cumprimento de deveres (MARCONDES, 2019).

De acordo com Silva (2008), a segurança pública consiste em:

Uma situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses (SILVA, 2008, p.780).

O artigo 144 da Constituição Federal prevê que a segurança pública é dever do Estado brasileiro, direito e responsabilidade de todos. Ou seja, é uma responsabilidade compartilhada entre os governos Federal, Estadual e Municipal.

A lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018 em seu artigo 2º, também determina que:

Art. 2º A segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, compreendendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito das competências e atribuições legais de cada um.

A segurança pública é de suma importância para o bem-estar e convívio da sociedade, e enquanto atividade desenvolvida pelo Estado é a responsável por empreender ações de repressão e oferecer estímulos ativos para que os cidadãos possam conviver, trabalhar, produzir e se divertir, protegendo-os dos riscos a que estão expostos (SILVA NETO, 2015).

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

As instituições citadas no artigo 144 são as responsáveis por exercer atividades com a finalidade de prevenir, coibir, inibir e reprimir a prática de atos considerados ilegais perante a legislação vigente e situações de risco ao bem-estar social.

A polícia pode ser definida como:

atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente de sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais (ZANOBINI, 1950, p. 17 apud MORAES, 2011, p. 1965).

A atividade das polícias se diferenciam em administrativas e de segurança, sendo que, esta engloba a polícia ostensiva e a polícia judiciária (SOUZA, 2015).

O Estado exerce sobre o cidadão brasileiro o Poder de Polícia, vez que o cidadão quer e deve exercer plenamente seus direitos, e, a administração pública tem a obrigação de condicionar o exercício dos direitos ao bem-estar coletivo, e o meio utilizado para tanto é através de seu poder de polícia (SILVA NETO, 2015).

O Código Tributário Nacional em seu artigo 78, define o termo poder de polícia:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

No exercício do poder de polícia o Estado deve gerar ordem e justiça (SILVA NETO, 2015).

Uma polícia que funcione inteligentemente, ou seja, desenvolvendo a investigação, poupará muitas vidas inocentes, solucionará crimes enigmáticos, respeitará o homem e fará com que a população, constituída predominantemente por pessoas de bem, a respeitem, em vez de temê-la. Não será a polícia ostensiva apenas que deverá estar empenhada na luta contra o crime, e, portanto, não será ela a única a responder pela preservação da ordem pública (PINHEIRO; MADEIRA, 2000, p.101).

Considerando o disposto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 observa-se que o direito à segurança é definido como um direito social, sendo um

direito fundamental e indissociável do conceito contemporâneo de dignidade da pessoa humana, dessa maneira, é imprescindível ao desenvolvimento de cada indivíduo e compoendo o ideário de mínimo existencial (SILVA JUNIOR; RANGEL, 2017).

A segurança pública é dever do Estado, conforme redação do artigo 144 da Constituição Federal, portanto, reconhece-se que a segurança pública é um típico direito fundamental (SILVA JUNIOR; RANGEL, 2017).

Nos últimos anos, a questão da segurança pública passou a ser considerada problema fundamental e um dos principais desafios do Estado de direito no Brasil.

Atualmente a violência atinge direta e indiretamente o país. O medo assola grande parte da população, que não mais confia somente no Estado para sua proteção e segurança. As pessoas buscam outros meios para se protegerem e manterem suas famílias em segurança, nesse ponto que entra a questão do desarmamento. Em razão da insegurança e do medo, os cidadãos acreditam que o armamento fará com que os índices de criminalidade diminuam, pois, assim como a vítima tem medo do criminoso, o criminoso também passará a ter medo da vítima.

2 ESTATUTO DO DESARMAMENTO

No Brasil sempre inexistiu uma política de contenção ao uso das armas de fogo, fazendo com que a violência tomasse ares de verdadeira guerra civil, já que cerca de 80% dos crimes no Brasil eram cometidos fazendo-se uso dessas armas, a preocupação não era com a segurança pública, como visto nas primeiras legislações sobre o tema como o Decreto 24.602 de 6 de julho de 1934 do Governo Getúlio Vargas (SANTOS, 2014).

O Estatuto do Desarmamento é uma política de controle de armas que vigora no país desde 22 de dezembro de 2003. O estatuto tinha o objetivo de reduzir a circulação de armas e estabelecer penas rigorosas para crimes como o porte ilegal e o contrabando. A regulamentação do estatuto ocorreu por meio de um decreto em 1º de junho de 2004.

A Lei Federal nº 10.826/03, chamada de Estatuto do Desarmamento, dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM, define crime e dá outras providências.

Arma de fogo são dispositivos mecânicos que arremessam projéteis utilizando a força de expansão dos gases, formando a partir da combustão de um propelente também chamado de carga de projeção dentro de um compartimento que possui um prolongamento cilíndrico em forma de cano cuja função é dar continuidade à combustão gerada, além de direção e

estabilidade ao projétil expelido (MARCONDES, 2020) .

O bem jurídico tutelado é a segurança pública e a incolumidade pública, interesses vinculados a coletividade. A finalidade específica da lei é punir todo e qualquer comportamento irregular relacionado à arma de fogo, acessório ou munição (SANTOS, 2014).

O Estatuto é responsável por regulamentar a posse e o porte de armas e, como o próprio nome indica, tem o intuito de coibir o uso de armamentos no território nacional.

A Lei determina que o direito de posse é restrito apenas àqueles que comprovarem a necessidade dela.

Ter a posse da arma de fogo significa poder mantê-la sob sua guarda em casa em suas dependências e no trabalho, desde que seja o responsável legal ou proprietário do estabelecimento. Já o porte de armas, se refere a portar a arma de fogo em qualquer local, transportar a arma consigo.

O Estatuto do desarmamento prevê que, para obter o direito de porte de armas, é preciso ter 25 anos, comprovar capacidade técnica e psicológica para o uso de arma de fogo, não ter antecedentes criminais nem estar respondendo a inquérito ou a processo criminal e ter residência certa e ocupação lícita.

O artigo 6º da lei determina a proibição do porte de arma em todo o território nacional, salvo casos específicos. Como por exemplo, os profissionais que necessitam de armamentos para o exercício de suas funções: agentes de segurança pública, membros do Exército ou funcionários de empresas privadas de segurança. O Estatuto estabelece ainda, que apenas um grupo restrito de pessoas pode possuir e portar armas, apenas quando o uso dessas for necessário para exercício profissional ou outros casos específicos (MORAES; CHAGAS, 2019).

Os crimes previstos do Estatuto, no geral, tratam-se de normas penais em branco heterogêneas, porquanto o seu complemento advém de fonte diversa daquela que ensejou o que é complementado; assim, a lei, que emana do Poder Legislativo, é complementada pelo decreto, de fonte executiva (FACCINI NETO, 2019).

Como será abordado nos subcapítulos a seguir, foram criados diversos decretos pelo Presidente da República entre 2019 e 2020. Neste artigo, serão abordados apenas três dos vários decretos promulgados. Um decreto somente pode ser elaborado pelo chefe do Executivo. No caso do âmbito federal, essa competência é do presidente da República. O decreto tem por objetivo detalhar regras já existentes em uma lei. Após ser promulgado, o decreto entrará em vigor imediatamente.

No entanto, ele ainda pode ser derrubado, parcial ou integralmente. Para isso, o Congresso cria um decreto legislativo, regulando a mesma matéria do presidencial.

Desde que o atual presidente assumiu a Presidência da República do Brasil, em 2019, diversos decretos referentes ao porte de armas de fogo foram promulgados. Entre decretos vigentes e decretos revogados, houveram grandes alterações da Lei Federal nº 10.826/03 - Estatuto do Desarmamento.

O objetivo dos diversos decretos foi facilitar o acesso ao porte de armas para o cidadão, para que o mesmo possa se autodefender, já que atualmente, a segurança pública existente não é capaz de manter a população em segurança, os índices de criminalidade aumentam a cada dia que passa.

2.1 Decreto nº 9.847 de 25 de junho de 2019

O Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019, regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas.

O Decreto n.º 9.847 alterou os critérios técnicos de classificação das armas de fogo de uso permitido e de uso restrito, dispondo em seu artigo 2º, inciso II, "b", que somente serão consideradas armas de uso restrito aquelas que produzem energia cinética superior a 1.200 (um mil e duzentas) libras-pés ou 1.620 (um mil seiscentos e vinte) joules.

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

(...)

II - arma de fogo de uso restrito - as armas de fogo automáticas e as semiautomáticas ou de repetição que sejam:

a) não portáteis;

b) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; ou

c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules;

(...)

A principal alteração trazida por este decreto é no que diz respeito a alteração dos critérios técnicos de classificação das armas de uso permitido e de uso restrito, promovendo uma *novatio legis in mellius*, ou seja, trata-se de hipótese da retroatividade da norma penal, disciplinada no artigo 2º do Código Penal, vez que, diversas armas de fogo, que antes eram consideradas como de uso restrito, passaram a ser consideradas de uso permitido, o que é mais benéfico para o réu, pois o artigo 16 do Estatuto do Desarmamento, que trata da posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, é mais severo do que os artigos 12 e 14, que tratam da posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (ESTRADA, 2020).

Dessa forma, as alterações promovidas por este Decreto, por serem mais benéficas, já estão produzindo efeitos, inclusive em processos já julgados, alicerçando revisões criminais a fim de desclassificar as condutas antes previstas como posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, para posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (ESTRADA, 2020).

2.2 Decreto nº 9.981, de 20 de agosto de 2019

O decreto nº 9.981, de 20 de agosto de 2019, altera o Decreto nº 9.847 - acima abordado - que regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas.

Este decreto dispôs sobre o inciso II do artigo 2º do decreto nº 9.847, que trata sobre quais armas de fogo são consideradas de uso restrito.

Ademais, alterou o artigo 42 o qual passou a dispor que:

Artigo 42: Fica vedada a importação de armas de fogo, seus acessórios e peças, de munições e seus componentes, por meio do serviço postal e similares.

Dessa forma, ficou expressamente proibida a importação de armas de fogo.

2.3 Lei nº 13.870, de 17 de setembro de 2019

A Lei nº 13.870, de 17 de setembro de 2019, altera o decreto do desarmamento para determinar que, em área rural, para fins de posse de arma de fogo, considera-se residência ou domicílio toda a extensão do respectivo imóvel.

Dessa forma, o artigo 5 do Estatuto passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 5º O certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

(...)

§ 5º Aos residentes em área rural, para os fins do disposto no caput deste artigo, considera-se residência ou domicílio toda a extensão do respectivo imóvel rural.

Anteriormente, a posse apenas era permitida dentro de casa, ou da sede, o que limitaria a defesa pessoal e da propriedade. A lei ampliou o conceito de residência do imóvel rural para todo o perímetro, toda a extensão, o chamado domicílio, de forma que entre as cercas, pode-se utilizar a arma para fins de defesa.

Tal alteração foi importantíssima aos moradores das zonas rurais, já que antes da edição deste decreto, a posse de arma era permitida apenas na sede da propriedade rural, agora, a posse é permitida em toda a extensão do respectivo imóvel, trazendo assim, mais segurança aos moradores da propriedade rural.

É importante frisar que a lei concedeu aos residentes em zona rural, o direito de posse, não porte. É permitida a posse rural ou a posse residencial da arma de fogo dentro de todo o perímetro do imóvel rural.

3 A INEFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

O desarmamento constitui um meio eficiente para controlar a sociedade. Quanto mais totalitário é um governo, maiores são as restrições ao armamento da população civil (BARBOSA, 2015).

O acesso às armas de fogo está relacionado a um direito fundamental que é o da legítima defesa. Com o advento da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o Brasil apresentou um retrocesso no direito à legítima defesa, uma vez que a aquisição, posse, porte e circulação de armas de fogo está sendo controlada apenas para pessoas de bem, porque na realidade e na prática, os criminosos têm livre acesso as armas de fogo (COIMBRA, 2019).

O Poder Público não pode criar restrições à liberdade individual senão na medida do estritamente necessário para proteger um interesse público, da coletividade (DALLARI, 2019).

Na teoria, quando uma lei é criada, significa que o legislador percebe uma necessidade de criação de um mecanismo capaz de reduzir uma situação de perigo para a sociedade que irá ser beneficiada com ela. Contudo, no caso do estatuto do desarmamento, a edição da lei constituiu meio de destituir a população de meios de defesa e, conseqüentemente, uma forma de controle social (COIMBRA, 2019).

Com a vigência da Lei nº 10.826/2003 diversas campanhas foram criadas pelo Governo Federal para reduzir o número de armas de fogo no país.

Porém, o estatuto do desarmamento não tem reduzido os índices de violência e de criminalidade, dessa forma, conclui-se que o estatuto é ineficaz para combater os índices de criminalidade no Brasil.

O doutrinador Nucci (2014, p.22) defende o estatuto do desarmamento:

A arma de fogo é instrumento vulnerante, fabricado, particularmente, para ofender a integridade física de alguém, ainda que possa ser com o propósito de defesa contra agressão injusta. De todo modo, para o bem ou para o mal, em função do direito individual fundamental à segurança pública, é preciso que as armas de fogo, tal como se dá no contexto dos tóxicos, sejam rigorosamente controladas pelo Estado. Em especial, quando se trata de um país pobre, ainda constituído de grande parcela da sociedade sem formação cultural adequada, como o Brasil, o espaço para a circulação da arma de fogo deve ser restrito (NUCCI, 2014, p. 22).

De acordo com os dados do Atlas da Violência, divulgado Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que utiliza dos números do Sistema de Informações de Mortalidade, do Ministério da Saúde, o percentual de assassinatos com uso de arma de fogo atingiu o maior patamar já registrado no Brasil e chegou a 72,4% dos homicídios do país em 2017 (MADEIRO, 2019).

Sendo assim, não se pode acreditar que a intenção do legislador foi a proteção do cidadão de bem, mas a garantia da vantagem da força do próprio Estado, em detrimento da segurança dos civis.

Cada vez mais, o Estado demonstra que é incapaz de garantir a segurança pública, deixando assim, os cidadãos vulneráveis aos perigos do dia-a-dia existentes em razão da criminalidade que assola o país.

De acordo com Araújo Junior e Fajnzylber (2001), a criminalidade é um problema social, econômico e político, pois afeta diretamente a qualidade de vida das populações; está associada às condições econômicas e limita o potencial de

desenvolvimento das nações; e, as ações para combater o crime envolvem a participação ativa dos governos e a alocação de recursos públicos escassos em detrimento de outros objetivos de políticas públicas.

Oliveira (2005, p.2) aduz que:

A economia certamente tem contribuições importantes na determinação das causas da criminalidade e na avaliação de suas consequências negativas para o desenvolvimento econômico. Entretanto, são poucas as pesquisas realizadas por economistas sobre o tema (OLIVEIRA, 2005, p.2).

Quando se trata de violência e de crime praticado com o uso de violência, qualquer meio pode ser utilizado, não apenas através do uso de armas de fogo, o crime pode ser praticado de diversas formas, não se pode culpar o porte e a posse de armas como o responsável pelos altos índices de criminalidade, e não se pode tirar o direito do cidadão em se autodefender e defender sua própria família, já que o Estado não consegue garantir segurança de forma eficiente a todos os cidadãos brasileiros.

No ano de 2019, o número de assassinatos caiu 19% em relação ao ano anterior. Foram registradas 41.635 mortes violentas, contra 51.558 em 2018. Os dados são do índice nacional de homicídios do *G1*, feito com base nos números oficiais dos 26 estados e do Distrito Federal, em parceria com o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e com Fórum Brasileiro de Segurança Pública (ALVES, 2020).

4 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA

A Lei nº 13.657/2018 disciplina sobre a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); além de alterar e revogar outros dispositivos.

Nos termos do artigo 1º da Lei nº 13.657/2018, a Política Nacional de Segurança Pública é um de conjunto de princípios, diretrizes, objetivos que condicionará a estratégia de segurança pública a ser implementada pelos três níveis de governo (federal, estadual e municipal) de forma integrada e coordenada.

As políticas de segurança pública têm por objetivo visar à preservação da vida, manter a ordem pública, proteger e manter o meio ambiente conservado, garantir a incolumidade das pessoas e do patrimônio, enfrentar o e prevenir à criminalidade e à violência em todas as suas formas, assim como o engajar da sociedade, através da transparência e publicidade das boas práticas.

Compete à União estabelecer a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social e aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer suas respectivas políticas, observadas as diretrizes da política nacional.

As políticas de segurança pública enfatizam a necessidade de uma atuação mais decisiva do Poder Judiciário e das instâncias de controle social, ou seja, significa a criação de legislações mais duras e de maior policiamento ostensivo, para que as punições dos delitos aconteçam de forma rápidas, certas e severas (BEATO FILHO, 1999).

A única forma de alcançar sucesso em políticas públicas de segurança é elaborá-las de modo integral, incluindo medidas preventivas. O Brasil, além de aplicar menos recursos no setor em relação a outros países, não os gasta de maneira eficiente (POMPEU, 2018).

5 CONCLUSÃO

Hoje em dia, a sensação de insegurança afeta todo o país, especialmente as grandes cidades e capitais, colocando a segurança pública em destaque e gerando discussões de mecanismos e políticas públicas ao combate à criminalidade, principalmente sobre a eficácia e adequação das atividades públicas de prevenção de crimes.

Nos termos das leis brasileiras, o Estado deve ser capaz de oferecer segurança a toda a população. A criminalidade no país deve ser combatida por meio de um conjunto de políticas públicas sérias e efetivas nos planos do desenvolvimento social, além da criação de medidas administrativas no âmbito dos órgãos ligados à segurança pública com a ajuda da comunidade e a força da adesão da própria sociedade, destinando de forma firme e constante os projetos inerentes, não com a simples deposição ou apreensão das armas de fogo dos cidadãos de bem, dos trabalhadores, deixando-os cada vez mais vulneráveis às ações dos marginais (MARQUES, 2010).

No que se refere ao estatuto do desarmamento, os índices e as pesquisas demonstram que o mesmo não foi eficaz no combate à criminalidade. Por essa razão, é que o atual presidente tem realizado diversas mudanças no estatuto, através dos novos decretos assinados, todos com a finalidade de tornar mais fácil o acesso as armas de fogo, para que os cidadãos brasileiros possam se defender e não fiquem apenas dependendo da proteção estatal.

O presente artigo não teve o intuito de abordar todos os novos decretos assinados nos últimos dois anos, mas sim, apresentar e analisar três deles.

A violência e o descontrole da criminalidade afetam a todos, independentemente de classe social, raça ou etnia, afeta desde o cidadão mais simples

ao cidadão mais culto, e ocorre no ambiente das favelas e também nos condomínios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Bene; QUINTELA, Flávio. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. São Paulo: Vide, 2015.

BASTOS, Athenas. **Direitos e garantias fundamentais: o que são e quais as particularidades?**. 2018. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/direitos-e-garantias-fundamentais>>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.847, de 25 de junho de 2019**. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9847.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.981, de 20 de agosto de 2019**. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9981.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13675.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.870, de 17 de setembro de 2019**. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13870.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BEATO FILHO, Cláudio C. **Políticas públicas de segurança e a questão policial**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/spp/v13n4/v13n4a02.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2020.

COIMBRA, Italo. **A ineficiência do Estatuto do Desarmamento na redução da criminalidade à luz da Constituição**. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74390/a-ineficiencia-do-estatuto-do-desarmamento-na-reducao-da-criminalidade-a-luz-da-constituicao#:~:text=Isso%20porque%2C%20malgrado%20a%20entrada,de%20viol%C3%A2ncia%20e%20de%20criminalidade>>. Acesso em: 26 set. 2020.

DALLARI, Adilson Abreu. **Decreto das armas e o regulamento do direito à legítima defesa.** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/interesse-publico-regulamento-direito-legitima-defesa>>. Acesso em: 26 out. 2020.

ESTRADA, Sylvio H. L. Duque. **O porte e a posse ilegais de arma de fogo à luz do Decreto Presidencial n.º 9.847/2019.** 2020. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54175/o-porte-e-a-posse-ilegais-de-arma-de-fogo-luz-do-decreto-presidencial-n-9-847-2019>>. Acesso em: 21 out. 2020.

FACCINI NETO, Orlando. **O novo decreto de armas e a incorrência de *novatio legis in mellius*.** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-16/orlando-faccini-nao-novatio-legis-in-mellius-decreto-armas>>. Acesso em: 21 out. 2020.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. **Estado, polícias e segurança pública no Brasil.** 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0049.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2020.

MADEIRO, Carlos. **Mortes por arma de fogo no país atingem maior percentual desde 1980.** 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/06/05/mortes-por-arma-de-fogo-no-pais-atingem-maior-percentual-desde-1980.htm>>. Acesso em: 26 out. 2020.

MARCONDES, José Sérgio. **Armas de fogo: o que é? Definições e conceitos. Origem e classificação.** 2020. Disponível em: <<https://gestaodesegurancaprivada.com.br/arma-de-fogo-o-que-e-definicoes/>>. Acesso em: 26 out. 2020.

MARCONDES, José Sérgio. **Segurança Pública no Brasil – O que é, conceito, para que serve.** 2020. Disponível em: <<https://gestaodesegurancaprivada.com.br/seguranca-publica-no-brasil-estrutura>>. Acesso em: 25 set. 2020.

MARQUES, Archimedes J. Melo. **O desarmamento como instrumento ineficaz para conter a criminalidade.** 2010. Disponível em: <<https://www.algosobre.com.br/interesse-publico/o-desarmamento-como-instrumento-ineficaz-para-conter-a-criminalidade.html>>. Acesso em: 16 out. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Isabela; CHAGAS, Inara. **Porte de arma no Brasil: como funciona?**

2019. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/porte-de-arma-no-brasil/>>. Acesso em: 16 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8.ed., v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Cristiano Aguiar. **Criminalidade e os tamanhos das cidades brasileiras: um enfoque da economia do crime**. Passo Fundo. 2005. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A152.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2020.

PINHEIRO MADEIRA, José Maria. **Reconceituando o poder de polícia**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

POMPEU, Ana. **Segurança pública eficiente exige medidas de prevenção, dizem especialistas**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-27/seguranca-publica-eficiente-exige-prevencao-dizem-especialistas>>. Acesso em: 25 set. 2020.

SANTOS, Ronaldo. **Estatuto do desarmamento**. 2014. Disponível em: <<https://ronaldosan1989.jusbrasil.com.br/artigos/175429315/estatuto-do-desarmamento>>. Acesso em: 25 set. 2020.

SCHAEFFER, Gilberto; SHIKIDA, Pery. F. Assis. **Economia do crime: elementos teóricos e evidências empíricas**. Análise Econômica, Porto Alegre, v. 36, p. 199, 2001.

SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Silva Junior, Ivanildo Geremias da; RANGEL, Tauã Lima Verdan. **O direito à segurança pública como direito fundamental**. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-seguranca-publica-como-direito-fundamental/>>. Acesso em: 26 set. 2020.

SILVA NETO, Luis Gonzaga. **O federalismo cooperativo e a criação da força nacional de segurança pública**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42768/o-federalismo-cooperativo-e-a-criacao-da-forca-nacional-de-seguranca-publica>>. Acesso em: 26 set. 2020.

SOUZA, Adelson Joaquim. **Direito fundamental à segurança pública**. 2015. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-fundamental-a-seguranca-publica/>>. Acesso em: 26 out. 2020.

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

GIOVANNA PASSONI REMÉDIO: Técnica em Administração pela Etec - Professor Rodolpho José Del Guerra. Estudante de Direito no Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos Caconde - SP.

RESUMO: A discriminação com portadores de deficiência existe desde o início dos tempos, já foram taxados de inúmeras maneiras, desde aberrações, anormais, filhos do demônio, incapazes, indesejados ou até pessoas comuns a seres mais próximos a Deus. Em determinada época até mesmo os próprios familiares sentiam repulsa e vergonha ao receber alguém especial em sua família por isso os escondiam, isolando-os da sociedade; Na Grécia com a valorização da estética eram vistos como feios então quando alguém nascia passava por uma análise fisiológica e se existisse traços de deficiência os recém nascidos eram jogados no rio. Com o passar dos anos as pessoas começaram a se sensibilizar e ter compaixão, porém a discriminação não foi erradicada. Através de alguns movimentos realizados passou a se voltar mais atenção para PCD's, especialmente na área educacional conscientizadora. Entretanto o preconceito está presente desde o início da vida escolar, fator preocupante, pois não deveria existir preconceito em nenhuma faixa etária, mas principalmente entre crianças que mal compreendem a gravidade de excluir um colega. Além da parte arquitetônica também é necessário trabalhar o psicológico dos funcionários antes de receber uma PCD, para que compreendam que é uma pessoa como todas as outras, porém que necessitam de adaptações no trabalho. Em relação à entrevista de emprego, cada pessoa defende uma tese, enquanto alguns acham que devem ser feita normalmente, outros pensam que devem se tomar devido cuidado para não ofender o concorrente à vaga. Apesar de existir uma lei para que contratem PCD's, isso é a única coisa que ela proporciona, contratação, excluindo o fato que muitos empreendedores ainda têm resistência em cumpri-la, aceitação da inclusão. Que só poderá acontecer quando estes forem nomeados da maneira correta, pessoas que são como qualquer outras entretanto que possuem certas necessidades.

Palavras chaves: tempo; PCD; atualmente.

INTRODUÇÃO

Segundo uma pesquisa realizada no ano 2016 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), cerca de 24% da população brasileira é composta por pessoas portadoras de algum tipo de deficiência. De acordo com o último Censo 45 milhões de pessoas têm necessidades especiais no Brasil.

Ao longo da história a deficiência era nomeada como algo “anormal”, que era contagioso e poderia se espalhar pela sociedade. Em muitos lugares, pessoas deficientes eram sacrificadas ao nascerem.

Em algumas situações as PCD’s eram escondidas pelos familiares, ou por sentirem vergonha ou até mesmo para “protegê-los” de uma comunidade tão preconceituosa.

Apesar de o pensamento ter evoluído como passar dos anos, foi necessária a intervenção de alguns órgãos como a Organização Internacional do trabalho e a Comissão Internacional dos Direitos Humanos para proporem o fim daquela segregação, não era o ideal porém era uma iniciativa.

Uma lei de cotas foi criada para tentar inserir a PCD no mercado de trabalho, mas ainda existem empresas que, em primeiro lugar não são preparadas para receber uma pessoa deficiente, em relação a acessibilidade e outras que se recusam a recebê-los por achar que não são capacitados.

A recente lei N° 13.146, de 6 de julho de 2015, conhecida como *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, assim conceitua a expressão “pessoa com deficiência”:

“Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

1.1. Justificativa

O referente tema Portadores de Deficiência no Mercado de Trabalho necessita de um estudo aprofundado, para ter como foco a cidade de Caconde expondo se as empresas seguem a Lei de Cotas e como é realizado o recrutamento e seleção de pessoas deficientes em empresas.

Todavia, não deixando completamente de lado uma visão global, ou seja, se uma PCD é contratada por sua capacidade e tem a oportunidade de crescer no local de trabalho, ou se as empresas fazem a contratação apenas para não serem punidas.

1.2. Problematização

No mercado de trabalho, o maior problema quando o assunto é pessoa com deficiência, é a maneira pela qual os empregadores e outros funcionários da empresa devem agir ao se relacionarem.

As dúvidas mais frequentes são se o processo de recrutamento e seleção devem ser realizados da mesma forma que para uma pessoa não deficiente, além de como os outros colaboradores precisam se adaptar a esta realidade, se devem oferecer ajuda ou ter cautela com a comunicação por exemplo.

E outro grande questionamento, não somente das empresas, como de escolas e inúmeras pessoas, seria como ajudar nesta inclusão.

1.2.1. Hipóteses

Quando uma empresa, escola ou instituição recebe uma pessoa com algum tipo de deficiência, ela deve ter em mente que a mesma deve ser tratada como qualquer outra pessoa. Independentemente de sua condição física, intelectual ou sensorial, ela é exatamente igual a alguém não deficiente; pois também possui vida, sentimentos e necessidades.

O processo de recrutamento e seleção para PCD's vem sendo um enigma a ser resolvido, existem autores como Carreira (1997) que creem que se deve fazê-lo da mesma forma que para uma pessoa considerada "normal", porém outros como Nambu (2003) consideram que deve haver uma reformulação no tal processo.

Quanto à forma de tratamento no local de trabalho, não é nada complicada, pois não é necessário que o funcionário fique 24 horas por dia perguntando se a PCD precisa de ajuda, quando ela necessitar de algo, ela o solicitará; precaução com o que se fala deve-se ter com qualquer pessoa para não causar nenhuma ofensa, todavia não carece de apreensão, como citado anteriormente é uma pessoa como qualquer outra.

Um ótimo começo para que houvesse inclusão, seria o governo proporcionar cursos gratuitos de libras (linguagem dos sinais) para escolas, empresas, instituições a qualquer pessoa que tenha interesse, pois facilitaria a comunicação.

1.3. Objetivos gerais

O referente trabalho tem como objetivo explorar vários ângulos em relação a pessoas com deficiência, desde leis a fatores que possam os impedir ou acomodar. E abordando-os em parte na cidade de Caconde.

1.4. Objetivos específicos

Visando atingir os objetivos principais, alguns objetivos específicos são:

- Apontar os paradoxos que existem por trás da Lei das Cotas;
- Reforçar que pessoas deficientes são como qualquer outra pessoa sem a tal;
- Descobrir a melhor maneira de realizar o recrutamento e seleção para PCD's;
- Tentar oferecer soluções para problemas de inclusão;
- Expor até que ponto o benefício para deficientes ajudaria e até que ponto passa a causar comodidade.

2. REFERENCIAL TEORICO

Os deficientes em grande parte da História sempre foram excluídos ou abandonados, isso vem desde antes de Cristo, na Grécia antiga com os Espartanos, que ao nascimento faziam uma inspeção do recém-nascido, e se tivesse condições “Normais” eles criavam, caso não preenchesse os requisitos eles matavam imediatamente, pois ao longo da História a deficiência era tratada como algo “Anormal”, que a deficiência física se propagava, caso a pessoa com deficiência não fosse excluída colocaria a sociedade em que vivia em risco.

Por vários séculos pessoas deficientes físicas, visuais, mentais, entre outras, não eram considerados pessoas, e incapazes de exercerem quaisquer tipos de profissões. Sendo então muitas vezes escondidos e dados como inexistentes pelos próprios familiares, por sentirem vergonha de ter uma pessoa “diferente” dos demais.

Grande parte da sociedade fez uso de um olhar depreciativo na direção do deficiente, situação que precisava mudar para atingir uma abordagem não excludente.

Com o passar do tempo, foi criada a lei das cotas para que ocorresse a inclusão social dos deficientes no mercado de trabalho. Porém passadas mais de duas décadas ainda é possível encontrar organizações com dificuldades em cumprir essa lei.

Foi necessário que organismos internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho, a Comissão Internacional de Direitos Humanos, comesçassem a propor o fim daquela segregação (2010).

3. METODOLOGIA E PESQUISA

3.1. Metodologia para o desenvolvimento

O trabalho será realizado com base em uma pesquisa para explicar a inclusão de deficientes no mercado de trabalho, as barreiras enfrentadas, inclusão social, política e econômica, tanto de maneira global, como focado em Caconde.

3.1.1. Processos metodológicos

- Etapa 1: Estudo de caso de uma aula de Gestão de Pessoas I;
- Etapa 2: Discussões em grupo sobre o referente tema;
- Etapa 3: Estudos sobre a deficiência desde seus primórdios;
- Etapa 4: Pesquisas via internet;
- Etapa 5: Pesquisa de Campo com o comércio local;
- Etapa 6: Montagem de gráficos a partir de resultados obtidos, tanto em pesquisa online como em campo;

- Etapa 7: Entrevistas com pessoas portadoras de deficiência e pessoas da parte administrativa da cidade.

3.1.2. Local da Pesquisa

O tema é abordado com uma visão global, porém mantendo o foco principal no município de Caconde – SP.

3.1.3. Tipo de Pesquisa

A referente pesquisa se trata de um estudo de caso.

3.1.4. População e Amostra

24% da população brasileira (45 milhões de pessoas); 314 pessoas com deficiência beneficiárias cadastradas no Fundo Social em Caconde.

3.1.5. Instrumentos de Coleta de Dados

Pesquisas de Campo e via internet.

3.1.5.1. No processo de recrutamento e seleção costuma ter preferência por algum sexo?

Indica se o recrutador geralmente tem preferência em contratar pessoas de determinado sexo.

3.1.5.2. Você contrataria uma pessoa com deficiência?

Denota se os comerciantes estariam dispostos a contratar uma pessoa com algum tipo de deficiência.

3.1.5.3. Pessoas com deficiência causariam algum tipo de prejuízo à sua empresa?

Designa se os contratantes consideram as PCD's tão capazes quanto pessoas não deficientes ou se acreditam que causarão algum tipo de prejuízo.

3.1.5.4. Para você deficientes são capazes de desempenhar as mesmas funções que uma pessoa sem deficiência?

Demonstra o pensamento das pessoas em relação a capacitação das PCD's.

3.1.5.5. Você é favorável as cotas por deficiência?

Caracteriza se pessoas com deficiência de Caconde são contratadas por mérito próprio ou preenchimento de cotas.

3.1.5.6. Em algum momento uma pessoa deficiente veio a seu estabelecimento a procura de emprego?

Institui a procura por emprego da parte das próprias PCD's.

3.2. Desenvolvimento da pesquisa

4. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Inserir uma PCD no mercado de trabalho, não se trata apenas de empregá-lo, mas também se trata de torná-la parte da vida social, econômica e política. Para que a inclusão ocorra, acima de tudo, é necessário reconhecê-los como pessoas que carecem de determinadas condições de trabalho especiais.

Um dos maiores obstáculos encontrados pelos deficientes, é a locomoção; grande parte das empresas, escolas, ruas, lugares de lazer, etc., não são adaptados desde seu planejamento e acabam realizando mudanças apenas quando alguém exige que sejam feitas.

Por toda cidade nos deparamos com instituições sem rampas, escadas imensas, parquinhos inadaptados, calçadas desniveladas os quais uma cadeira de rodas jamais conseguiria passar, sem mencionar diversos problemas de acessibilidade.

Para que a inclusão se torne ainda mais tangível, os empregadores devem esclarecer aos seus colaboradores que adaptações ocorrerão devido a necessidade da própria empresa em capacitar-se no quesito de acessibilidade para futuras contratações.

4.1. Contexto histórico

Em cada época da nossa história, os deficientes foram vistos de diferentes formas, como bandidos, loucos, anormais, incapazes, filhos do diabo, etc. sendo excluídos e isolados da sociedade; mas também tinham as pessoas que sentiam compaixão e os aceitavam, todos os viam, mas poucos reconheciam o seu valor.

Com a evolução científica, a deficiência foi explicada como algo normal da natureza humana em alguns casos, mas infelizmente essa comprovação não foi o suficiente para quebrar a corrente do preconceito.

Desde o início da história da humanidade, a deficiência sempre esteve presente, porém de formas mais escondidas, ignoradas, omissas, rejeitadas ou aceitas. O fato é

que a deficiência em todo momento fez parte da vida do homem, como aceitação ou negação.

Vejam como o pensamento evoluiu ao longo da história. Na sociedade Egípcia, as questões de deficiência eram mais brandas, os egípcios eram mais caridosos, não excluía ou condenavam os deficientes, fazem exatamente o oposto, os viam como pessoas “normais”, oferecendo trabalho para eles pudessem se sustentar e levar uma vida como qualquer outra. Podemos dizer que os egípcios mesmo não tendo nenhum tipo de conhecimento do que era a deficiência se mostravam uma cultura tolerante e respeitosa.

Já na sociedade grega, infelizmente, o pensamento era outro, em uma cultura que supervalorizava o corpo sarado e a mente sabia, os deficientes não eram aceitos. “Para os gregos, o corpo sadio deveria estar unido com a mente sadia, não se admitia a deficiência entre eles”. (SCHMIDT,2011)

Para os gregos, pessoas deficientes não contribuía em nada para a sociedade, na verdade eram consideradas seres subumanos, ou seja, que estavam abaixo da vida humana. Por isso os deficientes não eram aceitos, e acreditavam que eles deveriam ser eliminados ainda bebês ou crianças, a partir do momento que se descobria a deficiência. Se algum guerreiro ficasse deficiente em batalha ele pedia para ser sacrificado. E o mais impressionante não são os sacrifícios, e sim, o fato de grandes filósofos como Platão e Aristóteles defenderem essa ideologia como algo perfeitamente normal.

A Doutrina Cristã trouxe certas melhorias, as pessoas ainda os excluía da vida social, porém mesmo mantendo essa distância, os aceitavam um pouco mais e não sacrificavam, talvez por compaixão ou temor do que enfrentariam com Deus se não ajudassem.

Demorou muito para a deficiência ser aceita, já foi tencionada de diversas maneiras, desde castigo de Deus a filhos da besta, reconhecimento e valores eram raros, só após um longo período começaram a criar abrigos para deficientes. A partir deste momento as pessoas começaram a se preocupar socialmente com os deficientes, mas a sociedade não se torna boazinha da noite para o dia, ela tentava sanar a deficiência de forma que sua consciência não pesasse, porém não a queria inserida no meio social; foi quando se criaram os manicômios, prisões e orfanatos para isolarem, ou melhor, tirarem de circulação s deficientes, para que tivessem a estranha sensação de terem ajudado e terem cumprido sua missão.

4.2. Os movimentos sociais e as pessoas com deficiência no Brasil

A opressão de pessoas com deficiência se manifesta de maneira histórica, por muito tempo; o espaço para que esse segmento da população fizesse parte da tomada de decisões que lhes diz respeito era pouquíssimo ou nulo.

No século XX começaram a surgir algumas iniciativas para as pessoas com deficiência, principalmente na área educacional. No Brasil, no ano de 1926 foi criado Canoas (RS) o Instituto Pestalozzi inspirado no pedagogo suíço Johann Heinrich Pestalozzi (1746-1827), dedicado à educação especial. No Rio de Janeiro, em 1954 foi fundada a primeira Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE), e no mesmo ano seria aberta as portas da Associação Brasileira Beneficente de Reabilitação (ABBR).

Na década de 60, houve o desenvolvimento de movimentos de pessoas com deficiência (DINNIZ, 2009), que desta forma passaram a ser protagonistas de suas lutas, assim surgiu o modelo social da deficiência que abandonou o ponto de vista meramente biológico, consistindo em ver os portadores de deficiência como pessoas autônomas com plena capacidade de fazer suas escolhas e a partir deste momento, tinham suporte social para isso.

Cresceu a consciência que resultaria no movimento político de pessoas com deficiência, ao fim da década de 70. A “fase heroica” desse movimento coincide com a abertura política, quando se encontram em Brasília no ano de 1980 construíram a pauta comum de reivindicações de seus direitos. Segundo Figueira, “se até aqui a pessoa com deficiência caminhou em silêncio, excluída ou segregada em entidades, a partir de 1981, Ano Internacional da Pessoa Deficiente, promulgado pela ONU, passou a se organizar politicamente”, e em depoimento Sasaki diz que, “pela primeira vez surgiu a palavra pessoa para conferir dignidade e identidade ao conjunto das pessoas deficientes”.

Em 1980, não se permitiu que houvesse uma cidadania separada para pessoas com deficiência, e sim, a inserção de seus direitos nos capítulos da Constituição de 1988.

Em âmbito federal, foi criada em 1986, a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência (Corde) e, em 1999, do Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (Conade).

O conjunto das leis brasileiras destinadas aos direitos das pessoas com deficiência é reconhecido como um dos mais abrangentes do mundo:

- A primeira lei federal abrangente sobre as pessoas com deficiência é a Lei 7.853/1989;
- A acessibilidade é tratada nas Leis 10.048 e 10.098/2000 e no Decreto 5296/2004;

- A Lei 10.436/2002 é específica para a pessoa surda e tornou oficial a Língua Brasileira de Sinais (Libras);
- As pessoas cegas ou com baixa visão, após a Lei 11.126/2005 e o Decreto 5904/2006, podem ingressar e permanecer com o cão-guia em ambientes e transportes coletivos, em lugar preferencial demarcado;
- A Lei 8.112/1990 determinou a reserva de cargos nos concursos públicos e a Lei 8.213/1991 estabeleceu a reserva de 2 a 5% dos cargos nas empresas com 100 ou mais empregados;
- A partir da recente Lei 13.409/2016, tornou-se obrigatória a reserva de vagas para o ingresso de alunos com deficiência nas escolas técnicas e nas instituições de ensino superior federais;
- A Lei 8.742/1993 estabeleceu o atendimento da pessoa com deficiência em diversos tipos de serviços da assistência social.

Por fim, foi instituída em 2015 a Lei Brasileira de Inclusão – Lei 13.146/2015, destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

4.3. Processo de recrutamento e seleção de pessoas portadoras de deficiência

Em se tratando de recrutamento e seleção de PCD's, surgem algumas divergências, enquanto alguns autores sobre o tema dizem que o processo deve ser realizado idem ao de uma pessoa considerada "normal", outros acreditam que deve haver uma reestruturação para atender ao paradigma da inclusão.

O primeiro passo para recrutar uma pessoa com algum tipo de deficiência, é como qualquer outro recrutamento, é necessário analisar qual a natureza da vaga a ser preenchida, quais as qualificações necessárias para a seleção, quantas pessoas devem ser contratadas, etc. esse planejamento ajudará a empresa a decidir o número e tipo de colaboradores que devem ser contratados.

O autor Carreira (1997), defende que o processo de recrutamento deve ser único, também aponta alguns fatores como saúde, educação, transporte e tecnologia que devem ser analisados, pois interferem na inclusão de uma PCD no mercado e não exclusivamente responsabilidade da empresa.

Cabe destacar, que a descrição específica do cargo pode influenciar a contratação de uma pessoa deficiente como em qualquer mecanismo de recrutamento e seleção. Segundo o autor, se o recrutador não conhecer o perfil do cargo e a formação do candidato, pode cometer erros que tornem o contratado incapaz de exercer sua função.

Por outro lado, Garçon (2007), alega que não basta simplesmente inserir o deficiente no mercado de trabalho como a lei exige. Uma PCD precisa de capacitação, transporte, educação, atendimento médico especializado, entre outros; e isso não é responsabilidade apenas da empresa, mas do governo também.

Outro fator a ser analisado antes que o recrutamento onde pretende-se contratar um deficiente se inicie, é a estrutura da empresa, para a inclusão ocorrer a ABNT(2004) afirma que são necessárias adaptações no local de trabalho para que haja conforto e acessibilidade para a PCD. E ainda que a estrutura não se trata exclusivamente da parte física da empresa, mas também é conveniente a sensibilização dos colaboradores sobre a forma de tratamento e esclarecimento de dúvidas, para que realmente exista a inclusão.

É ressaltado por Carreira, a dificuldade que existe em encontrar PCD' s habilitadas, comparado a um recrutamento de pessoas não deficientes, na maior parte das vezes os empresários e principalmente administradores de recursos humanos não sabem onde e nem como procura-las.

Rodrigues (2007), afirma que o RH não está preparado para enfrentar essa questão, e além do despreparo, ainda existe a questão do preconceito, a absurda ideia que o portador de deficiência não conseguirá realizar as tarefas que forem delegadas a ele.

De acordo com Garçon (2007), uma saída para contornar essa situação, é contratar PCD' s para trabalharem em programas de diversidade e recrutamento e seleção de deficientes, pois segundo ele, uma pessoa que vivencia o mesmo "problema", saberá onde encontrar profissionais e as dificuldades que serão enfrentadas.

Araujo (2006), considera que a comunicação bilateral é extremamente importante, principalmente quando se trata de PPD' s, pois é a partir dela que o deficiente se sentirá seguro para aceitar as informações a ele oferecidas.

Carreira ainda diz, que apesar de existirem mais fatores que influenciam a contratação de uma PCD, o processo adotado deve ser o mesmo, a eficiência do processo dependerá dos meios de divulgação usados, e acrescenta que não cabe a empresa procurar um candidato, e sim, PCD ir até a vaga, da mesma que uma pessoa não deficiente.

Todavia a opinião de Carreira, não contempla a visão socialmente responsável que a empresa venha a ter, afinal se a empresa reconhece a necessidade da adaptação do espaço, passa a ser obrigação a adoção de procedimentos e apoios essenciais para

a concretização do ato, pois algumas técnicas usadas para a contratação de pessoas não deficientes podem ser ineficazes.

4.4. Causas para o desemprego

O desemprego para portadores de deficiência é causado por vários motivos, tendo como principal o fato de que a sociedade ainda os vêem como improdutivos e incapazes de exercerem qualquer tipo de função.

A escolaridade e qualificação de deficientes é baixa, pois a exclusão social começa desde a escola, e a falta de fiscalização do MTE (Ministério do Trabalho e Emprego).

Outro motivo para isto é também o descumprimento da Lei das cotas pelas demais empresas que agora pagam multas por isso.

Os deficientes mais afetados pelo desemprego são os intelectuais, por conta do conhecimento cognitivo, que precisam de apoios para serem treinadas diretamente no posto de trabalho.

4.4.1. Sem trabalho a PCD é ainda mais deficiente

As pessoas portadoras de deficiência enfrentam sérias dificuldades nas mais variadas esferas sociais como: escolas, que alegam não ter preparo para receber um indivíduo com determinadas peculiaridades, não tem acesso ao lazer em razão das barreiras arquitetônicas, e muitas vezes também são privadas do direito ao trabalho pelo mesmo problema de infraestrutura.

No Brasil, existem cerca de 9 milhões de PPD's, no qual apenas 2% estão inseridas no mercado de trabalho. Sem conseguir ingressar em uma carreira acadêmica o portador torna-se ainda mais deficiente pois passa a se enxergar como incapaz, muitas vezes a PPD terá certas limitações porém não é motivo para que ela deixe de viver, basta respeitar seu corpo.

4.4.2. A exclusão de pessoas portadoras de deficiência começa desde o âmbito escolar

Primeiramente exclusão são os problemas sociais que levam o indivíduo ao isolamento ou até mesmo à discriminação de um determinado grupo.

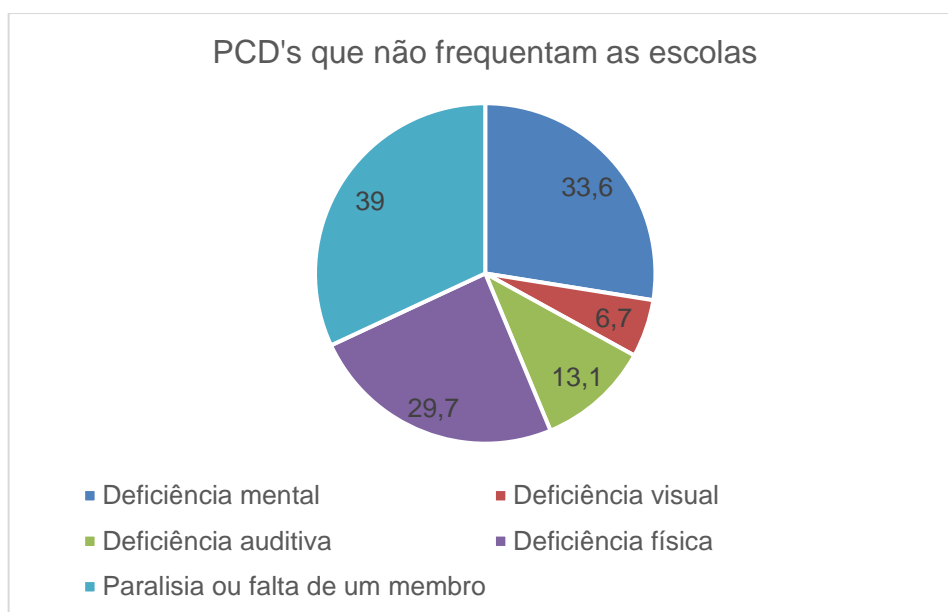
Acontece pois o ambiente escolar muitas vezes não é construído apropriadamente, tendo em mente que um dia o estabelecimento poderá vir a receber uma PCD. E também a cultura brasileira em seus inúmeros equívocos inclui considerar estranho e afastar tudo e todos que são um pouco diferentes, é função dos pais

ensinarem a respeitar e compreender que todos são iguais de maneiras diferentes e função dos professores reafirmarem isso.

A necessidade de inclusão escolar, já reconhecida e defendida por lei, também gera uma necessidade de organização da escola para receber e direcionar a aprendizagem de todos os tipos de alunos. Essa organização depende de ações políticas, pedagógicas, culturais e sociais, que facilitem e proporcionem a interação entre crianças com e sem necessidades especiais.

E acima de tudo, além de aceitação no ambiente escolar, os primeiros a reconhecerem as necessidades especiais de alguém, são os próprios pais; quanto mais rápido esse reconhecimento acontece em casa, melhores condições e maiores chances de sucesso e independência a criança terá.

GRÁFICO 1 - Crianças deficientes que não frequentam a escola



Fonte: o próprio autor

4.5. Só 1% dos brasileiros pcd' s estão no mercado de trabalho

Segundo o IBGE cerca de 24% dos brasileiros, ou seja, 45 milhões de pessoas possuem algum tipo de deficiência. Muitos enfrentam dificuldades de inserção social, e exercer uma função profissional pode ajudar a ultrapassar essas dificuldades. Porém apesar da obrigatoriedade legal, a quantidade de PCD' s inseridas no mercado de trabalho formal ainda é pequena. Apenas 403.255 estão empregados, o que corresponde a menos de 1% das 45 milhões de pessoas com deficiência no país.

Considerando apenas as pessoas com deficiência intelectual, o número de empregados vem crescendo de 25.332 trabalhadores em 2013 para 32.144 em 2015.

De acordo com a procuradora de trabalho, Maria Aparecida Gurgel que alguns dispositivos da lei de inclusão poderiam ser regulamentados e melhor explorados, como o trabalho apoiado e a capacitação pelas próprias empresas, a exemplo do que é feito pela APAE-DF. Para ela, as empresas também devem abrir oportunidades para as pessoas com deficiência intelectual em todas as funções. A procuradora do Trabalho, Maria Aparecida Gurgel, explicou que alguns dispositivos da lei de inclusão poderiam ser regulamentados e melhor explorados, como o trabalho apoiado e a capacitação pelas próprias empresas, a exemplo do que é feito pela APAE-DF. Para ela, as empresas também devem abrir oportunidades para as pessoas com deficiência intelectual em todas as funções.

4.5.1. O despreparo das empresas. Acessibilidade e adaptação do ambiente de trabalho

Muitas empresas reclamam que existe descompromisso com o trabalho da parte de PCD's, como na pontualidade, tarefas a serem realizadas e reivindicam um tratamento diferenciado.

No entanto, é importante ressaltar que a pessoa com deficiência necessita, em alguns casos, de horários mais flexíveis, pois devido a sua condição física/médica, precisa de tratamentos de reabilitação, como fisioterapia, fonoaudiologia ou terapia ocupacional, para que possa ter qualidade de vida e exercer o trabalho de forma mais produtiva. Portanto, a adoção de esquemas flexíveis no horário de trabalho é essencial para o bem-estar de algumas pessoas e deve fazer parte do programa de inclusão das empresas. Neste caso, a falta de informação por parte das empresas sobre as condições clínicas desses indivíduos dificulta a contratação ou mesmo a permanência deles no trabalho.

As ações de sensibilização e adequação do posto de trabalho que visam dar condições de igualdade são essenciais para modificar a relação de trabalho entre as pessoas com e sem deficiência.

Neste sentido, profissionais do setor de recursos humanos têm um papel fundamental no processo de inclusão. Eles são os responsáveis por receber os novos trabalhadores e por orientar os outros quanto à questão da deficiência, reduzindo assim, a falta de informação que pode levar à discriminação e a resistência na contratação desses indivíduos. Portanto, atividades de sensibilização têm função muito importante neste processo e devem incluir todos os funcionários.

4.6. Problematizando a relação entre estado, sociedade e organizações em torno da inclusão das PCD' s

Primeiramente é necessário que se perceba o paradoxo que existe por trás de uma lei ou declaração de direitos. Por um lado, o texto expressa os direitos de um determinado grupo, por outro leva a crer que a necessidade da formulação da mesma, significa que os direitos a que se refere não estão sendo reconhecidos ou respeitados pela sociedade.

Se por um ângulo tal lei defende, por outro ela demarca e formaliza a diferença entre as pessoas, no caso portadoras de deficiência e as consideradas não deficientes; é necessária cautela para não tornar diferenças físicas, sensoriais ou mentais em diferenças sociais.

Inserir PCD' s no mercado de trabalho tem sido uma tarefa difícil, em primeiro lugar é necessário que seus talentos sejam reconhecidos, tarefa que não é nada fácil para pessoas que tiveram seu desenvolvimento dentro de padrões considerados normais, tamanha dificuldade um pouco em razão da complexidade de tal tema. Entretanto, as mudanças viriam em favor da diversidade e do reconhecimento da igualdade humana.

4.7. Acessibilidade em locais de lazer para crianças portadoras de deficiência

De acordo com a Lei número 11.982, ao menos 5% dos brinquedos ou equipamentos em parques de diversões devem ser adaptados para portadores de deficiência ou que possuem mobilidade reduzida.

No Brasil, atualmente a situação da maioria dos parques de diversões é precária, com brinquedos velhos, sem manutenção, oferecem risco não só a deficientes, mas a todos. Os mesmos alegam que existe determinada dificuldade em adaptar todos os brinquedos, pois dizem que afeta a funcionalidade e características; porém os parques de diversões que não cumprirem com a Lei pode até perder o alvará de funcionamento.

Em alguns lugares a prefeitura está criando consciência, em Curitiba por exemplo foram construídos parquinhos infantis com gangorra, balanço, tirolesa e skate adaptados.

Brincar é essencial para os pequenos, atiça a curiosidade, desenvolve a imaginação e diverte; ao ar livre então, existem muito mais vantagens, como o contato com a luz do sol, prática de atividades físicas e não é diferente para PCD' s, por isso importância de parquinhos adaptados.

E também os playgrounds terem brinquedos acessíveis a todos, ajuda na inclusão das crianças, ensina-as a valorizar a amizade acima de qualquer diferença.

4.8. Aposentadoria por invalidez

Aposentadoria por invalidez é um benefício previdenciário recebido por pessoas que em razão de alguma moléstia ou incapacidade não pode mais exercer atividades laborativas.

Para receber a aposentadoria por invalidez, o indivíduo deve cumprir aos requisitos, ou seja, que cumpra a carência mínima e tenha sido acometido de alguma incapacidade que o impossibilite para o trabalho.

Os requisitos são carência, capacidade de segurado e incapacidade.

A Aposentadoria por Invalidez será cessada se o segurado voltar a trabalhar, quando falecer, ou quando recuperar a capacidade para o trabalho.

4.8.1. A Dificuldade de Deficientes em Aposentar

Segundo a perícia realizada no INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), alguns segurados que buscam sua aposentadoria têm encontrado dificuldades.

Poucos são os segurados que saem aposentados, entretanto muitos ficam devendo tempo de contribuição, pois o sistema de pontos exigido pela Previdência, estaria quase impossível atingir o grau de deficiência grave.

Mesmo com um documento sendo apresentado pela perícia, o benefício, muitas vezes, ainda é negado.

Para o advogado Sérgio Salvador, um dos maiores obstáculos é a burocracia, "O benefício é feito em etapas, sendo a primeira do agendamento, a segunda do entendimento, a terceira da perícia médica, a quarta da avaliação social e a última do resultado final. Entre elas, em algumas agências, o prazo é de meses".

Tempo de contribuição:

- Para pedir o benefício é preciso:
- Comprovar que estava deficiente há, no mínimo, dois anos antes do pedido da aposentadoria. Ter no mínimo 15 anos de contribuição como deficiente;
- Segurado com deficiência leve:
- Tempo mínimo de contribuição: 33 anos para homens e 28 anos para mulheres;
- Segurado com deficiência moderada:
- Tempo mínimo de contribuição: 29 anos para homens e 24 anos para mulheres;
- Segurado com deficiência grave:
- Tempo mínimo de contribuição: 25 anos para homens e 20 anos para mulheres.

4.9. Cotas, ajudam, mas falta inclusão

Em 1989 o presidente José Sarney deu início a tal lei, para que a ideia de igualdade começasse a fazer efeito na sociedade em geral, sendo então considerada pela BBC somente em 2004 entrando em vigor no ano de 2015.

A Lei exige que toda empresa de grande porte – com cem ou mais empregados – deverá preencher de 2% a 5% por cento dos seus cargos, com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, na seguinte proporção:

- De 100 a 200 empregados – 2%
- De 201 a 500 empregados – 3%
- De 501 a 1.000 empregados – 4%
- De 1.001 em diante – 5%

Muitas empresas sentem receio ao contratar pessoas portadoras de deficiência, pois não sabem como as mesmas irão se adaptar ao ambiente e as funções a serem exercidas. Não somente por receio, mas a falta de interesse é maior que tudo, apenas pelo fato do preconceito ainda existente, sendo contratados também apenas para cumprirem a lei federal.

Esse processo desestruturado, focado apenas em bater as cotas, traz resultados ruins para todos. Desta forma pessoas perdem por não serem valorizadas por suas competências e as empresas também perdem possuindo equipes despreparadas, colaboradores desmotivados e conseqüentemente taxas de absenteísmo acima de esperado.

Apesar desta lei ser a mais conhecida não é a única legislação que trata de inclusão social, antes de sua criação, a constituição brasileira garantia alguns direitos básicos á pessoas portadoras de deficiência, como acesso à saúde, educação e transporte. E com o passar do tempo leis mais específicas foram criadas para deixar as obrigações das empresas com essas pessoas mais claras.

Cerca de 33% dos gestores não tem resistência em contratar pessoas portadoras de deficiência, entretanto os outros 67% ainda resistem, pois as consideram incapazes de exercerem as funções que uma pessoa considerada “normal” exerceria. Sendo assim, boa parte contratando somente pelo fato da lei existente para cumprir as cotas.

Um dos problemas mais enfrentados pelos deficientes é na hora do recrutamento e seleção, pois muitos acabam se sentindo desprezados devido ao fato de tais abordagens feitas.

Em muitos casos quando o entrevistador vê que o candidato se trata de um PPD, pensa em dispensa-lo em primeiro momento, mudando somente de ideia após analisar seu currículo, percebendo que o tal é totalmente qualificado se encaixando nos requisitos da empresa.

Segue abaixo o depoimento do senhor Jose Wilson de Souza:

“Eu recebi o encaminhamento para uma entrevista e a pessoa designada para receber os currículos conversou comigo, mas não olhou nos meus olhos. Ele pegou meu currículo e virou as costas, quando percebeu que eu tinha curso superior, ficou surpreso e voltou. Eu disse que não tinha como esperar o entrevistador, eu queria a vaga, mas não quero mais. Disse: ‘Essa empresa não merece uma pessoa com deficiência qualificada, vocês precisam rever seus conselhos’”.

4.10. O que as pessoas com deficiência enfrentam no mercado de trabalho

Dentre os maiores obstáculos enfrentados pelos portadores de deficiência estão as barreiras arquitetônicas, e mais, ainda existe a dificuldade de comunicação com pessoas cegas e surdas, coisas que parecem tão simples, mas que fazem muitas PCD’s desistirem de procurar vagas de emprego, mesmo sendo extremamente capacitadas.

“Um estudo realizado em setembro de 2016 pelos sites “Vagas.com” e “Talento incluir” apontou que, de 4319 pessoas, 62% relataram enfrentar algum tipo de dificuldade no mercado de trabalho. Dentre os participantes (portadores de deficiência física, auditiva, visual, intelectual e pessoas reabilitadas pelo INSS), os problemas mais mencionados foram a falta de oportunidade para o perfil profissional (66%), baixos salários (40%), ausência de plano de carreira (38%) e falta de acessibilidade (16%).”

No geral, toda essa dificuldade acontece porque as empresas não estão preparadas para receber um profissional que necessite de condições especiais de trabalho. Contratar um portador de deficiência é sinal de responsabilidade social, porém é preciso saber lidar com alguém que, porventura, precise de auxílios.

É importante que as empresas sejam adaptadas para receber PCD’s, um cadeirante por exemplo precisa de espaço amplo, portas largas; um deficiente auditivo necessita de alguém que saiba libras (linguagem de sinais) e para uma pessoa deficiente visual, documentos em braile.

5. APRESENTAÇÃO DE RESULTADOS

Por meio deste trabalho viu-se que o processo de recrutamento e seleção para pessoas portadoras de deficiência ainda é uma questão, começando pela abordagem da entrevista que muitos sentem receio em fazer, em seguida entram as perguntas, a estrutura do local, a vaga a ser preenchida e assim segue. Talvez seja esse um dos motivos, embora um tanto banal, que levam os gestores e entrevistadores a resistirem tanto para contratar uma PPD. Contratando-as apenas para seguir a lei e cumprir a cota.

A Lei das Cotas realmente ajuda os portadores de deficiência a conseguirem emprego, porém, existe uma contradição, ela ajuda por um lado, mas por outro expressa que é necessária uma declaração de direitos para que a PPD tenha seu lugar na sociedade.

Alguns fatores levam os deficientes a desistirem de procurar uma vaga de emprego, entretanto a oportunidade não vai bater em sua porta, da mesma forma que não bate na de ninguém; a partir do momento que se fala de igualdade, subentende-se que da mesma maneira que todos têm direitos, também têm deveres a serem cumpridos.

Considerando que a discriminação já se inicia no âmbito escolar, é dever dos pais passarem valores para seus filhos, para respeitar acima de tudo. Não só a prefeitura, como o governo também, deveria incluir libras na proposta, para que todos pudessem se comunicar, seria um passo mais próximo da inclusão e um passo mais longe do isolamento.

Retornando ao assunto das cotas, se analisada a lei em si, é um pouco preconceituosa, pois aparenta insinuar que pelo fato de ser uma pessoa deficiente ela não possui capacitação e nem qualificação para trabalhar e por isso precisa de uma lei que obrigue sua contratação.

Ao longo dos anos temos muitos exemplos de pessoas portadoras de alguma deficiência que superaram todas as barreiras. Tomando por exemplo o jogador argentino de futebol Lionel Messi, ele possui uma forma de autismo, porém usou isso a seu favor, ele possui um nível mais alto de concentração; Claudius, um imperador romano que deixou sua marca na história possuía uma deficiência física, era manco e levemente surdo, algo que levou sua própria mãe a chama-lo de monstro, mas mesmo assim tornou-se imperador; e como último exemplo mas não menos importante, temos o renomadíssimo compositor Ludwig Van Beethoven, , que ficou surdo com o passar do tempo e mesmo assim compôs sua nona sinfonia, a surdez poderia ter o impedido mas pelo contrário ele regeu a orquestra que apresentou sua nova música pela primeira vez, assim mostrando ao mundo que, nada pode te abater se você não permitir.

6. SUGESTÕES DE MELHORIA

A criação de uma lei que exija o nivelamento em todas as calçadas, para facilitar o tráfego de cadeirantes e pessoas com mobilidade reduzida.

Inclusão de aulas de Libras na grade escolar e conscientização infantil em relação ao assunto, para crescerem sem preconceito, entendendo que algumas pessoas possuem mais necessidades.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados obtidos através do Trabalho de Conclusão de Curso mostraram que algumas empresas sentem receio ao contratarem PCD's. Todavia também revelou que muitos dos portadores de deficiência, principalmente os que recebem auxílio, acabaram se acomodando, assim não procurando por emprego.

Por outro lado, existe uma outra parte, aqueles que não desistem e além de conseguirem um emprego, atingem destaque em sua área de atuação.

Sendo assim, não basta uma lei exigindo a inclusão, se o próprio deficiente não quiser ser incluso, por sentir-se diferente das demais pessoas. A aceitação deve vir de ambas as partes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Amcham. **Cotas ajudam, mas falta inclusão: o que pessoas com deficiência enfrentam no mercado de trabalho.** Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/blogs/ecoando/cotas-ajudam-mas-falta-inclusao-o-que-pessoas-com-deficiencia-enfretam-no-mercado-de-trabalho/>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

RIBEIRO, Thiago Helton M. **O movimento político das pessoas com deficiência: a mitigada representação democrática da maior das minorias no Brasil.** Disponível em: <<https://thiagohelton.jusbrasil.com.br/artigos/485939920/o-movimento-politico-das-pessoas-com-deficiencia-a-mitigada-representacao-democratica-da-maior-das-minoriss-no-brasil>>. Acesso em:

VANINI, Eduardo. **Mesmo com lei de cotas, pessoas com deficiência ainda enfrentam dificuldades no mercado.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/mesmo-com-lei-de-cotas-pessoas-com-deficiencia-ainda-enfretam-dificuldades-no-mercado-21463482>>. Acesso em:

FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. **As ações afirmativas enquanto políticas de inserção de pessoas portadoras de deficiência no mercado de trabalho.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20575/as-acoes-afirmativas-enquanto-politicas-de-insercao-de-pessoas-portadores-de-deficiencia-no-mercado-de-trabalho>>. Acessado em: 14 Jun. 2012. 14h

VARDÉLI, Andreia. **Apenas 1% dos brasileiros com deficiência está no mercado de trabalho.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/apenas-1-dos-brasileiros-com-deficiencia-esta-no-mercado-de>>

APENDICE A – Questionário para pesquisa de campo realizada

1- No processo de recrutamento e seleção costuma ter preferência por algum sexo?

Sim Não

2- Você contrataria um portador de deficiência?

Sim Não

3- Portadores de deficiência causariam algum tipo de prejuízo à sua empresa?

Sim Não Talvez

4- Para você deficientes podem desempenhar as mesmas funções que uma pessoa sem a tal?

Sim Não Talvez

5- Você é a favor das cotas para deficientes?

Sim Não

6- Em algum momento um portador de deficiência veio a seu estabelecimento à procura de emprego?

CONHECIMENTO, FISCALIZAÇÃO E PUNIBILIDADE NA CONTRAÇÃO DE PERTURBAÇÃO DO TRABALHO E SOSSEGO ALHEIOS

JOSIAS FELIX DE SOUZA: Bacharelado do curso de Direito na faculdade Universidade Brasil

ADEMIR GASQUES SANCHES

(Orientador)

RESUMO: Este artigo trata-se de uma revisão literária e doutrinária dos conflitos sociais que envolvem a problemática da contração penal disciplinada pelo artigo 42 da Lei das Contrações Penais Nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Quanto à atuação do agente público no atendimento de ocorrências de perturbação da tranquilidade pública, bem como a importância da elaboração de Termo Circunstanciado e envio direto ao Juizado Criminal Especial, por se tratar de uma infração de menor potencial ofensivo. Bem como, disciplinar e harmonizar o convívio social, uma vez que a tranquilidade pública seja infringida por excessos de barulhos, algazaras, gritarias, shows, som automotivo. Assim, a revisão literária e doutrinária da contração em questão, se faz necessária, pois, muitos cometem esta ilegalidade por saber que a fiscalização é falha e quando ocorre, a punibilidade é ínfima, comparado aos danos sofridos, seja pelo direito coletivo ou individual afetados, porque todo indivíduo tem o direito constitucional de viver em paz, com qualidade de vida, sem que o sossego alheio seja indevidamente perturbado.

Palavras-Chave: Contração, perturbação, sossego.

ABSTRACT: This article is a literary and doctrinal review of social conflicts that involve the problem of criminal misdemeanor disciplined by Article 42 of the Criminal Misdemeanor Law No. 3,688, of October 3, 1941. Regarding the performance of the public agent in dealing with incidents disturbance of public tranquility, as well as the importance of preparing a Detailed Term and sending it directly to the Special Criminal Court, as it is an offense with less offensive potential. As well as, to discipline and harmonize social interaction, once the public tranquility is violated by excesses of noise, noise, shouting, concerts, automotive sound. Thus, the literary and doctrinal revision of the misdemeanor in question is necessary, since many commit this illegality because they know that the inspection is flawed and when it occurs, the punishment is negligible, compared to the damages suffered, whether by the collective or individual law affected, because every individual has the constitutional right to live in peace, with quality of life, without the rest of others being unduly disturbed.

Keywords: Misdemeanor, disturbance, peace

1 INTRODUÇÃO

O estudo das diversas disciplinas jurídicas e sociais nos remete a profundas reflexões acerca do convívio em sociedade. Pois não é de hoje que ao conviver com outros indivíduos, o ser humano, até mesmo os animais, se deparam com embates sociais por divergências de atitudes e de pensamentos.

Ademais, acerca do conceito de sociedade segundo Ferreira (2010, p. 706):

Sociedade: 1. Agrupamento de seres que vivem em estado gregário. 2. Grupo de indivíduos que vivem por vontade própria sob normas comuns; comunidade. 3. Grupo de pessoas que, submetidas a um regulamento, exercem atividades comuns ou defendem interesses comuns; grêmio, associação, agremiação. 4. Meio humano em que o indivíduo está integrado. 5. Contrato pelo qual pessoas se obrigam a reunir esforços ou recursos para a consecução dum fim comum.

Assim, pode-se inferir que convívio social se trata do relacionamento entre seres humanos, e que estes são dotados de direitos, quer sejam individuais, quer sejam coletivos.

Torna-se clara a intenção do legislador em estabelecer estes direitos, pois buscou harmonizar o convívio social ao ponto que inseriu esta preocupação no bojo do texto constitucional nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a Constituição Brasileira, que diz o seguinte em seu artigo 3º:

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

I - **construir uma sociedade livre, justa e solidária;**

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais;**

IV - **promover o bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (GRIFO NOSSO).

A partir daí, não há de se olvidar que seria necessária a tutela jurisdicional do Estado em algum momento, pois, seja em curto ou longo prazo, do convívio em

sociedade resulta conflitos, que devem ser dirimidos, muitas vezes judicialmente. Conforme o texto Constitucional em seu artigo 5º, inciso XXXV:

Art.5 [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Sabidamente ao senso comum a conscientização e respeito mútuo evitaria demasiados conflitos sociais, todavia incumbe ao Estado-Juiz a aplicabilidade das medidas administrativas pertinentes no caso da contravenção de perturbação ao sossego alheio. Pois os direitos de ambos os indivíduos devem coexistir, e não o de um sobrepor ao dos demais, como por exemplo um sujeito que possui um veículo com escapamento ruidoso, se achar no direito daquilo que lhe é agradável ser a toda a sociedade. O mesmo acontece nos casos, de som alto, festas, brigas etc.

Assim, o objetivo do presente trabalho é de realizar uma revisão da literatura, doutrina e jurisprudência acerca da pena da conduta infratora da contravenção penal de perturbação do sossego e tranquilidade alheios, uma vez que esta foi estabelecido outrora, quando os indivíduos tinham comportamentos diferentes dos atuais, pois os comportamentos sociais desenvolveram-se de uma forma não prevista pelo legislador, logo tal infração é inúmeras vezes cometida sem que haja punição, seja porque a pena é muito branda ou a fiscalização é defeituosa.

2 PERTURBAÇÃO DO TRABALHO OU SOSSEGO ALHEIO

A tranquilidade pública ou coletiva abrange o direito ao sossego, ou seja, a possibilidade de o indivíduo viver em paz e harmoniza com o meio, sem que haja perturbações de ordem criminal ou cível. Podemos extrair da carta magna brasileira, a Constituição Federal em seu artigo 225:

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.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, enquanto que o sujeito passivo é primariamente, a sociedade e a coletividade e, secundariamente, os indivíduos que forem diretamente afetados. Contudo o dispositivo em questão fora criado a época, para tutelar nos aspectos ambientais de maneira estrita, todavia, podemos perceber a necessidade de interpretação ampla da norma constitucional pois o direito deve evoluir a medida que os costumes se modificam.

Especificamente no caso de perturbação do trabalho e sossego alheio o dispositivo está contido na Lei de Contravenções Penais, pois a conduta não é tipificada como crime. Há ainda outras legislações que tratam do assunto fora do âmbito penal, como por exemplo: Lei Federal nº9.605/1998 – Lei de Crimes contra o meio ambiente, que no artigo 54 estabelece pena de prisão e multa por poluição de qualquer natureza; Decreto Estadual nº62.472/2017 que dispõe sobre a emissão de ruídos sonoros provenientes de aparelhos de som portáteis ou instalados em veículos automotores estacionados no estado de São Paulo.

Para que esteja caracterizada a contravenção penal é necessário que esta perturbação seja realizada mediante uma das formas definidas nos incisos do art.42 da Lei de Contravenções Penais, bem como o art. 65 da referida Lei, reforça o ato de perturbar tranquilidade alheia, ser punida também com multa.

Art. 42. **Perturbar** alguém o trabalho ou o **sossego alheios**:

I – **com gritaria ou algazarra**;

II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III – **abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos**;

IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. (GRIFO NOSSO)

Art. 65. **Molestar** alguém ou perturbar-lhe a **tranquilidade**, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. (GRIFO NOSSO)

Destarte, pode-se aduzir que, são exemplos de infrações penais, o proprietário de um estabelecimento comercial que perturba a vizinhança de modo significativo com

a manutenção de som alto e algazarra em seu bar, pratica o ilícito descrito no art. 42, inc. III. Bem como, o que realiza apresentações e músicas ao vivo e causa barulho acima dos limites tolerados, em horário avançado, sendo irrelevantes à autorização para funcionamento do estabelecimento ou a mudança posterior da conduta.

Todavia, o fato da conduta não ser tipificada no Código Penal Brasileiro, demonstra o quanto a legislação está ultrapassada, e merece ser revista.

Nítido é a antiguidade da lei, que a jurisprudência pátria se faz forte nesse sentido:

O abuso de instrumentos sonoros e sinais acústicos: “constitui infração do art. 42, III, da Lei das Contravenções Penais o proceder de quem, abusando de instrumentos sonoros, que liga em alto volume, sobre tudo às horas mortas da noite, perturba o sossego alheio” (TACrimSP – RT, 758/573).

Assim, pode-se notar através dos entendimentos jurisprudenciais acima colacionados que uma pessoa que faz uma confraternização com o alto volume de som e incomoda a vizinhos, pratica a contravenção penal em estudo.

A desinformação dos direitos e deveres sobre a tranquilidade pública no produz conflitos que poderiam ser facilmente evitados se todos utilizassem o bom senso e respeitassem o direito alheio.

Na análise da contravenção em comento, pode-se chegar na identificação de seus elementos constitutivos, quais sejam: elemento subjetivo, consumação e tentativa.

O elemento subjetivo da contravenção em estudo será sempre o dolo. Contudo, a jurisprudência Paulista já lançou entendimento que para configuração do elemento subjetivo da perturbação, apenas basta a mera vontade.

Considera-se consumada a contravenção quando ocorre a efetiva perturbação do trabalho ou sossego alheios, ou seja, havendo incomodo de terceiros pelos atos praticados, consumado está o ato. Conclui-se, portanto, que não se admite tentativa do ilícito em comento.

Desta forma, a intenção do legislador é tutelar a paz pública, a tranquilidade e o direito ao sossego, a qual tem previsão legal amparada no artigo 1.277 CC.

Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Assim, como fica evidente no texto expositivo do art.3º da Lei de Contravenções Penais.

Art. 3º Para a existência da contravenção, basta a **ação ou omissão voluntária**. Deve-se, todavia, ter em conta o **dolo** ou a **culpa**, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico. (GRIFO NOSSO)

O crime é da competência da Justiça Estadual ou Federal, tem ação penal pública ou privada, de acordo com o artigo 100 do Código Penal Brasileiro.

Art. 100. A ação penal é **pública**, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo **Ministério Público**, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do **Ministro da Justiça**.

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante **queixa do ofendido** ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (GRIFO NOSSO)

Importante destacar o limite temporal do artigo 75 Código Penal, com o artigo 10º da Lei das Contravenções Penais.

Art. 10. A duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a **cinco anos**, nem a importância de multas ultrapassar cinquenta contos.

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser **superior a 40** (quarenta) anos.

- **1º** Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.
- **2º** Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (GRIFO NOSSO)

Relevante esclarecer quanto à tentativa dos crimes disciplinados no Código Penal Brasileiro, há previsibilidade de punição, artigo 14. Porém, nos crimes citados na Lei de Contravenções Penais, não há punibilidade para a tentativa, conforme o texto literário do artigo 4º.

Art. 14 - Diz-se o crime:

Crime consumado

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (GRIFO NOSSO)

Há de se evidenciar que a previsão na Lei de contravenções penais não trata exclusivamente da perturbação ao sossego da sociedade, mas do meio ambiente como um todo. Sendo esta complementada por outras legislações como por exemplo o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) no artigo 228:

Art. 228. Usar no veículo equipamento com som em volume ou frequência que não sejam autorizados pelo CONTRAN:

Infração - grave;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - retenção do veículo para regularização.

Fica evidente no artigo citado acima que, para fins diversos, a ação ruidosa pode receber autorização específica se for relevante ao serviço público ou atividade

diversa permitida pela autoridade, porém considera-se o uso ordinário ou cotidiano, infração para qualquer forma de som considerado abusivo em vias e locais públicos.

Assim, compete a polícia militar, com base no artigo 23 do CTB a fiscalização, e nas ocorrências constatadas pelos agentes a aplicação do estipulado no artigo supra, ou seja, multa e a medida administrativa de retenção do veículo.

Art. 23. Compete às Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal:

III - executar a fiscalização de trânsito, quando e conforme convênio firmado, como agente do órgão ou entidade executivos de trânsito ou executivos rodoviários, concomitantemente com os demais agentes credenciados;

Ademais, temos como exemplo ainda na cidade de São Paulo o Programa de Silêncio Urbano (PSIU) que atua na fiscalização de estabelecimentos comerciais que prevê em seus artigos 146 e 147 o seguinte:

Art. 146. Fica proibida a emissão de ruídos, produzidos por quaisquer meios ou de quaisquer espécies, com níveis superiores aos determinados pela legislação federal, estadual ou municipal, prevalecendo a mais restritiva.

[...]

Art. 147. Os estabelecimentos que comercializem bebida alcoólica e que funcionem com portas, janelas ou quaisquer vãos abertos, ou ainda, que utilizem terraços, varandas ou espaços assemelhados, bem como aqueles cujo funcionamento cause prejuízo ao sossego público, não poderão funcionar entre 1h e 5h. § 1º A fiscalização da infração ao disposto no "caput" deste artigo independe de medição por sonômetro.

3 DA ATUAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR NO ATENDIMENTO DE OCORRÊNCIA

Tendo sido o sossego de determinado indivíduo tolhido, o mesmo deverá contatar a Polícia Militar, assim, basta uma ligação para número 190, não sendo necessária a não identificação do solicitante, que a perturbação do sossego estará consumada. Como procedimento, quem reclama do som alto não é obrigado a comparecer no local para que a polícia tome as providências, mas será obrigado a fornecer dados para ser qualificado como vítima ou testemunha.

No caso de uma reclamação por perturbação do sossego, o responsável pela contravenção será, primeiro, advertido sobre seu ato, e que pare com a irregularidade penal. E no caso de persistir, poderá ser preso, já que estará cometendo o crime de desobediência, sendo também apreendido o objeto que está causando a perturbação, quando for o caso. Um exemplo do caso concreto é o motorista que esteja com o som alto demais, independentemente do lugar, este também pode passar pela mesma situação, sendo advertido pelo policial sobre o incômodo que está provocando, o qual, não acatando a ordem, terá cometido, antes de tudo, a contravenção e, em seguida, o crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal, vez que a ordem do policial está dentro da lei.

Bem como explicita a literatura do artigo 17 da Lei das Contravenções Penais que a ação penal é pública, devendo o agente agir de ofício, após constatar a irregularidade.

Contudo, o primeiro passo deve-se tentar resolver a situação de forma amistosa e, caso a medida não surta os efeitos desejados, buscar ajuda policial, bem como, de um advogado para que sejam adotadas as medidas pertinentes.

De grande valia processual é a elaboração do termo circunstanciado pelo policial militar para a solução do conflito debatido, vez que, já existe texto legislativo à respeito, a Lei 9.099/95, pois trata especificamente de crimes de menor potencial ofensivo, que tem a finalidade de fazer com que os processos sejam tratados de forma mais simples e céleres, onde o legislador substituiu o inquérito policial pelo Termo Circunstanciado.

Assim, com o envio direto ao Juizado Especial criminal pela Polícia Militar, a resposta a sociedade se torna mais rápida e eficiente. Conforme podemos extrair do artigo 69 da Lei 9099/95:

Art. 69 – A Autoridade Policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança.

De modo que, possa ao indivíduo prejudicado ter a solução de seu problema o mais breve possível.

Na Polícia Militar do Estado de São Paulo, o miliciano que exerce suas funções em contato direto com a sociedade, chamada de infantaria, recebe as seguintes orientações e determinações para o atendimento de ocorrência no tema relativo a este trabalho.

Após a solicitação para atendimento de ocorrência de perturbação do sossego público, através de ligação 190, em que não é exigido a identificação do solicitante, a central de operações da Polícia Militar, denominado COPOM, redireciona a chamada através de rádio aos patrulheiros de plantão da localidade do fato. Uma vez acionados, os policiais militares deslocam-se ao local da importunação e tentam fazer contato direto com o proprietário da residência ou do veículo automotor causador do volume em excesso. Assim, é feito, primeiramente, uma orientação ao indivíduo para que não haja mais perturbação do sossego alheio, tentando solucionar o problema de forma amistosa, e que se houver nova solicitação no mesmo local e dia, será registrado o boletim de ocorrência, apreensão do objeto que está propagando o som alto, bem como a apresentação dos envolvidos à Polícia Civil.

Na aproximação do local informado, os policiais militares, até mesmo por se tratar de uma atividade crítica, faz uma previa avaliação do número de pessoas envolvidas e tenta mediar o conflito, sempre se pautando do bom senso, mas na maioria das vezes, há necessidade de apoio de outros policiais militares, pois os ânimos estão exaltados, as pessoas estão embriagadas, as ruas ficam interditadas com mesas, cadeiras, veículos, entre outros ilícitos penais.

Na constatação visual de pessoa armada, deve-se realizar a busca pessoal e identificar o responsável imediatamente, evitando maiores transtorno, pois a Polícia Militar preza pela vida, integridade física e a dignidade da pessoa humana.

Caso o solicitante não for identificado, deve-se reconhecer o autor e procurar cessar a perturbação, valendo-se da Mediação Comunitária.

Núcleo de Mediação Comunitária da Polícia Militar do Estado de São Paulo, trata-se de uma forma de solução de conflito gratuita, no qual, será solicitado que o autor e o solicitante, compareçam à base da polícia militar local, para uma reunião, com dia e hora marcada, em concordância para os envolvidos, onde as respectivas versões serão ouvidas pelo mediador (policial militar capacitado e treinado) e ambos encontrarão uma solução pacífica e registrarão um termo de mediação extrajudicial e assinarão, o qual possui validade jurídica e nada impede que se o fato voltar a acontecer novamente, ambos podem iniciar o devido processo legal na justiça comum, respeitando o prazo de seis meses para a representação pertinente ao caso.

No caso de identificação do solicitante que não deseja registrar a ocorrência, este deverá ser ouvido pelo policial militar para conhecer os motivos da reclamação,

procurar acalmar os ânimos, cessar a perturbação, valendo-se da mediação, qualificar as partes e elaborar BOPM, solicitar os documentos pessoais, realizar pesquisa e elaborar RAIA (Relatório sobre Averiguação de Infração Administrativa). De acordo com o art.17 do decreto-lei nº 3.688/41 (Lei de Contravenções penais), a ação penal é pública devendo a autoridade proceder de ofício.

Já nas ocorrências de perturbação envolvendo veículo, além de identificar o condutor, pesquisar o emplacamento, deve-se adotar as medidas administrativas necessárias, conforme legislação de trânsito vigente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O convívio social acelerado tornou as relações interpessoais mais enigmáticas e exige do Estado, o qual é o guardião da paz pública, uma solução mais célere aos atos contravençionais de perturbação do sossego alheio, bem como a participação da sociedade como um todo, quer seja na convivência harmônica com o meio, ou na conscientização da população da importância de se manter a paz social, e em último caso em fazer cumprir a legislação pertinente, no que tange a aplicabilidade das penas descritas.

Tendo em vista a sistemática do assunto abordado, a Polícia Militar, em seu poder de polícia, deve e tem competência para elaborar o Termo Circunstanciado e envio ao Juizado Especial Criminal, estabelecido pela Lei 9.099/95, para a solução aos conflitos sociais, atingidos pela perturbação do sossego alheios.

Ao examinar o bem jurídico tutelado pelo referido artigo, há de se considerar que o legislador a certou em proteger a paz e tranquilidade pública. Todavia, é nítido que a pena deve ser reanalisada, uma vez que o homem só respeita aquilo que teme, e seria uma forma de disciplinar as condutas humanas.

Apesar das inúmeras adversidades que todo conflito social traz, o melhor caminho para solução eficaz da contravenção penal de perturbação do trabalho e sossego alheios, se faz pela união de todos, ou seja, pelo envolvimento das autoridades de Segurança Pública, pelo Poder Judiciário e pelos integrantes da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm> Acesso em 19/11/2020.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. In: Vade Mecum Saraiva. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 17/11/2020.

BRASIL. **Dos juizados especiais cíveis e criminais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> Acesso em 21/11/2020.

BRASIL. **Lei das contravenções penais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm> Acesso em 17/11/2020.

FERREIRA, A.B. de O. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa.** 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

SÃO PAULO. **Plano diretor estratégico.** Acesso em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317849>> Acesso em 19/11/2020.

A MATERNIDADE SOLO E O DIREITO À CRECHE DURANTE A PANDEMIA COVID-19

FRANCIELE CRISTINE AVELINA VAZ:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA e simultaneamente graduando no curso de Administração na Universidade Estácio de Sá.

RESUMO: O presente artigo analisa a magnitude do direito constitucional à creche para as mães solo no período da pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2, popularmente conhecida como Covid-19. Haja vista que atualmente 47,5% dos domicílios do país são chefiados por mulheres, este trabalho buscará analisar como adequar as demandas da maternidade solo sem a abertura das creches públicas e particulares durante a pandemia Covid-19. O trabalho possui relevância social, jurídica, tecnológica, biológica, psicológica, política e educacional. Apresentar como vão trabalhar, ainda que em *home office*, se não há onde deixar os filhos, o que a iniciativa privada pode fazer à respeito e, mais importante, o que o Estado pode fazer à respeito. Para a elaboração deste estudo é abordado o método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica, destacando princípios constitucionais fundamentais, legislações pertinentes e doutrinas.

PALAVRAS CHAVE: DIREITO À CRECHE, MATERNIDADE SOLO, DIREITO AO TRABALHO, PANDEMIA, COVID-19.

ABSTRACT: The present article analyses to point out the magnitude of the constitutional right to have childcare for solo mothers during the pandemic period caused by the SARS-CoV-2 virus, popularly known as Covid-19. Bearing in mind that currently 47.5% head of households in this country are women, this work will seek to analyze how to adapt the demands of solo motherhood without the opening of public and private childcare centers during the Covid-19 pandemic. The current work has social, legal, technological, biological, psychological, political and educational relevance. Show how those mothers will work, even if in home office, if there is nowhere to leave children, what the private sector can do about it and, more importantly, what the State can do about it. For the elaboration of this study the deductive method is approached, with the bibliographic research technique, highlighting fundamental constitutional principles, pertinent legislation and doctrines.

KEY WORDS: RIGHT TO CHILDCARES, SOLO MOTHERHOOD, RIGHT TO WORK, PANDEMY, COVID-19.

SUMÁRIO. INTRODUÇÃO. 1. O DIREITO À CRECHE COMO INSTRUMENTO DE MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER AO TRABALHO. 2. A

CRISE GENERALIZADA DO COVID-19. 2.1 DO FECHAMENTO DAS CRECHES. 3 É PRECISO UMA ALDEIA CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O termo “mãe solo” denomina não só a mulher que é mãe e está solteira, diferente do que muitos imaginam, ele abrange também a multiplicidade de funções de educar, manter financeiramente, prover afeto e criar a criança, sendo assim total e unicamente responsáveis pelos seus filhos. Claro que é apenas uma nomenclatura para um fato preexistente.

O presente artigo consiste em explorar o exercício do direito constitucional a creches no contexto de mães solo que trabalham, de modo que a maioria dessas mulheres não escolheu essa sobrecarga de funções. As divisões de responsabilidades relacionadas a esse processo de criação dos filhos deveriam ser feitas de acordo com a análise da possibilidade e da demanda de todas as partes envolvidas: pais, mães e filhos.

Ademais, com o impacto da pandemia que atingiu o mundo causada pela crise generalizada da saúde e economia causada pelo vírus Covid-19, tais mulheres que antes podiam contar com escolas e/ou creches para auxiliá-las nesse processo exaustivo de multitarefas, se viram desamparadas, mas ainda na necessidade de cumprir as mesmas funções, acrescidas de ficar com os filhos diariamente.

A maternidade é um dos pilares da sociedade, por isso é um tema relevante para qualquer ser humano, de maneira direta ou indireta, visto que até hoje é necessário que uma pessoa do sexo biológico feminino gere o embrião em seu útero para que o ser humano possa assim nascer.

A CR/88 em art. 7º, inciso XXV e a Lei nº 8.069/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), protegem o direito à assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os cinco anos de idade em creches e pré-escolas. O presente estudo buscou trazer à tona a emergência do retorno e manutenção das creches, elucidando saídas e remédios constitucionais para essa lacuna deixada pela ausência do funcionamento das creches e pré-escolas no Brasil meio à pandemia.

Sendo assim, busca-se através do presente estudo contribuir com hipóteses para solucionar o problema a fim de auxiliar essas mães que encontram-se desamparadas.

Para tal, no próximo capítulo faz-se uma análise dos princípios constitucionais fundamentais, legislações pertinentes, doutrinas e julgados que tratam sobre o tema.

1 O DIREITO À CRECHE COMO INSTRUMENTO DE MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER AO TRABALHO

O que fazer quando se é mulher, mãe de criança pequena e não possui nenhuma rede de apoio? Apesar do Decreto Lei nº 5.452/1943, que dispõe sobre a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o, há de se expor que no âmbito trabalhista ainda é dividido em gêneros com uma linha rígida e difícil de ser ultrapassada, composta por obstáculos sociais e de gênero, sendo que o Brasil é um país que é composto em sua maioria por mulheres segundo dados do IBGE.

Ainda assim, elas não ocupam sequer metade dos cargos políticos do país, o que acaba dificultando o exercício e defesa dos direitos de jovens meninas, mulheres e mães, colaborando para a perpetuação de uma sociedade historicamente machista sendo que, de acordo Conforme informação obtida junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE):

As mulheres compõem a maior parte do eleitorado brasileiro, mas ainda estão longe de conseguir se eleger na mesma proporção dos homens. Segundo dados do Cadastro Eleitoral, são mais de 77 milhões de eleitoras em todo o Brasil, o que representa 52,5% do total de 147,5 milhões de eleitores. Desse número, apenas 9.204 (31,6%) mulheres concorreram a um cargo eletivo nas Eleições Gerais de 2018. Destas, 290 foram eleitas, um aumento de 52,6% em relação a 2014. (BRASIL, 2019)

A disseminação da cultura patriarcal, fez com que se tornasse necessária a existência de arcabouços legais que protegessem os direitos das mulheres ao trabalho a fim de buscar uma igualdade de gêneros pautada na isonomia salarial, empregatícia e social, em termos trabalhistas, pois a luta se estende muito além dos parâmetros abordados no presente artigo. Nesse sentido:

As mulheres sempre trabalharam. Seu trabalho era da ordem do doméstico, da reprodução, não valorizado, não remunerado. As sociedades jamais poderiam ter vivido, ter-se reproduzido e desenvolvido sem o trabalho doméstico das mulheres, que é invisível.

Nem sempre as mulheres exerceram ofícios reconhecidos, que trouxessem remuneração. Não passavam de ajudantes de seus maridos, no artesanato, na feira ou na loja. Sua maneira de lidar com o dinheiro trazia problemas, ainda mais quando eram casadas. No entanto, elas sabiam contar, e o célebre quadro de Bassano que retrata os Portinari, mostra um casal de cambistas

iguais em suas ações. (PERROT, 2017, p. 109)

Se as mulheres sempre trabalharam, elucida-se que o cerne do problema não se encontra no exercício de ofícios, mas no reconhecimento da mulher como ser social e capaz de produzir lucros, assim como os homens já praticam há centenas de anos.

A nova geração de mães deixa para o pretérito a roupagem da matriarca da “propaganda de margarina”, na qual a mulher possui apenas a função doméstica e de cuidar dos filhos abraçando assim uma versão da maternidade que é interdisciplinar e diversificada, na qual o padrão é não haver um molde. Mulher, engenheira, escritora, modelo, atriz e mãe, essa poderá se tornar uma definição comum das mães do futuro e já é algo emergente.

Há ainda, para as mães em regime regulamentado pela CLT, o artigo 400 que diz que “os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período da amamentação deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária” (BRASIL, 1943).

Tão real é a discrepância entre homens e mulheres que se fez necessário todo um capítulo na CLT para gerar instrumentos normativos que corroborassem para a efetivação do Princípio da Proteção ao Trabalho da Mulher, mostrando que não é apenas uma questão de gênero, mas também social.

No artigo 7º, inciso XXX da CR/88, proibiu-se as diferenças salariais entre pessoas que exerçam a mesma função, buscando desta forma efetivar o Princípio da Isonomia (nos termos dos artigos 5º, inciso I e 226, §5º da CR/88).

A licença remunerada à maternidade é garantida constitucionalmente pelo art. 7º, inciso XVIII da CR/88, dando direito às mães de 120 dias. Há ainda a Lei de nº 11.770/08, que criou o Programa Empresa Cidadã, a fim de prorrogar a licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, alongando por 60 dias para as mães das empresas adeptas.

No intuito de proteger as mães trabalhadoras, a CLT, em seu art. 389, parágrafos 1º e 2º assim dispõe:

Art. 389. Toda empresa é obrigada: (Redação dada pelo Decreto Lei de nº 229, de 28 de fevereiro de 1967)

(...)

§1º - Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob

vigilância e assistência e assistência os seus filhos no período da amamentação. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967)

§2º - A exigência do §1º poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais. (Incluído pelo Decreto-lei de nº 229, de 28 de fevereiro de 1967)

O benefício denominado Reembolso-creche ou auxílio creche surgiu através da necessidade de um substituto para a exigência da existência de creches em estabelecimentos em que trabalham mais de trinta mulheres nos termos do art. 389 da CLT, desde que cumpridos os pressupostos à diante através portaria do Ministério do Trabalho de nº 3.296 de 1986 que que foi alterada pela portaria MTb de nº 670 de 1997, conferindo:

I – o reembolso-creche deverá cobrir, integralmente, as despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe, ou outra modalidade de prestação de serviço desta natureza, pelo menos até os seis meses de idade da criança, nas condições, prazos e valores estipulados em acordo ou convenção coletiva, sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de prestação à maternidade.

II- O benefício deverá ser concedido a toda empregada-mãe, independentemente do número de mulheres do estabelecimento, e sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de proteção à maternidade.

III – As empresas e empregadores deverão dar ciência às empregadas da existência do sistema e dos procedimentos necessários para a utilização do benefício, com a fixação de avisos em locais visíveis e de fácil acesso para os empregados.

IV – O reembolso-creche deverá ser efetuado até o 3º (terceiro) dia útil da entrega do comprovante das despesas efetuadas, pela empregada-mãe, com a mensalidade da creche.

Conquanto, para que haja a possibilidade de implantação pelo empregador do sistema de Reembolso-Creche, é necessário que haja a estipulação prévia em acordo ou convenção coletiva, de modo que tal requisito não se aplica à órgãos públicos e

instituições paraestatais, nos termos do art. 566 da CLT, *caput*.

Destarte, o auxílio-creche se adequar apenas às mulheres, inclusive segundo o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho, tal instituto serve como efetivação do Princípio da Isonomia (art. 5º, I, da CF), haja vista que as mulheres historicamente trabalham em casa também, estendendo seus esforços. Leia-se o seguinte acórdão do TST neste sentido:

I- AGRAVO DE INSTRUMENTO DO SINDICATO . RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. AUXÍLIO-CRECHE. ACORDO COLETIVO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. Confirmada a ordem de obstaculização do recurso de revista, na medida em que o apelo não logrou demonstrar a satisfação dos pressupostos de admissibilidade do art. 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido. II- RECURSO DE REVISTA DA SANEPAR SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. AUXÍLIO-CRECHE. NORMA COLETIVA. EXTENSÃO AO EMPREGADO CASADO NÃO DETENTOR DE GUARDA EXCLUSIVA. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º-A, DA CLT ATENDIDOS. A jurisprudência desta Corte Superior apresenta-se no sentido de que não fere o princípio da isonomia a restrição prevista em norma coletiva, no sentido de restringir apenas às empregadas e aos empregados detentores da guarda exclusiva dos filhos o reembolso do auxílio - creche. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2020)

A Emenda Constitucional nº 53 de 2006, num retrocesso, diminuiu a idade do atendimento gratuito de seis para cinco anos e por mais que o Art. 7º, inciso XXV da CR/88, diga que deve haver a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os cinco anos de idade em creches e pré-escolas, não há vagas suficientes para suprir a demanda de alunos.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio do Índice de Necessidade de Creches (INC) de 2018, quase 50% das crianças de 0 a 3 anos no país não possuem vaga disponível em creches, sendo que os estados em maior defasagem são: São Paulo, Rio de Janeiro, Amazonas e Amapá.

A ausência de vagas impossibilita que mães solo possam exercer seu direito fundamental ao trabalho, impedindo-as de gerar renda para a subsistência das mesmas e de seus filhos. Essa lacuna de investimento governamental em educação fere diretamente o Princípio da Isonomia que é o exercício da igualdade material associado à formal, considerando todas as desigualdades existentes em sua aplicação, quais sejam gênero, etnia, classe social e demais fatores diversificadores.

No mesmo sentido da proteção deste direito, o ECA em seu artigo 54, inciso IV, diz que “é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente atendimento em creche e pré-escola a crianças de zero à cinco anos” (BRASIL, 1990).

A Lei nº 9.394/1996 que dispõe sobre a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) tornou a educação escolar pública responsabilidade do Estado, de forma que a ausência do suprimento da demanda das creches é um impedimento de que não só os pretensos alunos, mas suas famílias consigam exercer seus direitos constitucionais.

A legislação brasileira vigente assegura a inserção e a permanência das mulheres no mercado de trabalho como o art. 208 da CF/88 em seu inciso IV, que versa sobre o dever do Estado com a educação e sua efetivação através da educação infantil em creches e pré-escolas para crianças de até 5 anos.

Trata-se portanto de trazer à tona o Princípio Jurídico da Solidariedade, que “resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver em sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade” (LÔBO, 2007, p.145).

Deste modo, no capítulo seguinte, tratar-se-á sobre a crise sanitária que atingiu o mundo inteiro, causando apenas no Brasil o preocupante número de 307 mil mortes até março de 2021, segundo dados do Conselho Nacional de Secretários da Saúde (Conass).

2 A CRISE GENERALIZADA DO COVID-19

O que há dez anos fazia parte apenas dos livros de história que tratavam de doenças como a peste bubônica (1347-1351), a varíola (1520) e a gripe espanhola (1918-1919), em 2020 tornou-se parte da realidade ao redor do globo.

Relata-se que o primeiro caso oficial de Covid-19 foi em um paciente na cidade de Wuhan, em dezembro de 2019, na China. O vírus foi transmitido através de morcegos para hospedeiros e destes intermediários para o homem.

Em questão de poucos meses a doença se alastrou pelo mundo, mesmo com constantes recomendações de higiene e isolamento social pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Apenas no Brasil contabilizam-se aproximadamente 12.404.014 pessoas contaminadas pelo coronavírus até 26/03/2021, de acordo com os dados fornecidos pelo CONASS.

O estado de calamidade chegou ao patamar no qual médicos são obrigados a escolher qual paciente será tratado na UTI. A crise gerada pelo vírus não é apenas

sanitária, mas afetou a economia mundial, o psicológico das pessoas, a educação e as relações sociais.

O Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil caiu 4,1%, maior baixa da série histórica, aumentando-se a ansiedade e depressão da população, devido ao alto nível de estresse gerado por toda a situação de pânico.

Há mais de 11,5 milhões de mães solo segundo a Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM-BA) e no que chamam de "retrocesso histórico", elas passaram a enfrentar não só dificuldades financeiras em consequência da pandemia, mas também a sobrecarga psicológica e física causada pelo fechamento das creches.

2.1 DO FECHAMENTO DAS CRECHES

O presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS), apresentou documento à OMS à Organização das Nações Unidas (ONU) para alertar sobre a responsabilidade Estatal quanto ao colapso do sistema interno de saúde:

O Brasil registra mais de 10 milhões de casos e mais de 260 mil mortes por complicações da Covid-19 desde o início da pandemia. As medidas preconizadas pela Organização Mundial da Saúde para prevenir e diminuir a exposição ao vírus, não estão sendo incentivadas pela autoridade política do país. As vacinas, que poderiam dar uma resposta com maior celeridade para conter o vírus na população, também caminham a passos lentos. Diante desse cenário, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) e a Frente Pela Vida decidiram levar essas preocupações para instâncias internacionais nesta segunda-feira (8/3) . (CNS, 2021)

Meio à tal crise que perdura desde fevereiro de 2020, diversas medidas legais foram tomadas para enfrentar a pandemia e manter não só a saúde, mas a dignidade humana dos cidadãos brasileiros, como a Lei nº 13.982/20 que implementou o chamado Auxílio Emergencial e a Lei nº 13.979/20 que versou sobre o isolamento, a quarentena e demais medidas de erradicação da doença.

Em 22 de março de 2020 publicou-se a Medida Provisória de nº 927, que dispunha sobre as medidas trabalhistas para o estado de calamidade pública que se reconhecia pelo Decreto Legislativo de nº6/2020, porém encerrou-se sua vigência, mas não sem antes deixar seus lapsos no "novo normal" que o brasileiro teria de se adaptar.

Um dos primeiros setores a serem atingidos foi o da educação, pois à exemplo da capital mineira, com o Decreto nº 17.304, de 18 de março de 2020, as aulas nas redes de ensino públicas e particulares foram suspensas, o mesmo se repetiu nos demais municípios do país, sendo de forma híbrida ou remota, gerando uma

defasagem na educação de milhares de crianças que ainda não se pode calcular.

A maioria das crianças está assistindo aula de maneira remota e sendo instruídas por seus pais, geralmente a mãe, que não possui conhecimentos técnico-pedagógicos para transmitir os ensinamentos de maneira correta, além de sobrecarregá-las com tarefas além do que já possuíam como cuidar das tarefas domésticas, trabalhar em regime de teletrabalho, ter cuidados pessoais e às vezes estudar.

No estudo elaborado pela Fundação Lemann e comandado por André Portela, concluiu-se que o ensino remoto poderá atrasar o desenvolvimento educacional em até 4 anos, avançando as marcas da desigualdade de ensino.

Segundo pesquisa realizada em 2019 pela consultoria do Instituto de Dados (IDados), conforme números do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), percebe-se que 47,5% dos domicílios do país são chefiados por mulheres, sendo que nos últimos 8 anos aumentou em 11 milhões o número de mulheres que comandam seus lares.

A responsável pela pesquisa, Ana Tereza Pires, utilizou como base o Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do IBGE, a participação da população no mercado de trabalho diminuiu, de modo geral, desde o início da pandemia do Covid-19, porém, inversamente, cresceu o número de mulheres chefes de famílias, pois vários homens perderam seus cargos formais, levando as mulheres a terem que buscar uma renda para prover o sustento da família.

O exercício da maternidade desde os primórdios da vida social possuía uma roupagem paternalista e misógina já os moldes atuais caminham noutra direção, compreendendo que a maternidade não só precisa, mas deve sofrer alterações para suprir a demanda de uma nova geração de mulheres que se liberta aos poucos das amarras invisíveis do patriarcado, mas que pede socorro pela sobrecarga.

O mercado educacional e econômico ainda está despreparado para receptor e acolher essa nova demanda do “exército de uma mulher só” que são: mães, empresárias, alunas, donas de casa e mais outras incontáveis funções simultaneamente.

Abaixo, encontra-se um trecho do artigo denominado “Gerações produtivas e carreiras: O que as mulheres da geração Y querem?” que discorre sobre a participação de mães no mercado de trabalho:

A questão da maternidade também traz uma pressão adicional às mulheres trabalhadoras que precisam conciliar as demandas profissionais, em um ambiente de pressão crescente por resultados, com o desejo de serem mães. Essa pressão é ainda

mais intensa em países de cultura machista, como o Brasil, pois o cuidado com os filhos ainda é visto como uma atribuição feminina (NETO, TANURE e ANDRADE, 2010). Por esse motivo, as mulheres que pretendem ter filhos vivenciam o dilema decorrente dessa sobreposição de papéis, pois os primeiros anos de ascensão na carreira coincidem com os anos mais apropriados biologicamente para a maternidade. [...] Conforme destacam Neto, Tanure e Andrade (2010), no Brasil, dada a disponibilidade de mão de obra feminina barata, as mulheres executivas buscam conciliar as demandas do trabalho com as da maternidade, recorrendo à ajuda de empregadas domésticas e babás, que assumem parte substancial do cuidado com seus filhos. O maior compromisso com a criação dos filhos também produz efeitos na mobilidade profissional da mulher, menos disponível para viajar constantemente a trabalho e raramente propensa a mudar de país, em função das demandas familiares. (LEMOS; MELO; GUIMARÃES, 2013, p. 137)

As mulheres estão tornando-se mães, mas atualmente esse papel não é o único exercido pelas mesmas, então é preciso que as implicações sobre esse fenômeno sejam estudadas, não só para viabilizar a inserção dessas pessoas noutros meios além do doméstico, mas também para a adequação da sociedade para essa nova demanda.

Essa incapacidade de conciliar as multitarefas, tem gerado um movimento de mulheres que acreditam que devem escolher entre construir uma família ou ter sucesso profissional, fazendo-as crer que nunca é possível conciliar os dois. O que historicamente não acontece da mesma forma com os homens.

Não há como deixar de mencionar os danos no psicológico não só das mães solo, mas de toda a população que se vê em quarentena há mais de um ano e o atraso psicopedagógico que isso causará nas crianças e adolescentes, principalmente, mas também nos adultos acadêmicos que precisaram reformular a forma como o aprendizado é absorvido.

O que parece descrição de tarefas que apenas um robô conseguiria fazer em 24 horas, tornou-se a realidade de muitas mulheres brasileiras: trabalhar, cuidar dos filhos, estudar, ter sanidade mental, cuidar da casa e cuidar de si, tudo isso, sem sair de casa – e essas são as que chamamos de “privilegiadas”, porque há ainda as que não podem sequer se dar ao luxo de trabalharem via teletrabalho, pois suas funções não possibilitam.

3 É PRECISO UMA ALDEIA

Há um provérbio africano no qual se diz: “é preciso uma aldeia inteira para educar uma criança” e dele extrai-se o que por fim, à título de considerações finais discutiu-se em outras palavras, para que a maternidade possa ser exercida de maneira digna, é necessário que haja uma rede de apoio, porém há mulheres que não contam com esse privilégio.

É inconstitucional a vivência que as mães solo estão experimentando diante desse período de pandemia sem o auxílio das creches. Para a porcentagem brasileira que é casada ou possui um parceiro para compartilhar a criação dos filhos, é necessário que se busque a quebra dos estigmas patriarcais e machistas que ainda estão incrustados no exercício da família, mas para isso, é fundamental que o parceiro efetue uma cessão de seus privilégios, compreendendo sua responsabilidade não apenas financeira, mas também intelectual, sentimental, psicológica e social na formação dos filhos.

É necessário que se crie uma rede de apoio para as mães solo, ainda que através de políticas públicas, fornecendo vacinação prioritária, cestas básicas, isentando periodicamente o pagamento de contas de energia e água e, posteriormente, criando formas de pagamento flexíveis e auxiliando financeiramente para que possam ter uma vida minimamente digna, ainda que em sobrecarga.

Resta esperar maiores ações governamentais no sentido de erradicar a doença do país com políticas de conscientização da seriedade da doença e suas consequências, e investimento em soluções na área da saúde como o aumento de leitos, políticas de prevenção, providenciamento imediato de vacinas para a população inteira se prevenir e investimento em pesquisa para encontrar talvez uma cura, pois esta pode ser apenas a primeira de muitas pandemias que essa geração irá enfrentar e precisamos estar preparados para o “novo mundo” para que não sejamos pegos de surpresa novamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte o exposto conclui-se que apesar do direito à creche ser protegido por institutos legais, como o Princípio da Isonomia, Princípio da Solidariedade e os direitos referentes ao exercício do trabalho da mulher, ainda é preciso que o Estado intervenha em prol das mães solo para que estas possam pelo menos prover sua subsistência meio à essa pandemia que não possui data para acabar.

O foco para a solução de todos os problemas apontados é a busca da cura para a doença do Covid-19 e a sua distribuição em massa para a população, para que assim a população possa se recuperar dos danos sociais, econômicos e psicológicos causados pela pandemia.

REFERÊNCIAS

AIELLO-VAISBERG, Tânia Maria José et al. **Maternidade e Sofrimento Social em Tempos de Covid 19**: Estudo de Mommy Blogs. 2020. Disponível em; <<https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/view/356>> Acesso em: 16 de mar. 2021

BARROS, Marilisa Berti de Azevedo *et al.* Relato de tristeza/depressão, nervosismo/ansiedade e problemas de sono na população adulta brasileira durante a pandemia de COVID-19. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, v. 29, p. e2020427, 2020. Disponível em: < <https://www.scielosp.org/article/ress/2020.v29n4/e2020427/pt/> >. Acesso em 19 mar. 2021

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 mar. 2021

BRASIL. **Projeto de Lei nº 199 de 2016**. Altera o art. 396 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a redução da jornada da mãe lactante. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1449898>. Acesso em: 23 mar. 2021

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo - ARR-1266-80.2015.5.09.0661**. Relator: Mauricio Godinho Delgado, 20 de novembro de 2020. Disponível em: < <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2d73d14a96c37b398513d8315b2e1e4f>>. Acesso em: 19 mar. 2021

Com falta de leitos, médicos são obrigados a escolher quem será tratado na UTI: “Nos sentimos impotentes”. 10 mar. 2021 **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/google/amp/pr/oeste-sudoeste/noticia/2021/03/08/com-falta-de-leitos-medicos-sao-obrigados-a-escolher-quem-sera-tratado-na-uti-nos-sentimos-impotentes.ghtml>>. Acesso em: 28 mar. 2021

CRUZ, Eduardo Felix da. O direito a creches e pré-escolas sob uma perspectiva constitucional. **Jus.com**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/29676/o-direito-a-creches-e-pre-escolas-sob-uma-perspectiva-constitucional>>. Acesso em: 23 mar. 2021

DE OLIVEIRA, Anita Loureiro. A espacialidade aberta e relacional do lar: a arte de conciliar maternidade, trabalho doméstico e remoto na pandemia da COVID-19. **Revista Tamoios**, v. 16, n. 1, 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/tamoios/article/view/50448>> Acesso em: 16 mar. 2021

ESTRELA, Fernanda *et al.* Gestantes no contexto da pandemia da Covid-19: reflexões e desafios. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 30, n. 2, 2020. Disponível em:

<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312020000200314&tlng=pt>. Acesso em: 16 mar. 2021

GRUBER, Arthur. Covid-19: o que se sabe sobre a origem da doença. **Jornal da USP**, 14 mar. 2020. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca/>>. Acesso em: 19 mar. 2021

LACERDA, Pilar. É preciso uma aldeia inteira. **Fundação SM**. São Paulo, 8 out. 2016, Disponível em: <<http://fundacaosmbrasil.org/noticia/pilareducacaointegral/>>. Acesso em 19 mar. 2021

MIRANDA, Rafael de Souza. O direito à creche e o dever do Estado. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://rafaeldesouzamiranda.jusbrasil.com.br/artigos/111671296/o-direito-a-creche-e-o-dever-do-estado/amp>>. Acesso em: 23 mar. 2021

LEMOS, Ana Heloísa Costa; MELLO, Giselle Rohr; GUIMARÃES, Mayara Farias. Gerações produtivas e carreiras: o que as mulheres da Geração Y querem?. **Revista de Administração da UFSM**, v. 7, n. 1, p. 135-152, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/index.php/reaufsm/article/view/6280>>. Acesso em: 23 mar. 2021

LIMA, Denise Sousa da Silva. A negociação coletiva de trabalho como instrumento para a efetivação da igualdade de gênero: uma investigação sobre o direito ao auxílio-creche como prática de democratização do cuidado. **A negociação coletiva de trabalho como instrumento para a efetivação da igualdade de gênero: uma investigação sobre o direito ao auxílio-creche como prática de democratização do cuidado**, 2018.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, p. 144-159, 2007. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2021

MACÊDO, Shirley. Ser mulher trabalhadora e mãe no contexto da pandemia Covid19: tecendo sentidos. **Revista do NUFEN**, v. 12, n. 2, p. 187-204, 2020. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-25912020000200012>. Acesso em: 16 mar. 2021

MORENO, Ana Carolina. Mais de 5 milhões de crianças de 0 a 3 anos precisam de creche no Brasil, aponta levantamento. **G1**, 25 ago. 2020. Educação. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/08/25/mais-de-5-milhoes-de-criancas-de-0-a-3-anos-precisam-de-creche-no-brasil-aponta-levantamento.ghtml>>. Acesso em: 22 mar. 2021

NUBANK. Qual foi a maior pandemia da história? **Seu Dinheiro**, 11 mar. 2021. Disponível em: < <https://blog.nubank.com.br/qual-a-maior-pandemia-do-mundo/>>. Acesso em: 27 mar. 2021

O RENASCIMENTO do parto, Brasil: Érica de Paula, 2013. Netflix (1h e 31min): son., color

Os estragos invisíveis da pandemia para as mães solo. **Secretaria de Políticas para Mulheres**, 24 mar. 2021. Disponível em: < <http://www.mulheres.ba.gov.br/2021/03/3131/Os-estragos-invisiveis-da-pandemia-para-as-maes-solo.html#:~:text=Dentro%20desse%20universo%20feminino%2C%20as,fechamento%20de%20escolas%20e%20creches.> >. Acesso em: 19 mar. 2021

PERROT, Michelle. **Minha história das mulheres**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2017. p. 50-120.

PEIXOTO, Priscila. Direito garantido: Detalhes sobre o direito a creche. **Rádio TST Destaques**, 20 mar. 2017. Disponível em: < https://www.tst.jus.br/radio-destaques/-/asset_publisher/2bsB/content/direito-garantido-detalhes-sobre-direito-a-creche>. Acesso em: 25/03/2021

PIB do Brasil cai 4,1% em 2020 com impacto do coronavírus, maior baixa da série histórica; no 4º tri, alta foi de 3,2%. 3 mar 2021. **InfoMoney**. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/economia/pib-do-brasil-sobe-32-no-4o-trimestre-mas-fecha-2020-em-baixa-de-41-a-maior-queda-da-serie-historica/>>. Acesso em: 28 mar 2021

SILVA, Carolina Martins da Rosa e. Igualdade formal x igualdade material: a busca pela efetivação da isonomia. **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/48550/igualdade-formal-x-igualdade-material-a-busca-pela-efetivacao-da-isonomia>>. Acesso em: 19 mar. 2021

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Número de mulheres eleitas em 2018 cresce 52,6% em relação a 2014**. Brasília: TSE, 2019. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/numero-de-mulheres-eleitas-em-2018-cresce-52-6-em-relacao-a-2014>>. Acesso em: 23 mar. 2021

VAZ, Tatiana. 30 empresas que são como mães para as mulheres com filhos. **Exame**, 7 fev. 2013. Carreira – Você S/A. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/carreira/30-empresas-que-sao-como-maes-para-as-mulheres-com-filhos/>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA AOS PSICOPATAS, QUANDO DA PRÁTICA DO TIPO PENAL, ASSASSINATO, COMO CONDIÇÃO RESSOCIALIZADORA OU PUNITIVA

ANA CAROLINA DOS SANTOS:

Graduanda em Direito pela universidade
Brasil em Fernandópolis-SP

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

RESUMO: A psicopatia é um transtorno de personalidade antissocial, caracterizada pela falta de empatia, ausência de culpa ou remorso, confundida com doença mental, mas diferente dos “loucos” eles não sofrem delírios e alucinações. Observa-se que o sistema penitenciário NÃO possui normas eficazes para puni-los. Se o psicopata homicida for mandado para o cárcere ele não assimila a pena como punição, se considerado semi-imputável e for aplicada a medida de segurança para tratamento, não possui êxito, pois até hoje não se encontrou cura para psicopatia. Então o que fazer diante de crimes tão brutais praticados pelos psicopatas homicidas, se ele não teme punições, não responde a tratamentos e não possui lei que o puna corretamente? A melhor alternativa seria alteração em nossas leis, uma ferramenta eficaz e padronizada de identificação de indivíduos psicopáticos e ao ser diagnosticado colocá-los em uma prisão para psicopatas e que lá permanecessem pelo resto de sua vida, ficando longe do convívio social e evitando que crimes bárbaros sejam repetidos pelos mesmos indivíduos, que ao retornar a sociedade sempre tendem a reincidir. Mesmo tornando as leis mais rígidas, a sociedade não estaria totalmente livre dos psicopatas, porém em países com maior rigor legal a incidência e a reincidência de crimes praticados por psicopatas são menores, o que não acontece no Brasil, criminosos não temem a lei, ela possui tantas lacunas, que traz mais benefícios aos psicopatas homicidas do que ao cidadão de bem.

Palavras-chave: Psicopata homicida. Reincidência. Sociedade. Lacunas. Leis.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PSICOPATIA. 2.1 Identificação dos Psicopatas. 2.2 Classificação dos Psicopatas. 2.3 Crimes. 2.4 Tratamento. 3. SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO. 4 CULPABILIDADE. 4.1 Imputabilidade. 4.2 Semi-imputabilidade. 4.3 Medida de Segurança. 5 APLICAÇÃO DA PENA. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERENCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A psicopatia é um transtorno de personalidade antissocial conceituada pelo DSM-IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) em 1995.

A característica essencial do transtorno de personalidade antissocial é um padrão difuso de indiferença e violação dos direitos dos outros, o qual surge na infância ou no início da adolescência e continua na vida adulta. Esse padrão também já foi referido como: psicopatia, sociopatia ou transtorno da personalidade dissocial. Visto que a falsidade e a manipulação são aspectos centrais do transtorno da personalidade antissocial. (DSM-IV, 2014, p. 659.).

A psicopatia é caracterizada pela falta de empatia, ausência de culpa ou remorso, esses indivíduos nascem com uma deformidade de caráter, sendo quase impossível ou impossível, que durante sua vida ele aprenda o que são esses sentimentos, sendo assim, eles nascem e morrem, com esse transtorno de personalidade. Quando pendem ao crime, principalmente a prática de homicídios é muito difícil ou quase impossível freá-los.

Na sociedade estimasse que os psicopatas façam parte de 1 a 3% da população, sendo que apenas 1% venham a configurar assassinos em serie. No cárcere fazem parte de 20% da população; afirma a psiquiatra forense (MORANA, 2019). Observamos que os números são relativamente baixos porem os indivíduos com transtorno de personalidade possuem valores éticos e morais reduzidos, não tem sentimento de piedade ou compaixão, não enxergam o outro como alguém que merece respeito, e essa ausência de sentimentos e um desejo completamente deformado leva o psicopata a cometer crimes cruéis, com violência exacerbada, que vai muito além do necessário para cometer o delito.

Os crimes cometidos por indivíduos com transtorno de personalidade causam grande revolta social, pois são sempre muito violentos e sem nenhum objetivo ou real motivo, matam por prazer, porem o que se torna mais revoltante, é a “pena”, a sociedade diante de crimes tão brutais, não se sentem saciados com as penas aplicadas, já que os psicopatas, sociopatas ou qualquer pessoa que possa oferecer risco a sociedade ou a si mesmo em razão de uma enfermidade mental são consideradas inimputáveis, sendo aplicada a elas uma medida de segurança, que por sua vez, não tem critério punitivo, ela tem caráter curativo, por isso ele é colocado em um hospital de custódia ou em manicômio judiciário.

Vale salientar que precisamos de modificações de caráter urgente em nossas leis, os psicopatas fazem parte de uma porcentagem pequena em nossa sociedade, porem eles têm um grande poder de destruição ganhando conhecimento de seus crimes quando já estão sendo praticados em larga escala e completamente fora do controle.

Mesmo quando reconhecidos e internados em hospitais ou manicômios judiciários a fim de serem tratados nunca se terá êxito neste, pois são indivíduos irrecuperáveis e sempre reincidirão, passando a vida toda cometendo crimes, como afirma a psiquiatra MORANA (2019).

Esses indivíduos não conseguem associar a pena ou tratamento como punição, por isso precisa-se de leis específicas.

Para abordar este tema a metodologia aplicada foi baseada em pesquisas bibliográficas e documentais, jornais, sites específicos, revistas, entrevistas, legislação pertinente e jurisprudência atual, sobre o tema.

O principal objetivo deste trabalho é analisar os indivíduos portadores de transtorno de personalidade, a periculosidade do agente e definir as consequências que os psicopatas trazem a sociedade quando aplicada a legislação vigente.

Observa-se que, diante dos crimes praticados por indivíduos com transtorno de personalidade antissocial, não possuímos leis específicas, visto que no direito penal existem lacunas, seria de extrema importância à modificação e implantação de novas leis e métodos para que se possam identificar os psicopatas dentro do sistema penitenciário, separando quem pode ser ressocializado e quem não pode.

Seria de grande ganho social se esses indivíduos fossem colocados em um lugar separado e longe do convívio, pois quando colocados em cárcere ou em clínicas psiquiátricas tornam difícil a ressocialização e o tratamento de outras pessoas, com um lugar específico para este tipo de transtorno, teriam um tratamento digno e traria uma maior satisfação social, já que os psicopatas homicidas ficariam "presos" até o final de suas vidas, pois esse transtorno é incurável, assim, não reincidiriam criminalmente e consequentemente não causaria mal a outras pessoas e nem a si mesmos.

2 PSICOPATIA

Não rara às vezes o psicopata é confundido com doente mental, já que a palavra significa doença da mente (psyche=mente, pathos=doença), mas diferente dos "loucos" esses indivíduos não sofrem alucinações ou delírios.

O psiquiatra forense define psicopatia como:

O quadro clínico com maior definição para psicopatia é fazer uma analogia entre a noite e o dia. De um lado temos a noite do outro lado temos dia e no meio a aurora, por analogia tem a doença mental do outro a normalidade mental e no meio a fonte fronteira que é a zona dos psicopatas, ou seja, eles não são nem

normais mentalmente e nem totalmente doentes mentais, essa é a melhor definição dos psicopatas (PALOMBA, 2016).

A loucura é uma ruptura com a realidade, o louco entre o delírio e a realidade, ele sempre ficara com a sua loucura, pois ela é sua realidade vivente, assim acontece com os esquizofrênicos, por exemplo. Os psicopatas não são doentes mentais, são portadores de perturbação da saúde mental. Sua anormalidade constitui nos valores éticos e morais reduzidos ou até mesmo nulos, possuem um defeito profundo na afetividade, não tem sentimento superior de piedade, compaixão ou altruísmo e possuem um desejo deformado, o que os leva a cometer crimes de grande horror social, explica (PALOMBA, 2018).

O termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopata literalmente significa doença da mente, no entanto, em termos médicos-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa nessa visão tradicional de doenças mentais. Os Psicopatas em geral, são indivíduos frios, calculistas, dissimulados, mentirosos, que visam apenas o benefício próprio. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos (SILVA, 2014, p. 25).

Os psicopatas têm ausência completa de remorso, e seu único arrependimento, é com as consequências negativas que recaiu sobre ele, não se importando com a dor que foi infligida sobre a vítima, para eles o mundo está errado. Não conseguem desenvolver relações afetivas, pois sempre há o interesse secundário, e é aí que usam da sedução, é um artifício para levar qualquer situação ao lugar em que ele deseja que ela vá.

Os indivíduos com transtorno de personalidade nascem, crescem e morrem sem conhecer qualquer sentimento de remorso, culpa ou empatia e é justamente por ter essa falta de sentimentos, que são capazes de cometer crimes aterrorizantes, com a finalidade de apenas satisfazer seu ego; caracterizando assim os sujeitos fronteiraços, habitantes da zona entre a loucura e a normalidade mental, como explica PALOMBA (2018).

Para psiquiatra MORANA (2019), os psicopatas são cruéis e insensíveis:

Eles têm um defeito cerebral no lobo frontal em uma área suborbitária, sendo ela extensa e que existe, mais não funciona, sendo um problema que ele nasce e herda não necessariamente dos pais, mas em geral de um tio, primo ou avô. O problema de fazer um diagnóstico de psicopatia é que ele sempre vai reincidir, ele vai passar a vida cometendo crimes (MORANA, 2019).

Vale destacar que o psicopata não possui nenhuma alteração cognitiva, o racional dele é perfeito e íntegro. A distinção feita pelo homem de certo e errado está totalmente ligada ao senso moral que o indivíduo possui.

As últimas pesquisas sobre o cérebro humano e as análises comparativas de outros comportamentos animais revelam que a espécie humana adquiriu a capacidade de avaliação moral com a própria seleção natural. Tudo indica que as instruções necessárias na produção de um cérebro capacitado para distinguir o certo do errado já vêm com certificado de fábrica, ou seja, elas estão no DNA de cada um de nós (SILVA, 2014, p. 110).

Esses indivíduos têm como característica e *modus vivente*, a mentira, a sedução, são extremamente egoístas, individualistas, manipulam factualmente a verdade usando tudo que tem ao seu favor, única e exclusivamente para satisfazer suas vontades. O sistema cerebral dos psicopatas não enxerga o outro como alguém que merece respeito, não possuindo sentimentos inerentes aos seres humanos.

É de extrema relevância destacar que qualquer indivíduo durante sua existência pode vir a desenvolver uma doença mental, mas quando se trata do indivíduo psicopático isso não acontece, pois ela já vem inserida no DNA, tendo os sintomas estimulados desde a infância.

É importante destacar que ninguém vira psicopata da noite para o dia: eles nascem assim e assim permanecem durante toda a sua existência. Os psicopatas apresentam, em sua história de vida, alterações comportamentais sérias desde a mais terna infância até os seus últimos dias, revelando que, antes de tudo, a psicopatia se traduz numa maneira de ser, existir e perceber o mundo (SILVA, 2014, p. 61.).

Os psicopatas são considerados incuráveis por grande parte dos estudiosos, pois a nulidade de valores éticos e morais faz com que ele não associe o ato praticado por ele com a pena ou o tratamento aplicado, pouco se importando com as consequências dos seus atos, eles não são norteados pelo certo e o errado, agindo de maneira distinta ao “homem médio”, apesar de distinguir o certo do errado ele opta por fazer o que ele quer.

O psicopata não tem marcação emotiva na memória, então ele sempre irá repetir o crime (SILVA, 2018).

2.1 Identificação dos Psicopatas

O psicopata é como um quebra cabeça é preciso ir juntando as peças para chegar a um diagnóstico, mas percebe-se que são indivíduos que fogem as regras sociais desde muito jovens, na infância é comum maltratarem animais, criminalidade precoce, são maus alunos, fazem uso de drogas e bebidas alcoólicas; sendo composta por fases, começa na infância, vai para adolescência, adultícia e assim segue durante sua vida toda (PALOMBA, 2018).

Os psicopatas nascem com essa condição e vão morrer com ela. Tem uma personalidade que é conhecida como personalidade alternante que é próprio deles, sendo boas pessoas, sedutoras em um determinado momento, agora, quando eles se veem em uma situação favorável onde eles podem pôr para fora toda aquela obscuridade, eles fazem. Sendo também muito covardes, em situações que os ameaçam eles não fazem nada, normalmente atacam pessoas indefesas, pessoas que não podem se defender ou reagir (PALOMBA, 2016).

Esses indivíduos são de difícil identificação, pois se apresentam pessoas agradáveis, solícitas e educadas, usam da sedução para convencer, sem nenhum tipo de escrúpulo, eles fazem com que a pessoa a ser manipulada sinta sorte em tê-lo por perto, sendo uma presa fácil para ele. Desse modo ele irá tirar o máximo proveito da vítima, sem que ela perceba tamanha manipulação e mentira e sem ter nenhum sentimento de culpa ou remorso por isso.

Precisamos estar em alerta para identificar um psicopata, normalmente terão atitudes maldosas repetidas vezes, sempre está fazendo o outro se sentir inferior e culpado, são bons em encenação, sempre estão se fazendo de vítima, são sempre os coitadinhos, contando histórias tristes, fazendo com que as pessoas sintam pena dele, porque a pena é um dos sentimentos que mais fragilizam o ser humano e o psicopata sabe muito bem que ao despertar este sentimento, o outro é facilmente manipulável (SILVA, 2018).

Os psicopatas são cruéis e insensíveis, o problema de se fazer um diagnóstico é que eles sempre vão reincidir criminalmente, passam a vida cometendo crimes, sendo completamente ineficaz qualquer tipo de punição ou tratamento já que ele não tem o sentimento de culpa, não conseguindo compreender que o mal que ele causa ao outro "dói".

O comportamento dos psicopatas raro às vezes pode ser percebido, sendo necessária a ajuda de um profissional para chegar a um diagnóstico, psiquiatras e psicólogos são essenciais.

Por isso faz-se necessário uma avaliação criteriosa desses indivíduos, através de exames.

A psiquiatra forense Hilda Morana, responsável pela validação do PCL-R (Critérios para Pontuação de Psicopatia Revisados), para o Brasil, além de tentar aplicar o teste para a identificação de psicopatas nos nossos presídios, lutou para convencer deputados a criar prisões especiais para eles. A ideia virou um projeto de lei que, lamentavelmente, não foi aprovado (SILVA, 2014, p. 98.).

É importante deixar claro que no sistema prisional brasileiro não existe método padronizado para avaliação dos psicopatas, que é essencial, para saber se o mesmo possui chances de reincidir, atualmente se faz uso da Prova de Rorschach que consiste em dez lâmina com borrões de tinta e o PCL-R validado por MORANA (2019).

Existe um sistema criado pelo psicólogo canadense Robert Hare em 1991, chamado de PCL (escala Hare), que é capaz de diagnosticar a psicopatia, nos países onde o PCL foi aplicado a taxa de reincidência teve uma redução de dois terços nos crimes graves e violentos, explica (SILVA, 2015).

Dados do Instituto de Medicina Social e de Criminologia do Estado de São Paulo (IMESC) denota que entre 1% a 3% da população sofre desse transtorno; já no ambiente carcerário, tal porcentagem pode alcançar os 20%, sendo a taxa de reincidência três vezes maior entre os psicopatas. Importante ressaltar que não existe nenhuma avaliação da personalidade dos presos no sistema penitenciário, o que dificulta a análise de possível reincidência, dada a ausência de diagnóstico.

A identificação desses indivíduos é de extrema importância a fim de tratar questões como reincidência e a ressocialização, normalmente dentro do cárcere eles são os "chefes da cadeia" provocam o caos e atrapalha a ressocialização dos detentos que podem ser recuperáveis.

Na verdade, os criminosos comuns, por mais perigosos que sejam se tiverem a oportunidade, poderão ser ressocializados, mas, sob a influência de um psicopata, acabam se desvirtuando, agindo como se fossem "soldadinhos" dele (SILVA, 2016).

O mundo civilizado faz cadeias de psicopatas, quando o indivíduo comete um crime ele é analisado e estudado e se ele for um psicopata ele vai para a cadeia de psicopata para que os 80% dos outros presos possam se recuperar, já que junto de outros detentos eles dificultam a ressocialização dos mesmos e por não possuírem marcações emotivas sempre reincidiram (MORANA, 2019).

Qualquer pessoa que não é um psicopata quando entra no sistema penitenciário, fica arrasado emagrece, porque tem um nível de consciência, já o psicopata não, ele floresce no sistema penitenciário, não perde peso, ele fica bonito, ele faz ginástica, rapidamente se articula para ver onde estão seus benefícios, ver quem ele tem que seduzir quem ele tem que manipular, então a melhor forma é isolar esses indivíduos (SILVA, 2020).

Desta forma percebemos que o psicopata é um indivíduo que não teme punições já que ele não faz conexão do crime com a pena ou o tratamento, normalmente quando colocado no cárcere manipula outros detentos para fazer o trabalho sujo e quando é aplicado tratamento ele desenvolve melhor articulação, sempre se aprimorando para o mal. Reforçando que o indivíduo com transtorno de personalidade é incurável, já que punições e tratamentos não surtem nenhum efeito a eles.

2.2 Classificação dos Psicopatas

Como já elencado anteriormente a psicopatia é caracterizada pela falta de empatia, ausência de culpa e remorso. SILVA (2020), diz que a frieza que esses indivíduos têm por outras pessoas tem gradações por isso existe a psicopatia leve, moderada e grave. O sistema límbico, afetivo dessas pessoas tem um grau de desconexão e quanto maior esse grau maior é a frieza deste indivíduo.

Os psicopatas de grau leve normalmente consegue ter uma vida normal, são mentirosos, egocêntricos, individualistas, mas conseguem estudar, ter uma profissão e até mesmo constituir família, estes conseguem ter uma melhor adaptação social, porem possui um traço anormal de caráter, dificilmente comete delitos graves como o homicídio, escondem muito bem suas características sendo difícil reconhecê-los, no cárcere é tido como prisioneiros exemplares normalmente conseguem progressão de regime. Silva diz que todo psicopata está em busca de diversão, poder e status. Nos casos leves querem apenas a diversão.

O grau leve quando detectado ainda precocemente, em alguns casos consegue ser moldada com educação e vigilância mais rigorosa, não evitando que a criança seja um psicopata, porem terá uma manifestação mais leve.

O psicopata ou de grau moderado já quer mais do que somente a diversão, este está em busca de poder, quer o prazer de fazer algo grandioso, porém não sujam as mãos, normalmente eles são quem articulam minuciosamente o crime.

Já o grave são assassinos sádicos, para alcançar a diversão, poder e status ele precisa de algo muito grandioso, não basta apenas matar, ele quer subjugar o outro.

O seu poder está em fazer o outro sofrer, implorar pela vida, ele quer ter o poder de determinar a hora em que aquela pessoa irá morrer.

É de extrema importância que a população tenha o conhecimento de que os psicopatas possam estar presentes em diferentes classes sociais, e que não é uma tarefa fácil identificá-los, além de dissimulados, conseguem disfarçar com perfeição seus comportamentos, agindo como seres normais, não apresentando qualquer deficiência ou característica física que os acuse como sendo um psicopata. De fato, são pessoas comuns, porém desprovidos de senso humanitário.

Eles vivem entre nós, parecem-se fisicamente conosco, mas são desprovidos deste sentido tão especial: a consciência. Muitos seres humanos são destituídos desse senso de responsabilidade ética, que deveria ser a base essencial de nossas relações emocionais com os outros. Sei que é difícil acreditar, mas algumas pessoas nunca experimentaram ou jamais experimentarão a inquietude mental, ou o menor sentimento de culpa ou remorso por desapontar, magoar, enganar ou até mesmo tirar a vida de alguém. Admitir que existem criaturas com essa natureza é quase uma rendição ao fato de que o “mal” habita entre nós, lado a lado, cara a cara. Para as pessoas que acreditam no amor e na compaixão como regras essenciais entre as relações humanas, aceitar essa possibilidade é, sem dúvida, bastante perturbador. No entanto, esses indivíduos verdadeiramente maléficos e ardilosos utilizam “disfarces” tão perfeitos que acreditamos piamente que são seres como nós. São verdadeiros atores da vida real que mentem com a maior tranquilidade, como se estivessem contando a verdade mais cristalina (SILVA, 2014, p.24.).

A psicopatia não é uma doença, é uma forma de ser e de existir na qual, ele não possui um compromisso com o outro, que é só um objeto de prazer e luxúria (SILVA, 2020).

2.3 Crimes

Todo crime sem exceção é uma fotografia exata e em cores do comportamento do indivíduo (PALOMBA, 2016).

Vale salientar que os crimes nem sempre estão associados à psicopatia ou a loucura, existem os criminosos comuns e os criminosos doentes mentais ou os portadores de transtornos mentais.

Os indivíduos psicopáticos sabem o que estão fazendo diferentemente dos loucos, vejamos:

O padrão da personalidade do psicopata como um todo o distingue do criminoso comum. Sua agressividade é mais intensa, sua impulsividade é mais pronunciada, suas reações emocionais são mais "rasas". Entretanto, a ausência de sentimento de culpa é a principal característica distintiva. O criminoso comum tem um conjunto de valores internalizado, embora distorcido; quando viola esses padrões, ele sente culpa (HARE, 2013, p. 71).

Percebe-se que alguns delitos são executados com multiplicidade de golpes, que não foi premeditado, não escondeu o cadáver, agiu sozinho, foi pego na cena do crime sem esboçar nenhuma reação; este é um tipo de conduta e comportamento, normalmente executados por indivíduos que são habitantes da zona fronteira. Outro tipo completamente diferente é quando, deu um só tiro, agiu em concurso, premeditou o crime, escondeu o corpo e fugiu é outro tipo, esses são os chamados criminosos comuns, afirma PALOMBA (2016).

Pela morfologia do crime é possível saber se foi cometido por uma pessoa com perturbação mental, pois todo crime praticado por eles é extremamente bizarro, são crimes incompreensíveis racionalmente e psicologicamente.

2.4 Tratamento

Até o presente momento no Brasil, não existe nenhum tratamento eficaz para os psicopatas, as terapias realizadas com medicações e as psicoterapias se mostram ineficazes, Silva diz que os psicopatas não tem marcação emotiva na memória então ele sempre vai repetir o crime, ele não associa a pena ou o tratamento com o ato ilícito que ele cometeu, sendo assim a pena aplicada ou a medida de segurança não cumpre com sua finalidade (prevenir, punir e ressocializar).

A terapia aplicada aos psicopatas não manifesta efeito algum. Vale ressaltar, que rara às vezes eles aceitam um tratamento e quando aceitam é somente para benefício próprio, geralmente com os tratamentos eles aprimoram suas técnicas de manipulação.

Os tratamentos efetuados têm como objetivo fazer com que os psicopatas controlem seus impulsos respeite o próximo e assumam suas responsabilidades, porém a taxa de reincidência desses indivíduos são muito altas, segundo MORANA (2006), estes reincidem três vezes mais do que os criminosos normais, justamente por acharem que não estão fazendo nada de errado.

É preciso dizer que esses sujeitos são de altíssima periculosidade e irrecuperáveis, devendo existir um lugar onde eles pudessem ficar longe da sociedade, e por quanto tempo eles vivessem, pois quando eles voltam à sociedade, não tarda em recomeçar a atividade criminosa, isso é ponto fundamental. Ao contrario eles melhoram porque aquilo que eles erraram no primeiro delito, eles melhoram e se aprimoram (PALOMBA, 2016).

Na verdade, os criminosos comuns, por mais perigosos que sejam se tiverem a oportunidade, poderão ser ressocializados, mas, sob a influência de um psicopata, acabam se desvirtuando, agindo como se fossem “soldadinhos” dele (SILVA, 2018).

Outro problema é que os psicopatas possuem uma inteligência acima da média, sendo bastante razoável, possuem uma grande capacidade de manipulação influenciando outras pessoas, no cárcere normalmente são os chefes, comandam as rebeliões e os tráficos, além de aprimorar o seu conhecimento para o mal.

3 SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO

Na legislação penal brasileira observa-se a não previsão expressa sobre o que se deve fazer com o psicopata. Quando o indivíduo viola uma norma social (pratica um crime) nasce no Estado o dever de punir e para que haja uma punição é preciso observar a culpabilidade do agente, o discernimento do indivíduo durante a conduta praticada.

Como já visto nos tópicos anteriores os psicopatas não são considerados doentes mentais, a psicologia diz que, são pessoas que tem a capacidade de entendimento e juízo moral perfeitos, sabendo o que é certo, e o que é errado, porem em nosso código penal não existe normas expressas para puni-los, no ordenamento jurídico hoje, aplica-se aos psicopatas o artigo 26 do código penal, sendo considerado na maioria das vezes como semi-imputável, encaminhando o indivíduo para uma medida de segurança, no qual tem caráter curativo, estabelecido no artigo 96 do código penal, passando por tratamentos ambulatoriais no período de um a três anos, permanecendo em tratamento por tempo indeterminando ou até sessar sua periculosidade.

Observa-se uma grande lacuna, já que os psicopatas não são considerados doentes mentais, porque a eles se aplicam a semi-imputabilidade, já que no momento do crime o mesmo é considerado capaz? Porque o indivíduo é enviado a um manicômio judiciário ou hospital de custódia já que não é doente mental e para ele não existe tratamento?

Tal procedimento chamado de medida de segurança tem por objetivo fazer a realização do referido tratamento, o que, por sua vez, tem se mostrado bastante controverso, pois, sabe-se, que não é tarefa fácil tratar de maneira eficaz os portadores de transtorno antissocial (MORANA, 2006).

Assim fica claro o total despreparo do Estado para lidar com criminosos de alta periculosidade como os indivíduos psicopatas, como já visto anteriormente, existem altos índices de reincidência criminal quando soltos em sociedade.

É de suma importância deixar claro que no Brasil não a legislação específica que possam ser aplicadas aos psicopatas assassinos, a pena e o tratamento realizado sobre eles não é segura e muito menos eficaz. Seja considera-los imputáveis ou semi-imputáveis, podendo ficar junto de outros detentos ou podem receber a medida de segurança, o juiz irá se basear em um laudo pericial e ficara ao seu critério, qual medida ser tomada, também é importante lembrar que os psicopatas são mestres na dissimulação a aplicação do PCL-R ou a prova de Rorschach precisam ser realizados para os profissionais de formação específica.

Diante da violência exacerbada em crimes praticados por indivíduos psicopatas, o alto índice de reincidir, o horror social causado pelos crimes e a dificuldade em aplicar penas, que satisfaçam a sociedade e afaste dela o mal, é mais do que suficiente, para que mudanças no ordenamento jurídico sejam feitas, tanto para proteção social, quanto para tratamento digno e adequado do indivíduo criminoso.

4 CULPABILIDADE

A culpabilidade trata-se de um juízo de reprovação pessoal realizado sobre a conduta típica e ilícita perpetrada pelo agente (GRECO, 2006).

Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Reprovável ou censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente, que nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo (GRECO, 2010, p. 85).

Na aplicação da pena o juiz constrói um juízo de culpabilidade onde analisa a conduta praticada, para saber se o dolo ou a culpa foram determinantes para o resultado do ilícito. Para que haja a culpabilidade é preciso de três elementos: imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e exigibilidade de obediência ao direito.

4.1 Imputabilidade

Segundo o dicionário imputável pode ser definido como “quem se atribui a autoria ou responsabilidade por alguma ação ilegal: penalmente imputável”.

É imputável o sujeito que tem capacidade plena para compreender seus atos, se tratando de caráter ilícito, onde o indivíduo tinha capacidade física, mental, psicológica e moral para frear seus atos, mas não o fez.

O agente precisar ser imputável para ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido. A imputabilidade é a possibilidade de atribuir um fato típico e ilícito ao agente. A regra é a imputabilidade e a exceção é a inimputabilidade (GRECO, 2013).

Segundo o código penal, somente os menores de dezoito anos podem ser considerados inimputável, não sendo capaz de responder pelos atos ilícitos praticados, ou aqueles que se dizem doentes mentais, para isso precisa-se apresentar laudo médico para sua comprovação.

Vejamos o que traz o artigo 26 do código penal:

Art. 26. 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.

Para que o agente seja considerado inimputável é preciso comprovar que no momento do fato ele tenha sua capacidade de entendimento comprometida, ou seja, ele não sabia o que estava fazendo, seja em virtude da perturbação da saúde mental, por desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

4.2 Semi-Imputabilidade

A semi-imputabilidade diferente da imputabilidade é quando o agente no momento do fato tinha sua capacidade, não plena mais tinha alguma capacidade de entendimento ou de determinação, após o juiz receber laudo de comprovação ele irá analisar e colocá-lo como semi-imputável, podendo ter sua pena reduzida, como explica o parágrafo único do artigo 26 do código penal.

Caso fique comprovado que o agente seja semi-imputável pode haver a substituição de pena, podendo ser submetido a um tratamento curativo ou internação ambulatorial, vejamos o que estabelece o artigo 98 do código penal:

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.

O que caminha totalmente em contrariedade com a psicologia forense, pois fornecer tratamento para algo que não tem cura é totalmente inútil.

4.3 Medida de Segurança

A medida de segurança é um tratamento aplicado ao autor de ato ilícito com fim de cura-lo ou trata-lo, caso o mesmo seja portador de doença mental.

Quando fica provado que o crime foi praticado por um doente mental, se assim entender, o juiz substituirá a pena aplicando ao agente a medida de segurança, que por sua vez possui caráter curativo e não punitivo, vejamos o artigo 96 do código penal "as medidas de segurança são: I- internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, a falta, em outro estabelecimento adequado. II- Sujeição a tratamento ambulatorial".

Nosso ordenamento jurídico diz que a medida de segurança será por tempo indeterminado, ou até a cessação da periculosidade, deverá ser feita perícia anualmente, podendo permanecer em tratamento por 30 anos. Vejamos o que diz o a sumula 527 STJ "o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado".

Como sabemos a pena máxima no Brasil não pode ultrapassar aos 30 anos de reclusão, como estabelecido no artigo 75 do código penal, neste diapasão mesmo que não tenha cessado a periculosidade do agente após 30 anos sendo submetido à internação ou tratamento é preciso findar-se a pena, para assim "obedecer" o que é estabelecido no código penal.

A medida de segurança prevista no Código Penal, quando aplicada ao imputável ou semi-imputável, ainda no processo de conhecimento pode ter prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade. Precedente. No caso dos autos, a medida de segurança não

possui limite temporal, estando condicionada a cessação da periculosidade do paciente, sendo também aplicável ao caso, consoante efetivado na hipótese, a desinternação condicionada pelo prazo de um ano, durante o qual o agente não pode praticar nenhum ato indicativo da persistência de sua periculosidade. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 188 apud BRASIL, 2006, p. 585).

Aqui podemos ver que o sistema jurídico não caminha junto com a psiquiatria já que para ela os psicopatas não são considerados doentes mentais. Como já visto anteriormente, tratamento e reclusão não são capazes de ressocializar esses indivíduos, visto que ele não tem marcação emotiva, não consegue associar a pena ou tratamento ao ato ilícito praticado.

Parecem incapazes de beneficiar-se com castigo ou com a punição, tentando sempre, pela argumentação aparentemente articulada, convencer os outros de sua inocência. No entanto quando punidos, a repreensão não parece exercer qualquer efeito, independente de sua severidade. Uma vez que pessoas com transtorno de personalidade antissocial parecem não aprender ou beneficiar-se com experiências, soluções como a aplicação de penas severas cumprem apenas uma função de segregação social (TRINDADE, 2012, p. 163).

Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente (HARE, 2013, p. 38).

O psicopata homicida precisa ser considerado imputável e responder pelos seus atos penalmente, pois ele tem conhecimento do caráter ilícito do fato, e embora tenha todo conhecimento opta sempre por fazer o que ele deseja, andando sempre em contrariedade a lei.

5 APLICAÇÃO DA PENA

Como já visto o psicopata não tem marcação emotiva, quando considerado imputável e colocado em um sistema carcerário, ele não enxerga a pena restritiva de liberdade como punição, atrapalha a ressocialização de criminosos comuns e quando posto em liberdade os índices de reincidência criminal desses indivíduos é altíssima.

Quando considerado semi-imputável e encaminhado a tratamentos ambulatoriais, internações e terapias, esses feitos se mostram ineficazes e muitas vezes agravam os casos, fazendo com que esses indivíduos aprimorem suas artimanhas e ou atrapalhem o tratamento de outros pacientes.

A internação em hospital psiquiátrico forense não se justifica, pois não existe “tratamento curativo” (como rege a Lei) para a psicopatia. Além disso, tal internação pode ser perigosa, uma vez que o afrouxamento de limites e a vulnerabilidade dos demais pacientes predispõem à piora de suas características predatórias de personalidade. Ao contrário, tais indivíduos precisam de ambientes que proporcionem limites rígidos, em locais onde não possam manipular ou abusar de outros pacientes mais frágeis, como os psicóticos ou retardados mentais (TARBORDA, 2016, p. 14).

Para a psiquiatria o psicopata não é um doente, a partir daí é excluída a inimputabilidade, o problema está na semi-imputabilidade e na imputabilidade, para ser semi-imputável ele depende de perturbação da saúde mental, a jurisprudência vem usando a teoria de que o psicopata tem entendimento do ato ilícito praticado, porém não é inteiramente capaz de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento, não conseguindo parar quando deve, afirmando que no momento do ilícito ele tinha alguma capacidade, não plena, mais possuía alguma.

Diante disso percebe-se que o psicopata homicida é consciente dos seus atos, sabendo a ilicitude do fato e o que vai acarretar a ele, mas mesmo assim escolhe por fazê-lo, assim observamos que se faz necessária a mudança na lei, tanto para que esses indivíduos não fiquem no cárcere com criminosos comuns, quando dentro de um hospital atrapalhando o tratamento de pacientes com chances de cura. Notasse que esses indivíduos próximos da sociedade acarretam problemas, são perigosos, dissimulados e extremamente violentos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil não possuímos prisão perpétua, nossa constituição não permite, a pena máxima aplicada aos criminosos é de trinta anos de reclusão, podendo ter diminuição de pena e vários outros benefícios que o direito possui, as famosas, lacunas da lei. No sistema carcerário hoje também não possuímos nenhuma ferramenta precisa para identificar os psicopatas, o que seria de suma importância, diante do grau de periculosidade desses agentes, como visto nos tópicos anteriores.

O que percebemos é uma enorme falha do sistema, pois não se sabe ao certo o que fazer com alguns tipos de criminosos, já que para psiquiatria o psicopata NÃO é

considerado doente mental, pois não rompe com a realidade, não possui delírios nem alucinações, como os esquizofrênicos, por exemplo, também não possui tratamento curativo ou que diminua a periculosidade de tal, então, a famosa medida de segurança é uma enorme falha, quando aplicada a esses indivíduos.

Quando o agente não é identificado como psicopata e posto em cárcere ele não irá enxergar a pena como algo ressocializador, para ele é como se fosse uma colônia de férias, aprimoram suas técnicas e criam seus "soldados" para fazer o trabalho sujo para eles, pois possuem forte poder de sedução e convencimento, mesmo quando aplicada a pena máxima, posto em liberdade, o psicopata homicida não tarda em retornar ao crime, que em sua maioria são bárbaros.

Vemos nitidamente a falha do sistema, precisamos de uma reforma com urgência, há alguns anos foi apresentada uma reforma prisional, aprovada em primeira instância, mais fora esquecida. Com ela os psicopatas homicidas teriam sua merecida punição, não retornariam de forma alguma a cometer suas barbáries, ficando afastado do convívio social.

Como visto no decorrer deste trabalho, não existe cura, tratamento ou mesmo a reclusão que dê jeito em tais indivíduos, eles não são ressocializáveis. A melhor maneira seria uma prisão específica onde só ficariam reclusos os portadores de psicopatia e por lá permaneceriam até o fim de suas vidas, longe do convívio social e afastado de pessoas que possam ser manipuladas por eles. Para esses tipos de criminosos a única saída é a prisão perpetua ou a pena de morte.

Embora fosse feita a modificação da sanção penal a sociedade não estaria livre do mal causado pelo psicopata homicida, ou qualquer outro, mais em países com leis mais rígidas é comprovado que eles agem com mais cautela, não partindo diretamente para o homicídio, pois os mesmos tem conhecimento das leis e temor a elas, o que não acontece no Brasil.

REFERÊNCIAS

BINS, Helena Dias de Castro; TABORDA, Jose Geraldo Vemet. **Psicopatia: influencias ambientais, interações biossociais e questões éticas**. Revista debates em psiquiatria. Ano 6, N. 1, jan/fev. 2016. Disponível em:

< http://abpbrasil.websiteseuro.com/rdp16/01/RDP_1_2016.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Decreto- lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal De Justiça**. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

GALHARDI, Luciane. **Psicopatia e direito penal brasileiro**. Disponível em: <<http://repositorio.saolucasjiparana.edu.br:8080/bitstream/123456789/100/1/Luciane%20Galhardi%20-%20Psicopatia%20e%20direito%20penal%20brasileiro.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013.

MANUAL DIAGNOSTICO E ESTATISTICO DE TRANSTORNOS MENTAIS. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO; Elias. **Transtorno de personalidade, psicopatia e serial killers**. Rev. Bras. Psiquiatr. vol. 28 suppl.2 São Paulo oct. 2006. Disponível em:

<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000600005>. Acesso em: 17 out. 2020.

MORANA, Hilda C P. **PCL-R - PSYCHOPATHY CHECKLIST REVISED**. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/copen/edicao-01/15%20-%20Artigo%20D.N.%20-%20PCL-R%20-%20Psychopathy%20Checklist%20Revised.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

NAS BARBAS DA PSICANALISE. **Dra. Hilda Morana- psicopatia. 2019**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=poyzsm-J6K4>>. Acesso em: 17 out. 2020.

RODA VIVA. **Ana Beatriz Barbosa Silva-26/07/2010**. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kw4105ZjZuc>>. Acesso em: 17 out. 2020.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **MENTES em pauta-psicopatas e relacionamentos afetivos-Ana Beatriz Barbosa e Alex Rocha**. 2018. Disponível em:

< <https://www.youtube.com/watch?v=HeepfrkJVYU>>. Acesso em: 17 out. 2020.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Psicopatas e os graus de perversidade**. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BKQfnpS1zPo>>. Acesso em: 17 out. 2020.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes perigosas: O psicopata mora ao lado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

SPAREMBERGE, Raquel Fabiana Lopes; FINKLER, Angie. **Personalidade Psicopática: medida de Segurança ou Pena de Prisão? Uma reflexão acerca do artigo 26 do Código Penal Brasileiro**. Disponível em:

< <https://www.diritto.it/personalidade-psicopatica-medida-de-seguranca-ou-pena-de-prisao-uma-reflexao-acerca-do-artigo-26-do-codigo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 17 out. 2020.

TODO SEU. **Como identificar psicopatas?(09/06/16)**. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2yQCxSULuPA>>. Acesso em: 15 set. 2020.

TODO SEU. **Psiquiatra Guido Palomba faz análise psicológica de crimes violentos- todo seu (2/05/18)**. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jWChfGbdbj0>>. Acesso em: 15 set. 2020.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SPAREMBERGE, Raquel Fabiana Lopes; FINKLER, Angie. **Personalidade Psicopática: medida de Segurança ou Pena de Prisão? Uma reflexão acerca do artigo 26 do Código Penal Brasileiro**. Disponível em:

< <https://www.diritto.it/personalidade-psicopatica-medida-de-seguranca-ou-pena-de-prisao-uma-reflexao-acerca-do-artigo-26-do-codigo-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 28. out. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual do direito penal brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 188 apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 4887/SP. 5ª Turma. Relator: Gilson Dipp. Publicado: DJ, 1 fev. 2006.

ALIENAÇÃO PARENTAL: APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.318/2010

CARLOS MARCELO NASCIMENTO SOUSA CARVALHO:

Bacharelando do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil ULBRA, Campus Manaus.

RESUMO: A alienação parental descreve uma alteração que ocorre em alguns rompimentos conjugais muito conflitantes, onde os filhos censuram, criticam e rejeitam um dos pais de forma injustificada e/ou exagerada. Inclui o componente de lavagem cerebral, o que implica que um pai, de forma sistemática e consciente, programe seus filhos para desqualificar o outro, além de incluir outros fatores subconscientes e inconscientes usados pelo pai alienador. Neste sentido, este artigo tem por objetivo geral analisar a aplicação da Lei nº 12.318/2010 na busca efetiva de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente ao convívio familiar, além de especificamente abordar a alienação parental e suas formas; identificar os princípios do direito de família; e, avaliar as implicações da alienação parental no campo do direito. As soluções alternativas devem considerar a interação entre fatores pessoais, familiares e jurídicos. Nesse sentido, a mediação familiar, entendida como abordagem psico legal dos conflitos psico legais, pode se constituir em uma abordagem eficaz. A mediação vai além da simples facilitação dos processos de negociação, dando importância à criação de um contexto familiar cooperativo que contribua para transformar o processo conflitivo e deve se adequar à situação gerada pela disputa judicial, onde geralmente as diferenças das partes os separam de cada um e de suas verdadeiras necessidades.

Palavras-Chave: Separação. Divórcio. Alienação parental. Mediação familiar.

ABSTRACT: Parental alienation describes an alteration that occurs in some very conflicting marital disruptions, where the children censor, criticize and reject one of the parents in an unjustified and / or exaggerated way. It includes the brainwashing component, which implies that a parent, in a systematic and conscious manner, programs their children to disqualify the other, in addition to including other subconscious and unconscious factors used by the alienating parent. In this sense, this article has the general objective of analyzing the application of Law No. 12,318 / 2010 in the effective search to guarantee the best interest of children and adolescents to family life, in addition to specifically addressing parental alienation and its forms; identify the principles of family law; and, evaluate the implications of parental alienation in the field of law. Alternative solutions must consider the interaction between personal, family and legal factors. In this sense, family mediation, understood as a psycho-legal approach to psycho-legal conflicts, can be an effective approach. Mediation goes beyond simply facilitating negotiation processes, giving importance to the creation of a cooperative family context that contributes to transforming the

conflictual process and must adapt to the situation generated by the judicial dispute, where generally the differences of the parties separate them from each other and your true needs.

Keywords: Separation. Divorce. Parental alienation. Family mediation.

1 INTRODUÇÃO

A vida familiar constitui o ambiente no qual a criança e o adolescente podem e devem se desenvolver de forma integral. Nele, os filhos menores recebem proteção, cuidado, atenção e carinho. O modelo de família nuclear representa o ideal de família dessa época, os filhos morando com os pais correspondentes. No entanto, quando os pais se separam, surge a necessidade de um dos pais cuidar dos filhos, devendo ser garantido que o pai sem custódia tenha a possibilidade de manter vínculo permanente com seus filhos.

Mas as vezes o progenitor que exerce a guarda, e várias formas obstrui essa comunicação através de uma campanha de descrédito do progenitor que não exerce a guarda, a tal ponto que faz com que o menor se distancie e até mesmo odeie esse pai que configura-se o que a doutrina chama de Síndrome de Alienação Parental.

Tal patologia não só afeta a estabilidade e o equilíbrio emocional do menor, mas também causa maior desintegração familiar, e afeta os direitos do menor. Esse problema faz parte da área do Direito Civil e Direito de Família no Brasil na linha de pesquisa do Direito da Criança.

A finalidade da pesquisa é analisar a legislação e jurisprudência nacional sobre a Síndrome de Alienação Parental para verificar o tratamento legal da referida patologia, sua prevenção e punição; como afeta a comunicação de pais e filhos, bem como os direitos de crianças e se é necessário regulá-la e puni-la. Assim, foi coletada a legislação relativa à Síndrome de Alienação Parental, e realizada sua análise e interpretação.

Neste sentido, este artigo tem por objetivo geral analisar a aplicação da Lei nº 12.318/2010 na busca efetiva de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente ao convívio familiar, além de especificamente abordar a alienação parental e suas formas; identificar os princípios do direito de família; e, avaliar as implicações da alienação parental no campo do direito.

A decisão de se separar e levar a cabo tem um impacto profundo na família e em cada um de seus membros. O fim da vida conjugal causa angústia pela perda da segurança que significa e pela vulnerabilidade que desencadeia. O divórcio separa os adultos e modifica a estrutura familiar. Inicialmente, perde-se o sentimento de refúgio

e contenção, pois o que se passa lá dentro causa confusão, angústia, insegurança e falta de proteção.

Algumas pessoas, como resultado do divórcio, enfrentam sentimentos devastadores que podem levar a uma raiva descontrolada, que consome a maior parte de sua energia e desencadeia comportamentos perigosos. Quando um casal se separa, isso pode ser feito de várias maneiras; Alguns preservam os filhos dos conflitos conjugais e outros os envolvem colocando-os no centro da batalha, ignorando suas necessidades, desprotegendo-os e gerando graves transtornos emocionais.

Neste trabalho será referido exclusivamente a uma maneira de resolver o divórcio e os acordos dele derivados de forma destrutiva, e a algumas de suas consequências. Especificamente, fala-se da tentativa feita por um dos pais de impedir que os filhos acessem o outro pai, colocando obstáculos em seu caminho.

Esta situação constitui um quadro muito frequente nos casos que apresentam ocorrências judiciais, nomeadamente relacionadas com a posse e especialmente com o regime de visitação.

2 A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é o transtorno gerado a partir de disputas entre pais pela posse de filhos. Ocorre quando um dos pais obstrui a relação do filho com o genitor, geralmente não morando junto (FISCHER, 2010).

Embora na comunidade científica, na Organização Mundial da Saúde e principalmente na *American Psychological Association* (APA) não há consenso sobre a sua plena existência. A definição de Síndrome de Alienação Parental, também conhecida pela sigla SAP, foi publicada pela primeira vez por Richard Gardner (GOMES, 2017).

A divulgação e defesa do SAP foi a principal atividade intelectual deste autor. Sua principal atividade pública era como psiquiatra contratado em litígios de custódia de crianças. Gardner continua sendo, mesmo após sua morte em 2003, o principal referencial teórico do termo (VENOSA, 2013).

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um transtorno da infância que surge quase exclusivamente no contexto de disputas pela guarda de crianças> Sua manifestação primária é a campanha de difamação da criança contra o pai, uma campanha que não tem justificativa. Isso resulta da combinação da programação de doutrinação dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para a difamação do pai alvo (TRINDADE, 2018).

Quando há maus-tratos/ abuso sexual, a animosidade pode ser justificada e, portanto, a explicação da síndrome de alienação parental para a hostilidade da criança não é aplicável. Gardner estabeleceu 8 componentes que devem concorrer para a existência da Síndrome de Alienação Parental, e são os seguintes segundo Gomes, 2017, p. 133):

a) Campanha de calúnia. O genitor alienante transmite ao filho detalhes, sentimentos negativos e experiências ruins vividas com o genitor odiado; b) Razões fracas, frívolas e absurdas; c) A alma versão para com o genitor alienado carece de ambivalência normal. O filho tem a certeza absoluta do seu sentimento de ódio; d) Fenômeno do pensador independente. A criança tem certeza de que chegou sozinha, sem ajuda externa, ao ódio que sente por seu pai; e) Apoio ao pai alienante. A criança sente que deve apoiar o pai que inicia a campanha de difamação, já que sua segurança está nesse pai, já que normalmente o pai tem seus cuidados pessoais; f) A criança expressa desprezo sem qualquer culpa pelo pai odiado; g) Provas de cenários processados. A criança usa uma linguagem que não é a sua. Às vezes ele usa terminologia que não entende, porque repete o que o pai alienante expressa (por exemplo, uma menina de 8 anos diz à mãe que não pode vê-la porque os médicos proibiram); .h) O ódio é transferido a todos, a família do pai alienado. A criança não quer ver seus avós, tios ou primos.

É necessário esclarecer que Gardner sempre distinguiu o fenômeno da alienação parental com a Síndrome de Alienação Parental. A primeira ocorre sempre que há uma campanha de difamação, mas com uma boa terapia o problema está resolvido (SILVA, 2010).

Na alienação parental, a criança não intervém sozinha, porém, o menino ou menina é cúmplice do pai alienante e eles criam suas próprias teorias sobre por que deveriam odiar o pai alienado. A sintomatologia mais comum, é: a) O impedimento de um dos progenitores para que o outro exerça o direito de relação com os filhos; b) desprezar e insultar o outro progenitor na presença do filho; c) Denegrir a imagem do progenitor; d) Interferir no regime de visitação; e) Envolver o ambiente familiar e amigos nas agressões ao ex-cônjuge; f) Subestimar os sentimentos dos filhos em relação ao outro progenitor; g) Encorajar a recusa do outro progenitor; h) Influenciar os filhos com mentiras sobre o outro progenitor; i) Não comunicar fatos importantes sobre a vida do menor sem consulta prévia ao cônjuge; j) Críticas à profissão ou situação financeira do progenitor filho; k) Forçar a criança a escolher entre o pai ou a mãe (LIMA, 2010).

Essas expressões da patologia analisada geram várias consequências na vida familiar, na relação pais-filho, causando diversos conflitos que costumam afetar os direitos fundamentalmente de meninos e meninas. O assunto é abordado sob diferentes perspectivas e ainda não foi alcançado consenso sobre o assunto. Existem duas abordagens para SAP: algumas que a consideram uma doença/distúrbio e outras que a consideram apenas uma alteração dos comportamentos dos pais. Ou seja, os primeiros aceitam e os últimos definitivamente não (FONSECA, 2017),

E dentro do SAP deve-se distinguir diretamente a síndrome da chamada SAP (alienação parental) dependendo se se conta ou não com a ajuda da criança ou adolescente alienado. As teorias ou posições opostas a respeito da existência do SAP têm a ver, em primeiro lugar, com as doutrinas feministas, que discutem o sistema sexista que implica que a legislação conceda o cuidado pessoal ou a guarda dos filhos menores as mães, sem que o pai seja considerado uma alternativa válida (DIAS, 2016).

O primeiro argumento apresentado para desconsiderar a SAP como uma doença mental é o fato de o chamado DSM IV (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais) não aparecer em sua quarta edição. Este manual é produzido pela *American Psychiatric Association* e é um tipo de livro sagrado. Gardner se defende afirmando que os comitês desenvolveram o Manual são conservadores o suficiente para incluir novas doenças e requerem muitos anos de pesquisa (CARVALHO ROCHA, 2014).

2.1 Generalidades da síndrome de alienação parental

A Síndrome de Alienação Parental tem sido abordada, pelo menos de duas perspectivas claras e antagônicas, desde que foi referida pelo Dr. Richard Gardner em 1985 (FISCHER, 2010).

Assim como são ouvidas vozes que a apoiam incondicionalmente, há críticas e vozes dissonantes. Ambas as posições têm, sem dúvida, uma construção argumentativa bastante interessante. Do ponto de vista da ciência e da psicologia em particular, o assunto passa por uma discussão bastante acirrada (FISCHER, 2010).

Assim, há posicionamentos que a consideram - sem dúvida - uma patologia que produz efeitos deletérios em crianças e adolescentes. Por outro lado, há a consideração não científica que não a reconhece como patologia, ousa até apontar que é uma mentira, uma ficção criada sob interesses pouco claros (GOMES, 2017).

A partir da Lei, porém, a discussão não é tão acirrada, já que é sem dúvida evidente sua utilidade para a tomada de decisões em favor de crianças e adolescentes. O operador do Direito não se preocupa muito com a consideração da patologia ou não, ele se interessa mais pelo procedimento e seus efeitos na infância e na

adolescência. Richard Gardner, não podia prever que da elaboração de sua proposta surgissem críticas de várias magnitudes à sua teoria (GONÇALVES, 2011).

Uma seleção adequada de tais posicionamentos permite destacar, em primeiro lugar, as críticas de Sonia Vaccaro e Consuelo Barea, publicadas na Espanha em setembro de 2009. Referidas assumiram uma posição bastante radical que acusa Gardner de favorecer o abuso de crianças por seus pais, e que a Síndrome de Alienação Parental serve ao propósito de se tornar um mecanismo que facilita a perpetuação do abuso infantil e, conseqüentemente, da violência de gênero, com seus laudos periciais, a impunidade dos acusados de pedofilia (RODRIGUES, 2015).

No entanto, tais avaliações subjetivas partiam de um discurso marcadamente feminista e, portanto, com pouco conteúdo científico. Em resposta a essa investida, Gardner apud Almeida (2016, p. 234) destacou:

Enquanto as mulheres que negam a SAP são bem organizadas, as mulheres que reconhecem sua existência não. As mulheres alienadas pelo SAP devem pressionar os grupos de mulheres para que ouçam com atenção e entendam como enganam seu próprio gênero ao negar o SAP.

No entanto, foi no Simpósio de Toronto, Canadá, que se concluiu esta discussão fútil sobre gênero: A Síndrome de Alienação Parental é causada por mães e pais. Não é exclusiva e se pode se referir também àquela teoria que nega o caráter da Síndrome, pois se é uma patologia psíquica deve ser composta por vários sintomas (FISCHER, 2010).

Para alguns autores, o primeiro requisito para que se constitua em síndrome é que apareça no DSM IV (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais ou Manual de Diagnóstico e Estatística de doenças mentais). A esse respeito, é necessário destacar que o DSM IV foi publicado em 1994, portanto as comissões que estudaram as novas categorias inseridas funcionaram de 1991 a 1993, numa época em que havia pouca literatura e poucos artigos sobre o assunto (GOMES, 2017).

Nos Estados Unidos, até o ano de 2000, já existiam 70 decisões judiciais em que os Tribunais reconheciam formalmente a Síndrome de Alienação Parental. Por outro lado, é necessário ao DSM não pode, por definição, abranger todas as situações em que a saúde mental de um ser humano, entendida em sua própria no sentido holístico, pode ser comprometido, de modo que o próprio DSM o reconheça e tenha tido que criar uma categoria que permita ampliar o quadro de diagnóstico às realidades sociais que se tecem de forma apressada, sendo uma categoria que se denomina outro foco de interesse que podem ser objeto de atenção clínica (GONÇALVES, 2011).

Assim, esta categoria considera outras fases ou problemas que podem ser objeto de atenção clínica e que estão relacionados aos transtornos mentais descritos anteriormente neste manual de uma das seguintes formas: 1) O problema é centrado no diagnóstico ou tratamento e a pessoa não tem transtorno mental. Também pode ser citado, como uma teoria que nega a Síndrome de Alienação Parental a qualidade da patologia, consta-se nos resultados dos trabalhos de pesquisa da psicóloga Kathleen Faller, que sustentou que 75% dos casos de denúncias de abuso sexual, em polêmicos processos de divórcio, eram plausíveis. Ao contrário do que defende Gardner, que afirmou que nos referidos processos contenciosos existiam apenas entre 10 e 15% das alegações verdadeiras (ALMEIDA, 2016).

A rejeição da criança ao pai que deixou a casa da família ocorre como uma resposta natural. A criança sente-se traída por tal pai. Nessas circunstâncias, Gardner afirmou que, se a criança está realmente abandonada, há um motivo lógico para a rejeição e então não haveria relação com a Síndrome de Alienação Parental (BRITO, 2017).

3 O CENÁRIO EM QUE SE DIZ QUE SAP OCORRE

As famílias de alto conflito estão desproporcionalmente representadas, é claro, entre a população daqueles que contestam a custódia e a visitação. Esses casos geralmente envolvem violência doméstica, abuso infantil e abuso de substâncias. Muitos pais estão zangados e uma ampla gama de problemas de visitação ocorrem (FISCHER, 2010).

A descrição de SAP do Dr. Gardner pode muito bem lembrar os pais, terapeutas, advogados, mediadores e juízes dessas emoções freqüentemente encontradas, e isso pode ajudar a explicar por que seu público muitas vezes aceitou o SAP sem questionar (GOMES, 2017).

A esmagadora ausência de análise cuidadosa e atenção ao rigor científico que esses profissionais demonstram, no entanto, é profundamente preocupante, o que permitiu o que é popularmente denominado *junkscience* (pseudociência) influenciar os casos de custódia de maneiras que provavelmente prejudicarão as crianças. O psiquiatra infantil Richard Gardner cunhou o termo Síndrome de Alienação Parental em 1985 para descrever suas impressões clínicas dos casos que ele acreditava que envolvia falsas alegações de abuso sexual infantil (GONÇALVES, 2011).

A essência da SAP, em sua opinião, é uma campanha infantil de difamação contra um pai que resulta da programação (lavagem cerebral) da criança por um dos pais para denegrir o outro pai e contribuições autocriadas pela criança em apoio à campanha do pai alienador (RODRIGUES, 2015).

O Dr. Gardner afirmou pela primeira vez que a SAP estava presente em aproximadamente noventa por cento das crianças cujas famílias estavam envolvidas em litígios de custódia, mas não forneceu resultados de pesquisa para substantiar suas afirmações sobre a síndrome, sua frequência ou seu ambiente (ALMEIDA, 2016).

Na verdade, suas estimativas iniciais parecem ter sido dramaticamente exageradas, particularmente quanto à frequência de falsas alegações de abuso sexual, e suas estimativas revistas foram muito mais circunspectas (BRITO, 2017).

Nos últimos anos, o uso do termo SAP foi dramaticamente estendido para incluir casos de todos os tipos em que uma criança se recusa a visitar o pai que não tem a custódia, quer as objeções da criança impliquem ou não alegações de abuso. Embora o Dr. Gardner às vezes afirme que sua análise não se aplica a casos de abuso real, o foco de sua atenção é direcionado em discernir se o pai amado e o filho estão mentindo, não se o pai alvo é mentiroso ou se comportou de uma forma que pudesse explicar a aversão do filho (CARVALHO ROCHA, 2014).

Seu tratamento recomendado para casos graves é transferir a custódia do filho do pai tutelar amado para o pai rejeitado para desprogramação. Isso pode envolver cuidados institucionais por um período de transição, e todo contato, até mesmo ligações telefônicas, com o cuidador principal deve ser encerrado por pelo menos algumas semanas. Somente após a lavagem cerebral reversa a criança pode ser lentamente reintroduzida ao custodiante anterior por meio de visitação supervisionada. O cenário em que se diz que SAP ocorre em famílias de alto conflito estão desproporcionalmente representadas, é claro, entre a população daqueles que contestam a custódia e a visitação (DIAS, 2016).

A SAP desvia a atenção do comportamento talvez perigoso do pai que busca a custódia para o do pai habitual. Essa pessoa, que pode estar tentando proteger a criança, em vez disso, está mentindo e envenenando a criança. Na verdade, para Gardner, os passos dos pais responsáveis pela custódia para obter assistência profissional no diagnóstico, tratamento e proteção da criança constituem evidência de falsas alegações (FONSECA, 2017),

Pior ainda, se os terapeutas concordam que o perigo existe, Gardner afirma que eles são quase sempre mulheres odiosas que entraram em apologia atroz com a criança reclamante e o pai preocupado. De fato, ele adverte os juízes a não levarem a sério as alegações de abuso no ambiente do tribunal de divórcio em casos de alto conflito (casos graves de SAP) (VENOSA, 2013).

Nem Gardner nem aqueles que aceitam seus pontos de vista reconhecem as dificuldades lógicas quando Gardner afirma que as alegações de abuso que são

acreditadas pelos terapeutas constituem evidência de SAP pelo pai protetor (TRINDADE, 2018).

Gardner acredita que, particularmente em casos graves, o relacionamento de uma criança alienada com o pai rejeitado será irreparavelmente danificado, provavelmente terminando para sempre, a menos que medidas imediatas e drásticas (transferência de custódia, isolamento do pai amado e desprogramação são tomadas (SOUZA, 2016).

Aqui, também, fontes confiáveis revelam que sua teoria é exagerada, com quase todos os casos incomuns (por exemplo, aqueles que parecem famílias inviolentas) resolvendo-se à medida que as crianças amadurecem (LIMA, 2010).

Como essas fontes sugerem, o remédio proposto por Gardner para o extremo casos não são suportados e colocam as crianças em perigo. Em sua decisão admitida de errar por causa da sub identificação de abusadores, Gardner parece ter esquecido das diferenças de política entre a lei criminal e a lei de custódia infantil e também ter entendido mal a distinção entre o ônus da prova no crime e casos civis que levou em consideração. Na medida em que a SAP resulta em colocar os filhos com um dos pais que é, de fato, abusivo, os jovens não terão contato com o pai que pode ajudá-los (KODJOE, 2015).

Grupos de pais e relatórios investigativos descrevem, por exemplo, numerosos casos em que tribunais de primeira instância transferiram a custódia de crianças para abusadores conhecidos ou prováveis e pais tutelados tiveram o contato negado com as crianças que estavam tentando proteger (KODJOE, 2015).

Em casos menos extremos, também, crianças são prováveis sofrem de uma mudança repentina em sua vida doméstica e no relacionamento com o pai/mãe em quem confiam. Até mesmo os terapeutas que aceitam a teoria do SAP aconselharam contra as transferências de custódia em vão em alguns casos relatados em que parece que os juízes implementaram as opiniões de Gardner por sua própria iniciativa (FISCHER, 2010).

Em suma, a relutância ou recusa das crianças em visitar os pais que não detêm a guarda pode provavelmente ser melhor explicada sem recorrendo à teoria de Gardner. Os estudos que acompanharam famílias ao longo de vários anos, por exemplo, relatam que as visitas podem cessar ou sofrer resistência quando uma variedade de razões faz com que pais e filhos responsáveis pela custódia fiquem zangados ou incomodados com o outro pai (GOMES, 2017).

Freqüentemente, o comportamento do pai que não detém a custódia e o estágio de desenvolvimento da criança desempenham papéis decisivos. Alinhamentos

ou alianças que lembram um pouco a construção de Gardner são muito menos frequentes do que ele sugere e, mesmo em casos extremos, esses estudiosos concordam que a teoria SAP exige respostas inadequadas e prejudiciais que intensificam o problema (ALMEIDA, 2016).

4 ALIENAÇÃO PARENTAL COMO NORMA JURÍDICA REGULADORA DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Nota-se frequentemente o caráter uniforme, repetitivo – regular – dos fatos sociais. Todavia, Durkheim (2008) que tanto insistiu nesse ponto, salienta também a efervescência que caracteriza as festas, o cumprimento de alguns ritos, ou que acompanha algumas situações extremas em que o grupo refaz sua unidade no próprio momento em que ela parece se desfazer sob o efeito de fortíssimas tensões. De um ponto de vista mais analítico, Durkheim (2008) na diversidade das etapas ou das dimensões da experiência as normas, que são maneiras de fazer, de ser ou de pensar, socialmente definidas e sancionadas, valores que orientam de modo difuso a atividade dos indivíduos fornecendo-lhes um conjunto de referências ideais, e ao mesmo tempo uma variedade de símbolos de identificação, que os ajudam a situar a si e aos outros em relação a esse ideal (BRITO, 2017).

Contudo a ordem dos valores e a ordem das normas não são rigorosamente separadas – exceto no caso limite de uma ação técnica, plenamente consciente dos fins que busca e com domínio absoluto dos recursos e meios que mobiliza. Quase sempre a distinção entre normas e valores é relativa e abstrata; e seria tão arbitrário só reter a dimensão normativa (ou valorativa) quanto negligenciar o aspecto regular dos fatos sociais em detrimento de seus aspectos “efervescentes” (CARVALHO ROCHA, 2014).

Segundo Gomes (2017, p. 33):

A separação entre as normas e a prática – entre o que devemos fazer e o que realidade fazemos – chama imediatamente a atenção mesmo do observador. A sociedade na maioria das vezes se faz presente pelas ordens que decreta e pela sanções que coloca em ação, é o primeiro a reconhecer que as ordens estão longe de ser sempre obedecidas,

A célebre discussão sobre o normal e o patológico não se limita a mostrar que a experiência das ações socialmente prescritas e sancionadas acarreta correlativamente a existência de ações socialmente proibidas (DIAS, 2016).

Durkheim (2008, p. 56) chega a proclamar que o crime é normal, porque uma sociedade que dele estivesse isenta é totalmente necessário, é útil (pois) prepara “mudanças necessárias”.

Nossas restrições Não dizem respeito à tese da normalidade do crime, ainda que essa normalidade seja considerada de um ponto de vista exclusivamente utilitário e evolucionista (o crime é útil na medida em que prepara a mudança), mas ao caráter dicotômico da distinção entre o normal e o patológico. A norma não se confunde com o normal, e o anormal ou mesmo o desviante tampouco com o patológico (DIAS, 2016).

O que certamente enfraquece essa concepção de Durkheim (2008) é que, pelo dualismo um tanto simplista em que à primeira vista parece se apoiar, a autoridade de qualquer norma só se fundamenta na autoridade da sociedade me geral. Nessa concepção a norma jurídica se apresenta como um conjunto de prescrições e proibições institucionalmente definidas. Segundo Gomes (2017, p. 34):

A evolução das formas jurídicas faz com que uma ação principalmente repressiva fundamentada na solidariedade mecânica suceda á recuperação fundamentada na solidariedade orgânica. Contudo, nos dois casos, os delitos que são objeto de rigoroso definição, e as penas que os sancionam são metodicamente aplicadas.

Assim, no momento em que o direito se torna uma atividade diferenciada, distinta da magia ou da religião, é marcado pela transferência das funções repressivas e retributórias a órgãos especializados em vez de, como é o caso nas sociedades primitivas se expressar por manifestações violentas, mas naturais, da consciência coletiva. O progresso constituído pela norma jurídica é que a ação da sociedade, em lugar de ser difusa, aparece claramente apreensível durante toda a duração do processo que vai do delito até sua punição ou reparação (FONSECA, 2017),

Assim, tem-se a tentação a concluir por uma generalização abusiva, que a sociedade é que fundamenta tudo sistema normativo, uma vez que fundamenta a norma jurídica. Sob essa norma, o argumento é duplamente frágil. Primeiro, a ligação entre a norma jurídica e ordem social não é suficientemente explicitada; segundo, a passagem da norma jurídica para qualquer norma resulta de uma generalização abusiva (KODJOE, 2015).

O importante é que a norma é universal e sua característica de universalidade é que a norma – ou, como dizima os autores do século XVIII, a Lei – exprime a vontade daqueles que ela obriga. Por isso, como raciocina Kelsen (1965) apud Gomes (2017), só a democracia, entendida como o regime em que os governados, isto é, os sujeitos

da obrigação, são ao mesmo tempo os governantes, isto é, os titulares da soberania, satisfaz plenamente as exigências da norma jurídica.

Entretanto o consenso de governantes e governados não se confunde com a situação de unanimidade. O consenso também não se apoia no conteúdo do sistema normativo. Apoia-se apenas em procedimentos (DIAS, 2016).

Assim, a norma se torna juridicamente obrigatória pelas condições em que é formulada: a juridicidade se prende às normas enunciadas pelas autoridades competentes, isto é, aquelas que receberam essa missão e a exerceram nas formas mais constitucionalmente convencionadas. O importante é ressaltar que a norma jurídica se origina de uma patologia social, ou seja, um defeito que precisa de regulamentação normativa para que seus males não cresçam e, se possa dar um destino a ele (FONSECA, 2017),

Neste processo a alienação parental pode ser considerada uma patologia social que nasce de uma situação de conflito e como tal necessita de uma normalização, já que a vida está cheia de conflitos e podem ser minimizados mediante a ação normativa a um nível de expectativas que estejam ao alcance do sistema jurídico (KODJOE, 2015).

Neste sentido Fischer (2010, p. 37) informa que a alienação parental é resultado de conflito, *stress*, ansiedade e encontram-se entre dez (10) posições seguintes:

- a) a pessoa necessita-se sentir amado e ter constantemente o apoio de amigos e familiares e caso isso não ocorra à tendência é denegrir a imagem do ex companheiro(a);
- b) tem de ser competente e alcançar as metas que se propõe. O valor pessoal está relacionado com o número de vitórias alcançadas;
- c) tem de ser sempre o primeiro, força o outro a concordar com suas ideias;
- d) os outros devem tratar as pessoas com injustiça e desigualdade;
- e) quando existe perigo ou medo no seu universo, fica perturbado e preocupado;
- f) as pessoas e circunstâncias devem encaixar-se nas metas que foram impostas por ele. Quando isso não acontece, acha que a

vida é miserável e que devem existir soluções fáceis para os problemas complexos;

G) uma miséria emocional que nasce das pressões externas, sobre as quais não se exerce quase nenhum controle. Se as circunstâncias, continuam a miséria continua;

h) tendência a evitar as responsabilidades da vida e seus problemas;

i) o passado domina a vida atual e continua determinando o que a pessoa sente e faz hoje;

j) busca de satisfação ou prazer pela fato de denegrir o outro.

Claro fica que a alienação parental é uma patologia social. A ideia contudo, que não se pode viver sem o outro é sinal de alguém inseguro, condenado a ter uma vida de conflitos e perturbações (KODJOE, 2015).

Seria bom ser competente e eficiente em tudo o que se faz, mas não é realista esperar que, sempre seja assim, É importante aprender a conviver com a espera e com as frustrações. Desta forma, como patologia social, a alienação parental necessita de normatização para que seus males não se espalhem. Ou seja, é necessário criar uma legislação (LIMA, 2010).

O termo legislação deriva do *latim legilatio* (criação ou estabelecimento de leis) e é tomado em sentido etimológico para designar o conjunto de leis dadas a um povo, A lição é de Plácido e Silva (1980, p. 921) apud Gomes (p, 2017, p. 37) que esclarece ser este o sentido primitivo da *lex data* ou das *leges datae* dos romanos, significando as leis que eram dadas a uma cidade. Mas a legislação (*leges datae*) distingue-se propriamente da *lex*, por sua pertinência com os regulamentos orgânicos expedidos pelos magistrados, em face da outorga popular em que se viam investidos.

A *legislativo*, portanto, expressava um sentido mais restrito, enquanto a *lex* era mais abrangente. Estes aspectos mantiveram-se através dos tempos, projetando-se na terminologia jurídica hodierna (KODJOE, 2015).

Com efeito, nos dias atuais, a palavra legislação, em seus desdobramentos semânticos, é empregada, por vezes, com aquela ideia restritiva de regulamentação complementar a um direito pré existente e, outras vezes, para indicar o acervo de leis relativas a um ramo jurídico ainda em face de formação, isto é, ainda não sistematizado. Desta forma, a necessidade de coibir os efeitos de uma patologia social, como a alienação parental, foi sistematizado em uma Lei: a Lei nº 12.318/2010, que passou a fazer parte do arcabouço do direito de família nacional (TRINDADE, 2018).

5 A ALIENAÇÃO PARENTAL NA LEGISLAÇÃO NACIONAL - LEI Nº 12.318/2010

A Síndrome de Alienação Parental está regulamentada diretamente na legislação nacional or intermédio da Lei nº 12.318/2010, realidade que se verifica a partir da revisão da legislação vigente (KODJOE, 2015).

E isso se deu pela abordagem da Carta Política que produz a afirmação que nela não se encontra apenas normas reguladoras das relações entre os indivíduos e o Estado, entendendo que este diploma contém o pacto social entre governantes e governados, portanto as normas da Constituição são obrigatórias (LIMA, 2010).

Assim, a norma contida no artigo 226 da CF de 1988, § 6º e 7º que

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Em relação ao exposto, o Tribunal Constitucional estabeleceu que a força normativa da Constituição, a sua força ativa e passiva, bem como a sua força reguladora das relações jurídicas, se projeta também àquelas estabelecidas entre indivíduos, aspecto denominado de eficácia *inter privatos* ou eficácia contra terceiros dos direitos fundamentais. Consequentemente, qualquer ato originado de a pessoa física ou jurídica de direito privado que pretenda violá-la ou ignorá-la, é inexoravelmente inconstitucional (KODJOE, 2015).

Mas o efeito horizontal ou *inter privatos* que os direitos fundamentais possuem deriva não só do artigo 5º da Constituição, mas também do princípio da dignidade (artigos 1º da Constituição), na medida em que o valor central da pessoa impõe que os direitos também projetam seu efeito regulador na esfera da sociedade e na própria autonomia privada (KODJOE, 2015).

A dignidade da pessoa traz assim consigo a projeção universal, perante todos os tipos de destinatários, dos direitos fundamentais, de modo que não há esfera social isenta de seu efeito normativo e regulador; visto que, se existisse, por mais excepcional que fosse, o valor normativo do mesmo princípio de dignidade seria negado (LIMA, 2010).

Conseqüentemente, os direitos fundamentais vinculam e têm força reguladora nas relações jurídicas de direito privado, o que implica que as normas estatutárias das entidades privadas e os atos dos seus órgãos devem estar em plena conformidade com a Constituição e, em particular, com os direitos fundamentais (SILVA, 2010).

Na análise da Carta Política, encontra-se regulamentações de princípio, mas importantes para delinear uma regulamentação específica por meio de normas de ordem jurídica. Assim, o artigo 1º prescreve que a defesa da pessoa humana e o respeito pela sua dignidade são o objetivo supremo da sociedade e do Estado (SOUZA, 2016).

Essa norma é de extrema importância porque marca um curso legislativo que determina o conteúdo das demais normas infraconstitucionais. Para a análise é importante destacar que a dignidade é uma condição ou qualidade de todo ser humano, é intrínseca à pessoa humana pelo que é específico de sua natureza: seu ser espiritual. Assim, a pessoa humana como organismo psicossomático está sujeita a regras de origem, desenvolvimento e declínio. É o que alguns chamam de projeto de vida, que implica o acúmulo de aspirações que todo ser humano possui, e que para sua realização ou abrangência é exigido da comunidade e do Estado um conjunto de ações que o possibilitem e garantam. Desde a sua concepção a pessoa exige proteção, e os outros são responsáveis por ela, devem acolhê-la, promovê-la e protegê-la (TRINDADE, 2018).

Isso é imprescindível em todas as fases de seu desenvolvimento, e com maior ênfase naquelas de maior demanda, como infância, adolescência e velhice; bem como o que é determinado por sua condição de evidente vulnerabilidade (VENOSA, 2013).

Esta exigência é explicitada no caso dos filhos menores, que necessitam - para o seu desenvolvimento integral - de vínculos socioafetivos fundamentais, como o contacto ou vínculo necessário e constante com os pais. Garantir esse vínculo leva, sem dúvida, a um respeito irrestrito por sua dignidade (KODJOE, 2015).

É assim que o Tribunal Constitucional o entendeu ao reconhecer o direito da criança a constituir família, pelo que o referido tribunal sustenta que o mesmo já teve a oportunidade de se pronunciar sobre o direito da criança a constituir família, como direito constitucional implícito que encontra respaldo no princípio-direito à dignidade da pessoa humana e nos direitos à vida, à identidade, à integridade pessoal, o livre desenvolvimento da personalidade e do bem-estar reconhecido nos artigos 1º e 5º, 226 da Constituição (KODJOE, 2015).

É um direito implicitamente reconhecido no preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, que reconhece que a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente

de felicidade, amor e entendimento, bem como no Estatuto da Criança e Adolescentes – ECA, que diz que o Estado e a família devem assegurar que a criança não seja separada de seus pais contra sua vontade, e por sua vez, expressamente reconhecido neste ECA afirmando que a criança e o adolescente têm direito a viver, crescer e se desenvolver dentro da família (LIMA, 2010).

Da mesma forma, este o Tribunal Constitucional reconheceu que o gozo mútuo da convivência entre pais e filhos constitui uma manifestação do direito da criança a constituir família e a não se separar dela, que mesmo quando os pais estão separados dos filhos impõe que a convivência familiar seja garantida, a menos que não haja ambiente familiar de estabilidade e bem-estar e que a autoridade conferida à família não implique que esta possa exercer controle arbitrário sobre a criança, o que poderia lhe causar danos. Neste sentido a Lei nº 12.318/2010 veio garantir essa situação concebendo uma norma em consonância com a CF de 1988 e do o ECA garantido o respeito ao o direito da criança de preservar sua identidade, incluindo nacionalidade, nome e relações familiares, de acordo com a lei, sem interferência ilegal (SILVA, 2010).

Quando uma criança for ilegalmente privada de alguns ou de todos os elementos de sua identidade, o Estado proporcionará a devida assistência e proteção a fim de restabelecer rapidamente sua identidade (VENOSA, 2013).

Já artigo 21º da Lei nº 12.318/2010 diz que a alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este e isso indica o livre desenvolvimento da personalidade, talvez como um dos direitos mais importantes inscritos (TRINDADE, 2018).

Este direito garante uma liberdade geral de ação do ser humano em relação a cada esfera de desenvolvimento da personalidade, ou seja, de parcelas de liberdade natural em determinadas áreas da vida, cujo exercício e reconhecimento estão vinculados ao constitucional conceito de pessoa como ser espiritual, dotado de autonomia e dignidade, e como membro de uma comunidade de seres livres. Obviamente, não se trata de proteger constitucionalmente qualquer tipo de faculdades ou poderes que o ordenamento jurídico tenha reconhecido ou instituído em favor do ser humano (SOUZA, 2016).

Pelo contrário, reduzem-se a todos aqueles que são inerentes à estruturação e realização da vida privada e social de uma pessoa e que não receberam um reconhecimento especial através de disposições específicas de direitos fundamentais (KODJOE, 2015).

Tais espaços de liberdade para a estruturação da vida pessoal e social constituem espaços de liberdade afastados de qualquer intervenção estatal que não sejam razoáveis ou proporcionais para a salvaguarda e eficácia do sistema de valores que a própria Constituição estabelece (LIMA, 2010).

Esta apreciação jurídica é sem dúvida importante, pois garante que a pessoa humana possa desenvolver-se num ambiente de plena liberdade, o que implica e exige que a sociedade e o Estado garantam esse desenvolvimento proporcionando o melhor cenário possível, tanto legal como factual. No entanto, deve-se reconhecer também que é o artigo 4º onde se desenvolve um conteúdo principal de extrema valia, a norma em questão afirma que a comunidade e o Estado protegem especialmente a criança, o adolescente, a mãe e o idoso em situação de abandono. Eles também protegem a família e promovem o casamento. Eles os reconhecem como institutos naturais e fundamentais da sociedade. A norma precedente desenvolve o que na doutrina do direito da família vem a ser chamado de princípio da proteção da família (KODJOE, 2015).

6 CONCLUSAO

Enquanto as cortes e legislaturas brasileiras continuam seus empreendimentos entusiásticos na aplicação do direito da família, eles fazem uso frequente de teorias e pesquisa das ciências sociais. Este ensaio enfocou os desenvolvimentos na lei de custódia infantil decorrente da Síndrome de Alienação Parental (SAP), uma teoria proposta em 1985 que se tornou amplamente utilizada apesar sua falta de fundamentos científicos.

A discussão destaca temas teóricos e problemas práticos com SAS, fornece uma discussão semelhante de mais propostas recentes rotuladas de Alienação Parental (SAP), e conclui com recomendações para advogados e juízes que devem avaliá-los os desenvolvimentos semelhantes

Filhos cujos pais não concordam ou cooperam em relação a seus cuidados são colocados no meio de conflitos de lealdade que só podem estressar e às vezes quebrá-los. Ainda não se sabe o suficiente sobre como as crianças desenvolvem lealdade e antipatias ou as resolvem à medida que amadurecem, seja em famílias intactas ou divididas. Até que o se faça, cuidado deve orientar terapeutas e tribunais.

Nas últimas décadas as mudanças nas relações sociais são significativas, principalmente nas questões referentes ao direito de família. Os principais fenômenos destas mudanças são: a crise na família nuclear (monogâmica e heterossexual), e, a entrada da mulher no mercado de trabalho.

Neste preâmbulo de mudanças sociais profundas, desencadeadas principalmente pelos avanços nas telecomunicações, provocaram sem dúvida um alcance muito maior do nível de informação e conhecimento.

Neste sentido, este artigo tem por objetivo geral, analisar o contexto da Lei nº 12.318/2010 que resguarda o interesse da criança e do adolescente ao convívio familiar, além de especificamente identificar a alienação parental e suas formas como norma jurídica; verificar os princípios da alienação parental dentro do direito de família; e, identificar as imposições da alienação parental. Para isso, em primeiro lugar foi analisado a necessidade de formalização de norma jurídica dentro da legislação nacional que proteja direitos com a apresentação da contextualização histórica da norma. Em segundo plano foi analisado, no âmbito da bibliografia, o direito de família, por intermédio da contextualizando histórica.

Neste sentido, a alienação parental acontece, em escala mundial e, sempre esteve presente em toda a história da humanidade, e em todas as classes sociais, articulada ao nível de desenvolvimento da sociedade na qual acontece. É um problema complexo que requer a coordenação de esforços entre pessoas de vários setores profissionais.

No caso brasileiro especificamente está enraizado no tecido social. Embora os recursos sejam importantes, não constituem, por si só, a solução. Nos países desenvolvidos, a existência de sistemas de assistência social e de coação legal não garante uma resposta adequada. Assim, com a pesquisa foi possível perceber que é necessário congregação de esforços para: reconhecer a complexidade do fenômeno e suas consequências; aprender mais sobre outros serviços e recursos para combater o problema.

Essa congregação de esforços pode constituir um desafio para pessoas de diferentes organismos, com diversos tipos de formação e intervenção. As suas vantagens são: a compreensão mais aprofundada da dinâmica do problema; o aumento do número de ações de alienação parental na justiça com o advento de responsabilizações; apoio acrescido aos profissionais e aumento da motivação destes; e, prestação mais eficaz, sensível e coordenada de serviços de apoio à vítima.

Conclui-se, desta maneira, que se enquadra no Direito de Família qualquer demanda que verse sobre o direito de manter as relações familiares, e, por conseguinte, de filiação. Entretanto, este é o caso do direito ao conhecimento da alienação parental – inserido nos direitos de família - que visará fundamentalmente à proteção de outros direitos, também de índole constitucional, e guardando valores quiçá maiores do que o próprio direito à intimidade.

REFÊRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J. G. **Direito de Família e a nova constituição**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Brasília: Congresso Nacional Constituinte, 1988. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 21 de mar de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.318/2010**. Brasília: Congresso Nacional, 2010. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 21 de mar de 2021.

BRITO, L. M. T. **Família pós-divórcio**: a visão dos filhos. *Psicologia: Ciência e Profissão*, 27(1), 32-45., 2017.

CARVALHO ROCHA, L. de A. **Alimentos no ordenamento jurídico brasileiro**. Artigo. 2014. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 27 de ago de 2020.

DIAS, M. B.. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Artigo, 2016. Disponível em file:///C:/Users/ADMINI~1/AppData/Local/Temp/1_-_s%25EDndrome da aliena%25E7%25E3o parental, o que %25E9 isso.pdf Acesso em 25 de mar de 2021.

DURKHEIM, Ée. **Sociologia**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FISCHER, C. B. **Alienação parental no direito de família**. São Paulo: RT, 2010.

FONSECA, P. M. P. C. da. **Síndrome da Alienação Parental**. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. v. 8, n. 40, fev/mar, 2017, p. 5-16.

GOMES, F. **Direito de família**. São Paulo: RT, 2017.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. Vol. 6. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KODJOE, Ú. **A alienação parental**. (Tradução da Conferência da psicóloga do idioma francês para o português: Philippe Maillard), 2015. Disponível em: <http://www.apase.org.br>. Acesso dia 26 de ago de 2020.

LIMA, P. **Direito de Família**. Artigo. 2010. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 28 de mar de 2021.

RODRIGUES, R. de L. **As tendências do Direito Civil Brasileiro na Pós-Modernidade**. Artigo. 2015 Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6617> Acesso em:21 de mar de 2021.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**: Direito de Família. 28 ed. atual. Por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, D. M. P da. **Alienação parental**: distúrbio neurótico. Artigo. 2010. Disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br> Acesso em 2 de de mar de 2021.

SOUZA, R. P. R. de. **A tirania do guardião**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1191, 5 out. 2016. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8999>>. Acesso em: 27 de mar de 2021.

TRINDADE, J. **Síndrome de Alienação Parental (SAP)**. In: DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação Parental. São Paulo: RT, 2018.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil**: Direito de Família. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 6.

A FISCALIZAÇÃO NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PARA GARANTIR SUA EFICÁCIA JUNTO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

KEMELY CAROLINE DE SOUZA LIMA MIOTO BEATA:
Bacharelada do Curso de Direito pela Universidade Brasil,
campus Fernandópolis/DP.

RODRIGO FRESCHI BERTOLO.

(Orientador)

RESUMO: A fiscalização na execução dos contratos administrativos consiste em uma atividade administrativa na qual é regida por normas no âmbito do direito público, especialmente pela Lei nº 8.666/93. Esta tem a finalidade de determinar as regras, exigências e condições dos contratos administrativos, assim como também, atribui prerrogativas à Administração Pública para alterar, rescindir, controlar e aplicar sanções ao contratado, em caso de inexecução parcial ou total do contrato. O ato de fiscalizar visa demonstrar o êxito e eficácia do funcionalismo público e prevalecer o interesse coletivo. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a relevância da fiscalização na execução dos contratos e a necessidade do fiscal de contratos nas esferas de governo. A abordagem da pesquisa classifica-se como básica, exploratória, bibliográfica, qualitativa e de campo, isto é, visa se aprofundar por meio de referências, doutrinas, legislação e artigos científicos. Diante do exposto, nota-se que a fiscalização na execução dos contratos administrativos é de extrema importância para a organização e gestão do poder público, visto que, tal atividade eleva a qualidade dos serviços prestados à população.

Palavras-chave: Administração Pública. Contratos Administrativos. Execução. Fiscalização.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1.1 Conceito de Administração Pública. 2.1.1 Administração Pública Direta e Indireta. 2.2 Princípios Constitucionais. 2.3 Federalismo. 3 LICITAÇÕES E CONTRATOS. 3.1 Conceito de Licitação. 3.1.1 Modalidades de Licitação. 3.1.2 Contratação Direta. 3.2 Fases do Procedimento Licitatório. 3.3 Contratos Administrativos. 3.3.1 Formalidade e Obrigatoriedade dos Contratos. 3.3.2 Exceção dos Contratos Escritos. 3.3.3 Assinatura e Publicação dos Contratos. 3.3.4 Garantias Contratuais. 3.3.5 Vigência Contratual. 3.4 Execução dos Contratos. 4 FISCALIZAÇÃO NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS. 4.1 Fiscalização dos Contratos Administrativos. 4.2 Fiscal dos contratos. 4.3 Responsabilidade Solidária. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A análise dos contratos administrativos é de suma importância para o discernimento coletivo, pois é uma forma de esclarecer todo o procedimento licitatório, como também identificar e prevenir a corrupção no decorrer e ao final do processo. Além disso, é interessante salientar a relevância na fiscalização da execução dos contratos, visto que, esta tem por finalidade averiguar a aplicação efetiva conforme as disposições contratuais e certificar que a Administração Pública obteve proposta mais vantajosa ao firmar compromisso com a contratada, assim, legitimando a veracidade e o êxito dos princípios da Eficiência, Eficácia e Economicidade.

Nesse sentido, diante das explicações acerca do tema, o problema a ser discutido no referido estudo, consiste na observância e necessidade quanto a fiscalização na execução dos contratos administrativos para a Administração Pública.

Diante disso, o presente trabalho traz como objetivo estudar a fiscalização na execução dos contratos administrativos, expondo a necessidade de que haja um servidor público especificamente para esta atribuição, visto que, na prática é uma função com grande defasagem dentro da Administração Pública.

A máquina do poder público deve operar em harmonia, isto é, todos devem agir em conjunto para que a mesma funcione efetivamente e atinja sua finalidade. Por isso, a principal motivação deste estudo é mostrar a seriedade do funcionalismo público para que um bem ou serviço chegue até a população conforme o esperado. Nesse sentido, reitera-se que a fiscalização quanto a execução dos contratos é necessária e de grande valia para a eficiência e economia do dinheiro público.

No que se refere a abordagem da pesquisa, é correto afirmar que esta classifica-se como básica, pois visa buscar e adquirir novos conhecimentos. Além disso, é exploratória e bibliográfica, visto que, objetiva esclarecer os principais pontos necessários acerca do assunto, mediante referências em doutrinas, legislação e artigos científicos, assim como também é qualitativa e de campo, isto é, tem sua forma descritiva e coletada diretamente da fonte.

Assim sendo, o desenvolvimento do tema no primeiro capítulo será a contextualização e noções sobre Administração Pública, demonstrando a distinção em sua forma direta e indireta, seguindo com os entes federativos e, ao final os princípios constitucionais.

Seguidamente, no segundo será abordado de forma geral os métodos para compras de bens e serviços, iniciando-se com o conceito da Lei das Licitações (8.666/1993) e suas modalidades, assim como também, as exceções quanto a obrigatoriedade de licitar, a explanação de todo o procedimento licitatório e, por último as definições, etapas e formalidades dos contratos administrativos.

Adiante, no terceiro capítulo serão apresentadas as noções de gestão e fiscalização quanto a execução dos contratos e, adiante as atribuições do fiscal dos contratos e sua responsabilidade solidária.

Percebe-se assim, que a temática necessita ser estudada haja vista sua importância no contexto jurídico.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Conceito de Administração Pública

Diante dos objetivos expostos, para que haja melhor entendimento a respeito do assunto, o presente trabalho se dará início pela contextualização da Administração Pública.

À vista disso, segundo Di Pietro (2019) “a Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico total ou parcialmente público, para a consecução dos interesses coletivos”.

Nesse sentido, entende-se que a referida consiste na organização e gestão dos interesses públicos, através da prestação de serviços dos órgãos competentes e seus agentes.

Ainda, é válido ressaltar que a Administração Pública tem dois sentidos, o objetivo e o subjetivo. O sentido objetivo, material ou funcional, refere-se à execução do funcionalismo público mediante seus órgãos, isto é, a forma direta em que o Estado administra. Enquanto o sentido subjetivo, formal ou orgânico, consiste no conjunto de entes que compõem o Estado, tendo estes por finalidade assegurar e cumprir com todas as necessidades do governo.

2.1.1 Administração Pública Direta e Indireta

A Administração Pública Direta ou Centralizada, consiste na execução da prestação dos serviços públicos por meio da Federação, isto é, o conjunto de órgãos competentes que constituem o Estado. Resumidamente, os entes federativos que compõem a administração direta são: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Com relação a Administração Pública Indireta ou Descentralizada, pode-se afirmar que esta tem por finalidade conduzir o funcionalismo público com êxito e efetividade, assim como a administração direta, entretanto, sua aplicabilidade se dá por meio de órgãos criados pela Federação. Desta forma o Estado consegue atingir as necessidades do povo e ao mesmo tempo não sobrecarregar os entes federativos.

Nesse seguimento, o Decreto-Lei nº 200/67 determina em seu artigo 4º, que a Administração Pública em sua forma Indireta pode ser classificada nas seguintes categorias: Autarquias, Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista e Fundações Públicas.

Reitera-se que, conforme disposto na Constituição Federal de 1988, as atribuições da Administração Pública – Direta ou Indireta – devem ser aplicadas efetivamente no decorrer de sua funcionalidade, assim como também os princípios constitucionais, que tem por finalidade atender e garantir as necessidades do coletivo.

2.2 Princípios Constitucionais

A fim de que a máquina do poder público funcione de forma efetiva e assegure a excelência nos serviços prestados ao povo, a Constituição Federal de 1988 determina em seu artigo 37, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

Os princípios supracitados, também conhecidos como “L.I.M.P.E.” no âmbito jurídico, são extremamente necessários para o exercício das atividades administrativas, devendo ser aplicados tanto na Administração Pública Direta quanto na Indireta. Ademais, são indispensáveis durante a organização e gestão da mesma. Os princípios constitucionais têm por finalidade não só assegurar a eficácia nas atribuições do poder público, como também demonstrar a sua relevância para o efetivo desempenho nos órgãos e entes competentes do Estado.

Diante dessa perspectiva, para melhor assimilação e conhecimento de cada princípio, adiante se dará a conceituação e objetivo destes.

O princípio da legalidade em sua forma direta, se resume no cumprimento da lei, ou seja, a organização administrativa deve ser exercida mediante o que está previsto nos termos da Constituição Federal e as Leis Complementares, visto que, este tem por finalidade atingir o interesse público, de forma imparcial e sem nenhum tipo de favoritismo.

De acordo com Mazza (2013, p. 75):

Inerente ao Estado de Direito, o princípio da legalidade representa a subordinação da Administração Pública à vontade popular. O exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas deve obrigatoriamente respeitar a vontade da lei.

Reitera-se que o cumprimento do referido princípio atinge diretamente todo o Poder Executivo, isto é, desde o Ordenador de Despesas até os agentes públicos, sendo estes comissionados ou efetivos.

O princípio da impessoalidade consiste na execução das atividades administrativas mediante tratamento igualitário, ou seja, sem discriminações. A realização dos serviços prestados pelos agentes públicos deve ser impessoal, desconsiderando cor, raça, crenças e até mesmo divergências políticas. Além disso, é válido ressaltar que o referido princípio deriva do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, na qual determina *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*, assim reforçando a importância da igualdade no âmbito da Administração Pública.

O princípio da moralidade, se dá pela ética e a integridade, assim como também *“exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade”* (DI PIETRO, 2019, p. 773).

No que se refere ao poder executivo e a forma de gestão administrativa por meio dos agentes públicos, pode-se afirmar que estes devem agir com seriedade e probidade em seus atos, uma vez que, são visados diretamente pela sociedade e pelos órgãos competentes.

À vista disso, para Meirelles (2012, p. 90) declara que:

O agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

O princípio da publicidade se refere a clareza e a transparência dos atos administrativos, visto que, é a forma mais eficaz de comprovar a efetividade na execução dos serviços prestados à população. Do mesmo modo, o princípio supracitado também se compromete com a divulgação da prestação de contas da Administração Pública, assim transmitindo tranquilidade e confiança entre o povo e os agentes do poder público.

O princípio da eficiência, se resume na eficácia e excelência quanto a gestão do poder executivo, isto é, aplicar com responsabilidade a utilização dos recursos

financeiros da Administração Pública, para que atinjam as necessidades da população com êxito e qualidade.

Diante do exposto, percebe-se que os referidos princípios são de extrema importância para o exercício das atividades administrativas, pois demonstram efetividade e excelência perante a organização da Administração Pública Direta ou Indireta.

2.3 Federalismo

No que se refere ao federalismo no Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 18, *in verbis*:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Nesse sentido, para Oliveira, (2003 *apud* ARRETCHE, 2005) "O federalismo é uma forma de organização de Estado em que os entes federados são dotados de autonomia administrativa, política, tributária e financeira necessárias para manter o equilíbrio que se estabelece entre eles para a constituição do Estado Federal".

À vista das definições supracitadas, é correto afirmar que para melhor organização dentro da República, os entes federativos são divididos em: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Reitera-se que não há hierarquia entre eles, uma vez que, estes têm plenos poderes para administrar de forma independente, desde que estejam em consonância com as leis.

Desta maneira, conforme a visão geral, percebe-se que todos os entes compostos pela Federação são de extrema importância para o equilíbrio da organização administrativa.

3 LICITAÇÕES E CONTRATOS

3.1 Conceito de Licitação

Após todas as explanações e breves esclarecimentos a respeito da Administração Pública, o presente capítulo se dará pelas noções básicas, objetivos e fases da licitação, assim como também, as definições do termo de contrato, formalidades exigidas e sua aplicabilidade.

O processo licitatório ou também conhecido simplesmente como licitação consiste nas formas específicas para compras e conseqüentemente execução de

contratos administrativos, quanto a obras, bens e serviços perante a gestão do poder público.

Seguindo dessa premissa, para AMORIM (2020, p. 23):

A licitação pode ser compreendida como o procedimento administrativo formal pelo qual, sob determinação legal, uma pessoa governamental, com base em condições previamente estipuladas e em observância aos princípios da Administração Pública, busca selecionar a proposta mais vantajosa para a consecução de uma pretensão contratual voluntária.

Nesse sentido, pode-se afirmar que as fases durante todo o processo de licitação são compostas por vontades entre a gestão pública e a empresa interessada. Em outras palavras “é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual” (DI PIETRO, 2019, p. 755).

Em consonância com o artigo 37 da Constituição Federal de 1988, para que houvesse melhor entendimento acerca da aplicação do procedimento licitatório por meio dos agentes públicos, criou-se a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, também conhecida popularmente como “Lei de Licitações”, na qual prevê em seu artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Mediante essa perspectiva, dadas as menções a respeito dos princípios constitucionais quanto a lei supracitada, é válido salientar a relevância dos mesmos para o funcionalismo público, em especial durante todo o procedimento licitatório, pois após firmado o contrato administrativo, a prestação de contas se encarregará de analisar a devida aplicação ou não dos referidos princípios.

Ainda, analisando o artigo acima mencionado e notoriamente reiterando a contextualização de licitação, é correto afirmar que a finalidade do referido procedimento administrativo é “buscar a melhor proposta, estimulando a

competitividade entre os potenciais contratados, a fim de atingir o negócio mais vantajoso para a Administração” (MAZZA, 2013, p. 297).

3.1.1 Modalidades de Licitação

No que se refere a aplicabilidade do procedimento licitatório, pode-se afirmar que este se dá por meios das modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, na qual se analisa previamente o objeto a ser licitado e conseqüentemente seu valor de custo no mercado. Nesse sentido, o artigo 22 da lei supracitada prevê as cinco modalidades de licitação, na qual serão mencionadas e explanadas a seguir para que haja melhor compreensão e clareza acerca do assunto.

A concorrência consiste na modalidade de licitação que admite qualquer interessado, desde que, mediante a fase de habilitação, comprove atender todos os requisitos necessários quanto a qualificação exigida no instrumento convocatório e, conseqüentemente atenda as devidas condições para a execução do objeto (art. 22, §1º, da Lei nº 8.666/93).

A tomada de preços se resume na modalidade de licitação onde os interessados devem estar efetivamente cadastrados ou simplesmente cumprirem com todas as exigências para o devido cadastramento no prazo de até 03 (três) dias antes da data da recepção das propostas, salientando as qualificações necessárias (art. 22, §2º, da Lei nº 8.666/93).

O convite corresponde a modalidade de licitação na qual a área dos interessados é especificamente destinada ao determinado objeto, isto é, o ramo abordado pelos mesmos é ligado diretamente ao bem ou serviço a ser contratado. Ainda, ressalta-se que independe de cadastro e, o procedimento é realizado por meio de escolha ou convite, onde a quantidade mínima é de 03 (três) participantes. Seguidamente, o órgão público dará as respectivas instruções para o devido prosseguimento com o processo licitatório até a efetiva execução do objeto (art. 22, §3º, da Lei nº 8.666/93).

O concurso se baseia na modalidade de licitação em que qualquer interessado possa participar do respectivo procedimento. Este destina-se a seleção de trabalho técnico, científico ou artístico, através de premiação ou pagamento aos vencedores. O edital deverá ser publicado na imprensa oficial com o prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de antecedência, com todas as condições exigidas. (art. 22, §4º, da Lei nº 8.666/93).

O leilão equivale a modalidade de licitação entre qualquer interessado, onde objetiva a venda de bens móveis que não servem mais ao poder público ou de objetos legalmente apreendidos ou penhorados, assim como também, realiza-se a

transferência de posse dos bens imóveis, conforme o artigo 19 da referida lei. Ressalta-se que a modalidade supracitada consiste no maior lance, igual ou até mesmo superior ao preço avaliado nos bens (art. 22, §5º, da Lei nº 8.666/93).

Além disso, posteriormente através da Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, acrescentou-se a modalidade de pregão em sua forma presencial e, recentemente no último ano, o pregão eletrônico conforme dispõe o Decreto nº 10.024 de 20 de setembro de 2019.

Seguindo dessa premissa, é fato dizer que o pregão é a modalidade de licitação que visa adquirir bens e serviços comuns, na qual tem por referência o menor preço, independentemente de qual seja seu valor estimado. Reitera-se que a disputa pelo fornecimento dos referidos bens ou serviços é feita através de propostas e lances durante a sessão pública.

Diante disso, nota-se que o pregão tanto em sua forma presencial quanto na eletrônica traz a mesma finalidade, no entanto, se distingue em seu método a ser aplicado, ou seja, virtual ou presencial.

3.1.2 Contratação Direta

Conforme o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, as compras adquiridas pela Administração Pública devem ser executadas por meio de licitação, entretanto, o referido inciso apresenta exceções, na qual determina que as respectivas ressalvas devam estar devidamente especificadas em lei.

Nesse sentido, entende-se que mediante a menção dada pelo inciso supracitado, há possibilidade de afastamento quanto a obrigatoriedade de licitar, assim tornando o ordenador de despesas previamente autorizado para efetivar a contratação direta, isto é, sem procedimento licitatório.

A Lei nº 8.666/93 prevê três tipos de licitação na qual podem ser realizadas por meio de contratação direta, sendo estas: a dispensada, a dispensável e a inexigível.

Acerca da licitação dispensada, é correto afirmar que esta realiza-se de forma afastada pela própria lei, além de se correlacionar com a alienação de móveis e imóveis públicos (art. 17 da Lei nº 8.666/93).

Já a licitação dispensável consiste na desobrigação que haja efetivamente a elaboração do procedimento licitatório, desde que, seja conveniente ao interesse do poder público (art. 24 da Lei nº 8.666/93).

Por fim, a licitação inexigível se dá pela inviabilidade de competição, isto é, apenas um objeto ou pessoa pode atender as vontades ou até mesmo as insuficiências da Administração Pública (art. 25 da Lei nº 8.666/93).

3.2 Fases do Procedimento Licitatório

O procedimento licitatório, conforme já foi previamente conceituado, baseia-se em diversos atos administrativos que compõem a licitação como um todo. Nesse seguimento, nota-se que o referido processo se divide em várias etapas, na qual são chamadas de fase interna e externa.

A fase interna do processo licitatório representa a junção dos atos formais praticados pelo setor de compras e a comissão de licitação. Durante a execução desta etapa, realiza-se: as definições e especificações do objeto, a pesquisa de preços e a escolha da modalidade de licitação. Por último, ocorre a elaboração do instrumento convocatório, isto é, o edital.

Enquanto isso, a fase externa do procedimento supracitado inicia-se através da divulgação do ato convocatório e, posteriormente se encerra mediante a homologação e adjudicação do objeto licitado juntamente com o vencedor do certame.

De modo geral, as fases do procedimento licitatório são exatamente conforme explanado anteriormente, entretanto, a sequência das etapas até a data de realização da sessão pública pode variar, uma vez que, depende da modalidade de licitação adotada.

3.3 Contratos Administrativos

O contrato administrativo é "o ajuste estabelecido entre a Administração Pública, agindo nessa qualidade, e terceiros, ou somente entre entidades administrativas, submetido ao regime jurídico-administrativo para a consecução de objetivos de interesse público" (MAZZA, 2013, p. 258).

Diante desta perspectiva, entende-se que o contrato por si só se refere a um acordo de vontades entre as partes, entretanto, neste caso se dirige especificamente ao poder público e terceiros, isto é, particulares.

Ainda, seguindo essa acepção, o parágrafo único do artigo 2º da Lei 8.666/93 prevê a seguinte redação: "considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada" (grifo nosso).

3.3.1 Formalidade e Obrigatoriedade dos Contratos

Com a relação à formalidade do contrato administrativo, entende-se que via de regra, deve ser celebrado na forma escrita, visto que, conforme disposto nos artigos 60 a 64 da Lei nº 8.666/93, o mesmo precisa ser formalizado através de um instrumento.

Reitera-se que, conforme o artigo 62 da Lei nº 8.666/93, o termo de contrato é obrigatório para as seguintes modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, dispensas e inexigibilidades. Entretanto, o referido artigo também estabelece alguns exemplos de instrumentos na qual podem substituir o termo de contrato, sendo estes: a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra e a ordem de execução do serviço.

3.3.2 Exceção dos Contratos Escritos

À vista do referido assunto, nota-se que a formalização dos contratos administrativos é constantemente de forma escrita. No entanto, existe uma ressalva no parágrafo único do artigo 60 da Lei nº 8.666/93 na qual dispõe, *in verbis*:

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, *salvo o de pequenas compras* de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Diante disso, entende-se que a Administração Pública mediante a autorização prevista em lei, tem uma alternativa diferente para firmar o contrato, isto é, não sendo necessário que o instrumento seja escrito, bastando que o mesmo seja celebrado apenas de maneira verbal.

3.3.3 Assinatura e Publicação dos Contratos

Ao final da formalização do contrato, a Administração Pública deverá convocar o interessado para que efetive a assinatura do referido termo, mediante prazos e condições especificadas no artigo 64 da Lei nº 8.666/93. Caso não aconteça conforme o regulamentado, a empresa perderá o direito à contratação. Reitera-se que o prazo para convocação pode ser prorrogado uma vez, por igual período, através de solicitação e justificativa da parte interessada, desde que aceita pelo poder público.

Posteriormente, realizada a devida assinatura do termo de contrato por ambas as partes, é dever da Administração Pública proceder com a publicação do extrato do contrato na imprensa oficial, a fim de que chegue a conhecimento de todos e demonstre a eficácia e importância do Princípio da Publicidade. A presente formalidade

está prevista no parágrafo único do artigo 61 da Lei nº 8.666/93 e deve ser cumprida de forma estrita e efetiva.

3.3.4 Garantias Contratuais

Conforme disposto no artigo 56 da Lei nº 8.666/93, as garantias contratuais podem ser previamente estabelecidas no instrumento convocatório das seguintes formas: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária. Ainda, é válido ressaltar que “a garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente” (AMORIM, 2020, p. 241).

3.3.5 Vigência Contratual

Quanto a vigência dos contratos administrativos, é correto afirmar que estes têm duração de 12 (doze) meses, a contar da assinatura do contrato. Ainda, conforme o artigo 57, da Lei nº 8.666/93, os mesmos estão sujeitos aos créditos orçamentários, exceto em situações expostas nos incisos do referido artigo.

Reitera-se que o § 3º do artigo supracitado prevê a impossibilidade de contratos com prazo de vigência indeterminado.

3.4 Execução dos Contratos

A execução do contrato se dá pelo devido cumprimento de cláusulas e disposições na qual foram previamente estabelecidas e aceitas de comum acordo entre as partes, isto é, consiste em desempenhar efetivamente o objeto conforme as descrições exigidas, mediante o prazo previsto e executar as condições contratuais pré-definidas.

À vista dessa acepção, o artigo 66 da Lei nº 8.666/93 compreende que o termo de contrato deve ser cumprido de forma fiel aos requisitos exigidos, uma vez que, caso ocorra inexecução parcial ou total do mesmo, os interessados irão responder por todas as consequências e danos causados diretamente e indiretamente a Administração Pública.

Diante disso, ressalta-se que há possibilidade de prorrogação do prazo nas etapas de início e conclusão da execução do contrato, conforme disposto no § 1º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, assim evitando transtornos e consequentemente aborrecimentos entre a contratante e a contratada.

4 FISCALIZAÇÃO NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS

4.1 Fiscalização dos Contratos Administrativos

No que se refere a gestão e fiscalização dos contratos firmados entre o poder público e terceiros, pode-se afirmar que, estas têm por finalidade verificar e certificar o devido cumprimento contratual quanto ao fornecimento de bens e serviços. Além disso, as referidas atividades administrativas contribuem para a formalização de procedimentos a fim de realizar alteração, pagamento, reequilíbrio, prorrogação e, até mesmo aplicação de sanções, se necessário. À vista disso, o artigo 58, inciso III, da Lei nº 8.666/93, prevê a função de poder-dever da Administração Pública de supervisionar a aplicabilidade e os resultados dos contratos administrativos.

Diante do exposto, é oportuno salientar a relevância que a fiscalização na execução dos contratos representa para a gestão pública, visto que, é por meio desta atribuição que se comprova a efetividade na realização do procedimento licitatório e na formalização do termo de contrato.

Nesse sentido, é correto afirmar que a supervisão e controle da Administração Pública quanto as condições contratuais exigidas e os resultados esperados, consistem na maneira de demonstrar que a máquina do poder público funciona de fato e cumpre com todas as disposições legais, assim como também, constata a veracidade e êxito dos princípios da Eficiência, Eficácia e Economicidade.

4.2 Fiscal dos contratos

Em consonância com o artigo 58, inciso III, da Lei nº 8.666/93, na qual dispõe a obrigação da Administração Pública de fiscalizar, o artigo 67, da referida lei prevê a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Nesse seguimento, compreende-se que o poder público deve atribuir as funções de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos para um ou mais servidores públicos. Estes, preferencialmente, devem compor o quadro pessoal do respectivo órgão, isto é, funcionário contratado mediante concurso público. Entretanto, ocorrendo dificuldades ou complexidade quanto a análise do objeto, a Administração Pública poderá admitir terceiros para o devido auxílio e assistência dos respectivos fiscais.

Reitera-se que o servidor público deverá ser designado de forma prévia, para que seja analisado não só resultado final do objeto, como também, observar as descrições definidas no instrumento convocatório e assistir à realização da minuta

termo de contrato, observando antecipadamente as cláusulas e condições exigidas pelo departamento competente. Ainda, seguindo dessa premissa, a nomeação do fiscal dos contratos será por meio de portaria, na qual deve conter todos os dados do funcionário público e as responsabilidades específicas. Após realizada, a mesma deverá ser publicada na imprensa oficial do respectivo órgão.

Com relação as atribuições que serão aplicadas pelo fiscal dos contratos, o artigo 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93 dispõe que o mesmo deverá anotar em registro próprio todas as ocorrências que se referem respectivamente a execução dos contratos. Em caso de atos e decisões que não lhe cabem, ou seja, o uso de deliberações que não competem a referida função, o mesmo deverá em tempo hábil, solicitar aos seus superiores a aplicação de medidas cabíveis, conforme disposto no § 2º do artigo supracitado.

4.3 Responsabilidade Solidária

No que se refere a responsabilidade solidária, quanto aos resultados praticados pela empresa, o Tribunal de Contas da União (TCU) entende que o fiscal do contrato responde solidariamente com a contratada, por motivos de danos diretos ou indiretos provocados através de execução distinta ou irregular, perante as condições exigidas no contrato. O respectivo entendimento está previsto no artigo 16, § 2º da Lei nº 8.443/1992, em consonância com o Acórdão nº 380/2008 do órgão supracitado.

Nesse seguimento, mediante jurisprudência do Tribunal de Contas, entende-se que independentemente de dolo ou culpa, o fiscal do contrato pode sim ser responsabilizado juntamente com a empresa contratada, visto que, o mesmo tem total conhecimento de suas atribuições e responsabilidades futuras, caso não haja a devida fiscalização na execução dos contratos.

Assim sendo, diante de todas as explicações e esclarecimentos, é notório que o fiscal dos contratos é extremamente relevante e indispensável para que haja a efetiva aplicabilidade dos atos administrativos durante a gestão do poder público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma geral, é notório que no âmbito da Administração Pública, seus respectivos órgãos enfrentam diversas dificuldades quanto a efetiva aplicação na fiscalização e controle dos contratos administrativos, visto que, em sua maioria não há agentes públicos devidamente qualificados para exercerem as atribuições de fiscal do contrato. Diante disso, no decorrer do presente trabalho percebe-se que seu ponto principal consiste em demonstrar a importância da fiscalização na execução dos contratos, pois sua aplicabilidade torna o funcionalismo público mais eficiente.

Seguindo dessa premissa, no primeiro capítulo deste estudo, apresentou-se a contextualização da Administração Pública, destacando a distinção em sua forma direta e indireta. Ainda, foi explanado os conceitos e objetivos dos princípios constitucionais, assim como também, a relevância que estes possuem na esfera do poder público. Ao final, foi elucidado a definição de federalismo e a separação dos entes federativos.

Adiante, abordou-se as noções, fases e obrigatoriedade de licitação, na qual é possível identificar que a Lei nº 8.666/93 visa garantir efetivamente o interesse público por meio das contratações realizadas pela Administração. Além disso, foram percorridos os casos em que a lei prevê exceções quanto ao dever de licitar, permitindo assim, a realização de dispensas e inexigibilidade de licitação, ou seja, contratar bens ou serviços diretamente, sem a necessidade de executar o processo licitatório.

Na sequência, mediante as definições, esclarecimentos e formalidades dos contratos, nota-se que estes devem ser cumpridos rigorosamente, respeitando todas as cláusulas previstas em lei, sendo estas: obrigatórias, facultativas e exorbitantes. Ainda, ressalta-se que há ressalvas quanto ao contrato escrito, podendo este ser aplicado verbalmente, desde que esteja previsto em lei.

Ao final, no último capítulo foi abordado o objetivo geral do presente trabalho, isto é, a análise dos instrumentos de controle e fiscalização dos contratos administrativos. Posteriormente, diante das explicações a respeito do fiscal dos contratos, percebe-se que o respectivo cargo tem grande importância na Administração Pública, visto que, a finalidade do mesmo é simplesmente garantir a efetiva aplicabilidade dos contratos e tornar o funcionalismo público mais eficaz.

Diante da análise realizada, é importante reiterar o problema proposto para o presente trabalho, sendo este a observância e necessidade da fiscalização na execução dos contratos administrativos para a Administração Pública.

Nesse sentido pode-se verificar que a hipótese levantada inicialmente para o respectivo questionamento é verdadeira, ao passo que, por meio da pesquisa levantada no decorrer deste estudo, constata-se que a fiscalização e controle dos contratos são fundamentais para organização em todas as esferas de governo e deve ser entendida de forma ampla, ou seja, não deve se limitar em apenas aspectos administrativos e financeiros. Além disso, ressalta-se que o sistema de fiscalização no âmbito do poder público cria uma cultura da transparência, assim demonstrando que seu funcionalismo é devidamente eficaz e atinge o interesse coletivo.

Portanto, é indispensável que os órgãos da Administração Pública se estruturam da melhor forma e adequem-se para que o sistema de fiscalização e controle dos contratos seja aplicado efetivamente, visto que, tal atividade administrativa não só irá elevar a qualidade dos serviços prestados, como também, será reconhecida e prestigiada pela comunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A IMPORTÂNCIA da fiscalização dos contratos administrativos. **Radar IBEGESP**, set. 2019. Disponível em: <<https://radar.ibegesp.org.br/conteudo/a-importancia-da-fiscalizacao-dos-contratos-administrativos/151#:~:text=A%20fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20contratos%20no,no%20atendimento%20ao%20interesse%20p%C3%ABlico.&text=A%20principal%20finalidade%20da%20fiscaliza%C3%A7%C3%A3o,73%20da%20Lei%208666%2F93>> Acesso em: 29 out. 2020.

AMORIM. Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2020. 310 p.

ARRETCHE, Martha; RODDEN, Jonathan. **Política distributiva na federação: estratégias eleitorais, barganhas legislativas e coalizões de governo**. Dados: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 47, n.3, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 55. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. 188 p.

BRASIL. Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm> Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes, para a reforma administrativa, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm> Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a lei orgânica do Tribunal de Contas da União - TCU, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm> Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração

Pública e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acesso em: 20 set. 2020.

CERVEIRA. M. C. S. F; MARINHO. L. Contratos administrativos: a importância do acompanhamento e fiscalização da execução. 2018. 16 p. Artigo Científico – Revista Internacional de Debates da Administração Pública. São Paulo, 2018.

CUNHA D. Administração Pública: uma visão ampla da administração pública direta e indireta. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em:

<<https://douglascr.jusbrasil.com.br/artigos/135764506/administracao-publica-uma-visao-ampla-da-administracao-publica-direta-e-indireta#:~:text=A%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20Direta%20corresponde%20%C3%A0,pr%C3%B3prio%20Estado%20e%20seus%20%C3%B3rg%C3%A3os.&text=Se%20cria%20autarquias%2C%20funda%C3%A7%C3%B5es%2C%20sociedades,o%20inciso%20XIX%20do%20art.>> Acesso em: 21 set. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1932 p.

JESUS. G. G. **Gestão e fiscalização contratual: As 10 orientações do TCU sobre a Fiscalização de Contratos**. Instituto Capacitar, nov. 2018. Disponível em:

<<https://institutocapacitar.com.br/gestao-e-fiscalizacao-contratual/orientacoes-do-tcu-fiscalizacao-de-contratos/>> Acesso em: 30 out. 2020.

LICITAÇÃO: Conceito, princípios, objeto, modalidades, casos de dispensa e inexigibilidade, procedimento e sua invalidação. **DireitoNet**, abr. 2017. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/263/Licitacao>> Acesso em: 15 out. 2020.

LIMPE: Os 5 princípios da Administração Pública. **CLP – Liderança Pública**, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.clp.org.br/limpe-os-5-principios-da-administracao-publica-mlg2/>> Acesso em: 25 set. 2020.

M. F. Licitar não basta, é preciso fiscalizar a execução dos contratos. **Consultor Jurídico**, abr. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-abr-28/interesse-publico-licitar-nao-basta-preciso-fiscalizar-execucao-contratos>> Acesso em: 30 out. 2020.

MAZZA. Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 615 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 910 p.

MELO, W. F; MENDES. F. A; MONTEIRO. A. J. M; SANTOS. C. M. B; SCHMIDT FILHO. R. Conceitos, funções e princípios da Administração Pública e suas relações com a Lei de Responsabilidade Fiscal. **Âmbito Jurídico**, set. 2013. Disponível em:

<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/conceitos-funcoes-e-principios-da-administracao-publica-e-suas-relacoes-com-a-lei-de-responsabilidade-fiscal/>> Acesso em: 20 set. 2020.

MINTO. R. M. Administração Pública Direta e Indireta – Entenda as diferenças. **Master Juris**, abr. 2019. Disponível em: < <https://masterjuris.com.br/administracao-publica-direta-e-indireta-entenda-as-diferencas/>> Acesso em: 21 set. 2020.

NOVO. B. N. Contratos administrativos. **DireitoNet**, jul. 2019. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11140/Contratos-administrativos#:~:text=Contrato%20administrativo%20ou%20contrato%20p%C3%BAblico,obriga%C3%A7%C3%B5es%20rec%C3%ADprocas%20entre%20os%20contratantes.>>> Acesso em: 29 out. 2020.

OLIVEIRA JÚNIOR. N. J; SANTOS. E. A. A necessidade de conhecimentos específicos para o fiel cumprimento do acompanhamento e fiscalização de contratos no âmbito da administração pública segundo o disposto no art. 67 da lei nº 8.666/1993. 2016. 20 p. Artigo Científico – **Revista de Administração de Roraima**. Roraima, 2016.

SANTOS. A. S. Pregão: modalidade de licitação pública. **DireitoNet**, fev. 2014. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8198/Pregao-modalidade-de-licitacao-publica>> Acesso em: 15 out. 2020.

SANTOS. L. R. L. A fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato administrativo na Administração Pública – Artigo 67 – Lei nº 8.666/93. 2017. 13 p. Artigo Científico – **Revista Digital de Direito Administrativo**. São Paulo, 2017.

SANTOS. V. C. Papel do fiscal de contratos administrativos: uma análise sob a ótica gerencial na administração pública brasileira. 2017. 24 p. Artigo Científico – **Revista do Serviço Público Brasília**. Brasília, 2017.

SCHOSSLER. A I. **A fiscalização na execução dos contratos administrativos para a eficiência da administração pública**. 2014. 72 p. Monografia (Graduação do Curso de Direito) – Centro Universitário Unitaves. Lajeado, 2014.

XAVIER. C. C; XAVIER. G. C. O federalismo: conceito e características. **Âmbito Jurídico**, out. 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/o-federalismo-conceito-e-caracteristicas/>> Acesso em: 27 set. 2020.



ZUCCO. F. Como se dá a fase externa da licitação? **RCC**, out. 2020. Disponível em: <<https://www.rcc.com.br/blog/como-se-da-a-fase-externa-da-licitacao/>> Acesso em: 23 out. 2020.

O CONTROLE EXERCIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO À LUZ DA SEPARAÇÃO DE PODERES

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO: Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina. Universidade do Estado da Bahia

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA

(Coautor)³⁴

RESUMO: O objetivo do artigo é analisar o controle de fiscalização, verificação e correção exercido pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, no Estado Constitucional de Direito, sobre os atos produzidos pela Administração Pública. O artigo analisa também os instrumentos que o cidadão pode utilizar para participar da fiscalização do Estado. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cuja metodologia empregada consiste em pesquisa bibliográfica, principalmente nas áreas jurídicas de Direito Administrativo e Direito Constitucional, utilizando-se também de análise jurisprudencial. Ao final, conclui-se que o Controle exercido pela Administração Pública decorre do Princípio da Separação dos Poderes, conhecido como freios e contrapesos. Não obstante, mecanismos de controle solidificam os Princípios Constitucionais que regem a própria Administração Pública, tais como a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Dessa forma, em um Estado de Direito, a existência de mecanismos para fiscalizar os atos praticados pelo Poder Público é imprescindível, tendo em vista que isso implica em atribuir mais transparência nas condutas dos agentes do Estado, ente que atua como gestor da coisa alheia.

Palavras-Chave: Controle. Administração Pública. Estado de Direito.

ABSTRACT: The objective of the article is to analyze the control of inspection, verification and correction exercised by the Legislative, Judiciary and Executive Powers, in the Constitutional State of Law, over the acts produced by the Public Administration. The article also analyzes the instruments that the citizen can use to participate in the inspection of the State. It is a descriptive research, whose methodology used consists of bibliographic research, mainly in the legal areas of Administrative Law and Constitutional Law, also using jurisprudential analysis. In the end, it is concluded that the Control exercised by the Public Administration stems from the principle of the separation of Powers, known as checks and balances. Nevertheless, control mechanisms solidify the Constitutional Principles that govern Public Administration itself, such as Legality, Impersonality, Morality, Advertising and Efficiency. Thus, in a rule of law, the existence of mechanisms to inspect the acts practiced by the Public Power

is essential, given that this implies attributing more transparency in the conduct of State agents, a body that acts as the manager of someone else.

Keywords: Control. Public administration. Rule of law.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o controle feito pelo Poder Público sobre os seus atos, mais precisamente a fiscalização, verificação e correção exercida pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, no Estado Constitucional de Direito, sobre os atos produzidos pela Administração Pública. O estudo se baseia em pesquisa bibliográfica, utilizando, como fontes, livros e jurisprudência. Tem-se como problematização se o controle exercido pela Administração Pública decorre da Separação de Poderes.

Como hipótese a ser testada, tem-se que o Controle exercido pela Administração Pública é expressão do Princípio da Separação dos Poderes e também fruto dos princípios que regem a Administração Pública, previstos na Constituição Federal, como a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, razão pela qual possui papel de essencial importância no Estado Constitucional de Direito.

Inicialmente, no primeiro tópico, analisa-se o conceito de “Controle da Administração Pública”, características e natureza jurídica. Temos que o Controle da Administração Pública se caracteriza como o poder de verificação e correção exercido pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo sobre os atos produzidos pela Administração, buscando a observância das normas e princípios constitucionais.

Desenvolvendo o tema, o segundo tópico trata das diversas formas de classificação do Controle da Administração Pública, bem como dos instrumentos que o cidadão pode utilizar para participar da fiscalização. Por fim, no terceiro tópico, analisa-se a relação entre o Controle exercido pela Administração Pública no Estado Constitucional de Direito e a Separação de Poderes, ponto essencial do presente estudo.

1. CONCEITO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Controle da Administração Pública se caracteriza como o poder de verificação e correção exercido pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo sobre os atos produzidos pela Administração, visando aferir a observância das normas e princípios de regência. Segundo Carvalho (2019, p. 389), não existe um diploma legal específico que discipline o controle da atuação administrativa. A matéria tem origem na Constituição Federal e é regulamentada por diversas leis infraconstitucionais que visam a garantir que o Estado não atuará livremente, diante do Ordenamento Jurídico posto.

Os juristas Paulo e Alexandrino (2008, p. 627) sinalizam que o assunto “Controle da Administração Pública” não é de sistematização fácil, pois não existe um diploma único que o discipline, nem a Constituição o tratou em título ou capítulo específicos.

Assim, uma vez que o Estado atua enquanto gestor da coisa alheia, sem dela poder dispor, deve pautar sua conduta pela transparência, a fim de que o efetivo titular do interesse público (o povo) possa analisar se o exercício das atividades estatais supre as necessidades da coletividade (CARVALHO, 2019, p. 389). Dessa maneira, a tônica do Direito Administrativo moderno é a atuação direcionada para a satisfação das necessidades coletivas executadas mediante controle do cidadão e da própria Administração Pública. A doutrinadora Di Pietro (2020, p. 1659) conceitua Controle Administrativo da seguinte forma:

Pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, para Carvalho Filho (2018, p. 1084), controle da Administração Pública “*é o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder*”. Quando se cita um conjunto de mecanismos “jurídicos e administrativos”, se deseja realçar o fato de que há formas jurídicas de controle, como é o caso do controle judicial dos atos da Administração, e formas administrativas, como é, por exemplo, o pedido de certa comunidade à Prefeitura para o asfaltamento de vias públicas de trânsito.

Além disso, fiscalização e revisão são os principais elementos do controle. A fiscalização consiste no poder de verificação que se faz sobre a atividade dos órgãos e dos agentes administrativos, bem como em relação à finalidade pública que deve servir de objetivo para a Administração. Ademais, a revisão é o poder de corrigir as condutas administrativas, seja porque tenham vulnerado normas legais, seja porque haja necessidade de alterar alguma linha das políticas administrativas para melhor se atender ao interesse coletivo (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1084).

A abrangência do controle é ampla e alcança *toda a atividade administrativa*, ou seja, todos os Poderes da República. É certo que em todos eles há serviços administrativos. Dito isso, tem-se como exemplo a prática de atos administrativos no Executivo, no Legislativo e no Judiciário, pois sobre todos eles serão possíveis exercer o controle. Igual raciocínio se aplica em relação à gestão dos recursos públicos: como essa gestão se dá em todos os Poderes, é em todos eles que se exercerá o controle dessa gestão (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1084).

2. CLASSIFICAÇÕES DO CONTROLE EXERCIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo Carvalho (2019, p. 391), conforme a natureza do órgão controlador, classifica-se o Controle em Legislativo, Administrativo ou Judicial. O Controle Legislativo é aquele exercido pelo Poder Legislativo diretamente (Controle Parlamentar direto), ou mediante auxílio do Tribunal de Contas (controle financeiro).

A seu turno, o Controle Judicial é o realizado pelo Poder Judiciário, mediante provocação de qualquer interessado que esteja sofrendo lesão ou ameaça de lesão em virtude de conduta ou omissão administrativa que o atinja direta ou indiretamente. Esta mesma definição é utilizada por Bandeira de Mello (2015, p. 971):

No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Assim, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso.

Nos casos de Controle realizado pelo Poder Judiciário, será exercido somente no que tange aos aspectos de legalidade dos atos administrativos, ainda que se trate de ato praticado no exercício da competência discricionária, haja vista a impossibilidade de substituição do mérito administrativo pela opção do julgador.

Por fim, o Controle Administrativo (interno), sobre a Administração Direta, decorre do poder de autotutela conferido à Administração Pública que deve efetivar a fiscalização e revisão dos seus atos, mediante provocação ou de ofício. Já o controle sobre as entidades da Administração Indireta chama-se tutela, e é um controle externo que só pode ser exercido nos limites estabelecidos em lei, sob pena de ofender a autonomia que lhes é assegurada pela lei que as instituiu.

Com efeito, conforme o momento a ser exercido, existe o controle prévio (*a priori*), o concomitante (sucessivo) e o corretivo (*a posteriori*). Para os juristas Paulo e Alexandrino (2008, p. 632), diz-se prévio o controle quando exercido antes do início da prática ou conclusão do ato administrativo; concomitante o exercido durante a realização do ato e subsequente ou corretivo o controle realizado após a conclusão do ato. Os autores citam como exemplo de controle prévio a concessão de uma medida liminar em mandado de segurança; como exemplo de controle concomitante o

acompanhamento de um concurso público pela corregedoria competente e, por fim, como exemplo de controle corretivo a homologação de um procedimento licitatório.

Conforme a amplitude, o Controle dos Atos Administrativos pode ser classificado como Hierárquico ou Finalístico. O Controle Hierárquico resulta do escalonamento vertical dos órgãos da Administração, não sendo necessária previsão legal, pois que é exercida de forma ampla, sem restrições, envolvendo o controle de legalidade, de conveniência e de oportunidade. Carvalho (2019, p. 393) denomina tal controle de "*controle por subordinação*", e o define como o realizado por autoridade hierarquicamente superior a quem praticou o ato, ou seja, entre órgãos e agentes da mesma pessoa jurídica da Administração Pública.

O Controle Finalístico é exercido pela Administração Direta sobre os atos da Administração Indireta, sendo um controle teleológico em que se aferirá a adequação da entidade controlada aos objetivos traçados pelo Governo. Importante ressaltar que o Controle Hierárquico é exercido dentro de uma única pessoa, enquanto que o Finalístico é exercido por uma pessoa sobre outra, e, por isso, deve estar dentro dos limites legais. Para Carvalho (2019, p. 393), esse controle se trata de "vinculação", e decorre do poder exercido pela Administração Direta sobre as entidades descentralizadas, não se caracterizando como subordinação hierárquica, mas tão somente como uma espécie de supervisão, ou supervisão ministerial.

2.1 CONTROLE EXERCIDO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO

A Administração Pública, em face do seu poder de autotutela, pode exercer um Controle Interno de legitimidade e de mérito, invalidando os seus atos sob o aspecto da oportunidade e da conveniência (revogação), ou sob o aspecto da ilegalidade (anulação). Segundo a Súmula nº 473 do STF, quando eivados de vícios que tornem os atos ilegais, pode a Administração anular seus próprios atos, e revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade. Ensina Moreira Neto (2014, p. 334):

O autocontrole, o exercido pela Administração sobre os próprios atos – sejam unilaterais, bi ou multilaterais –, é aquele que opera com o máximo de abrangência sobre todos seus aspectos, transcendendo o exame da juridicidade estrita para compreender, também, o do interesse público, ou seja, também exerce um controle de mérito, considerando, abrangente e indistintamente, quaisquer aspectos de legalidade, de legitimidade e de licitude de seus atos.

Assim, o poder de autotutela encontra fundamento nos princípios a que se submete a Administração Pública, em especial o da Legalidade e o da Predominância do Interesse Público. Podemos citar, como exemplos, dois mecanismos de controle: a

fiscalização hierárquica e os recursos administrativos. A fiscalização hierárquica é exercida, no âmbito de uma mesma pessoa jurídica administrativa, entre seus órgãos e agentes, com o intuito de ordenar e coordenar atividades. É importante ressaltar que a organização hierárquica pressupõe subordinação, concedendo aos órgãos de maior hierarquia a possibilidade de rever as condutas dos que são inferiores (CARVALHO, 2019, p. 397).

Quanto aos recursos administrativos, são instrumentos dos quais os administrados podem utilizar para provocar o reexame do ato pela Administração Pública. São mecanismos de Controle Interno, por meio do qual a Administração é provocada a fiscalizar seus próprios atos, visando ao atendimento do interesse público e a preservação da legalidade (CARVALHO, 2019, p. 399).

2.2 CONTROLE LEGISLATIVO

O Controle Legislativo (ou Parlamentar) é exercido sobre atos do Executivo, das entidades da Administração Indireta e o do Poder Judiciário (quando executa função administrativa) pelos órgãos legislativos (Senado, Câmara dos Deputados etc) ou por Comissões Parlamentares. O Controle Parlamentar direto é exercido pelas Casas Legislativas e podem dizer respeito a aspectos financeiros e políticos dos atos administrativos. Esse controle se divide em político, financeiro e orçamentário, e de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas.

No controle político, é conferido exclusivamente ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar diretamente os atos do Poder Executivo, abrangendo Administração Direta e Indireta. É conferido o controle político de mérito da ausência do Chefe do Poder Executivo Federal do País; poder convocatório para exigir de autoridades ligadas à Presidência da República que prestem depoimentos sobre assuntos previamente determinados; poder de sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; poder de concessão e de renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; poder de sustar os contratos administrativos ilegais.

A fiscalização financeira e orçamentária é conferida ao Congresso Nacional para julgar anualmente as contas da Presidência da República, sendo desempenhada em face da origem pública do bem administrado e do dinheiro gerido que traz.

Sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas poder declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo normativo, há controvérsias. É certo, entretanto, que a Súmula nº 347 do STF diz que é possível a apreciação da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público pelo Tribunal de Contas no exercício de suas atribuições. Tal controle se dará por via difusa, sendo vedado o controle concentrado.

Segundo Carvalho (2019, p. 404), no Brasil há a previsão de Tribunal de Contas no âmbito estadual e federal, assim como a possibilidade de criação de Tribunal de Contas dos Municípios, órgão estadual. No Município de São Paulo e Rio de Janeiro, há a atuação do Tribunal de Contas do Município, órgão municipal. Isso decorre do fato de que os Tribunais de Contas Municipais existentes antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 foram mantidos, sendo vedada a criação de novos Tribunais de Contas no âmbito do Poder Público Municipal, após a edição da Carta Magna Vigente.

2.3 O CONTROLE JUDICIAL E OS INSTRUMENTOS UTILIZADOS PELO CIDADÃO PARA FISCALIZAR O ESTADO

Este controle é o poder de fiscalização que o Judiciário exerce sobre atos administrativos dos Poderes Executivo, Legislativo e dele próprio. A justificativa de tal abrangência é de que não se pode afastar do Poder Judiciário a apreciação a lesão ou ameaça a direito.

O Controle Judicial das atividades administrativas somente pode ser realizado mediante provocação do interessado, podendo ser prévio ou posterior, somente no que tange aos aspectos de legalidade, não sendo admitido que o Poder Judiciário intervenha nos aspectos de oportunidade e conveniência (mérito) que justificaram a prática dos atos administrativos (CARVALHO, 2019, p. 407).

A atuação judicial depende de provocação de particular interessado no sentido de requerer a manifestação desse Poder. O Poder Judiciário poderá anular o ato administrativo viciado ou impedir a prática de ato a ser realizado, determinando a atuação do ente público em determinadas situações nas quais a omissão configura ilicitude. Atualmente, existem vários instrumentos para efetivação do controle jurisdicional, como: a) Mandado de Segurança; b) Habeas Data c) Mandado de Injunção; d) Ação Popular; e) Ação Civil Pública f) Ação de Improbidade e g) ações ordinárias que visam a anulação de atos administrativos ou a imposição de obrigação da fazer (CARVALHO, 2019, p. 409).

A Ordem Constitucional brasileira assegura, de forma expressa, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF/88, art. 5º, XXXV). Trata-se da proteção à tutela jurisdicional efetiva. São garantias especiais constitucionais que materializam o direito ao acesso ao Poder Judiciário. Podemos citar alguns instrumentos, como: o Habeas Corpus, o Mandado de Segurança, o Habeas Data, o Mandado de Injunção, e a Ação Popular, que são verdadeiros remédios constitucionais para a proteção do cidadão (MENDES e BRANCO, 2017, p. 430). Também podemos citar a Ação Civil Pública, a Ação de Improbidade Administrativa e ações ordinárias que visem a anulação de atos administrativos ou a imposição de obrigação de fazer (CARVALHO, 2019, p. 409).

3. A RELAÇÃO ENTRE O CONTROLE EXERCIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

O que se convencionou chamar de “Separação dos Poderes” é mais propriamente denominado “Separação das Funções Estatais”. Isso porque o Estado é uno, tendo um único poder indivisível. As funções exercidas pelo Estado é que são distintas, exercidas por órgãos distintos (MARTINS, 2020, p. 1196). Trata-se de um modelo político no qual o Estado tem suas funções divididas e delineadas em órgãos diferentes e independentes, cada qual com distintas áreas de responsabilidade e, em regra, indelegáveis. Embora independentes, há possibilidade de inter-relacionamento entre eles, o que a doutrina convencionou chamar de freios e contrapesos - *checks and balances* - (MARTINS, 2020, p. 1196).

A “Separação dos Poderes” tem a função de evitar a concentração de poder e, dessa forma, o arbítrio e a tirania. No Brasil foi dada ao tema importância devida, na medida em que a Separação dos Poderes é uma cláusula pétrea (art. 60, §4º, III, CF). A Jurisprudência do STF explica o que segue a respeito da “Separação dos Poderes”:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2.º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal(...).

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do

Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, Plenário, DJ de 12.05.2000)

Dessa maneira, segundo essa decisão do STF, o Sistema de Freios e Contrapesos, que decorre da Separação dos Poderes, consiste na interferência permitida pela própria Constituição de um Poder sobre o outro. Assim, trata-se uma interferência, de

uma fiscalização recíproca entre os Poderes, de modo a que um não se sobreponha aos demais. É possível que a hipótese de interferência de um Poder sobre o outro esteja prevista na legislação infraconstitucional ou decorra do próprio modelo constitucional (MARTINS, 2020, p. 1218). Sobre o sistema de freios e contrapesos, Lenza (2020, p. 376) corrobora da mesma opinião:

Seu objetivo fundamental é preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência 'absolutista' de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita ou, pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexo causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos.

É importante lembrar o que ensina Novellino (2012, p. 122): que a Constituição é um sistema normativo aberto de princípios e regras. Princípios são mandamentos nucleares de um sistema jurídico. A Constituição Federal, em seu art. 37 previu que a Administração Pública seria norteada pelos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Revelam eles as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles (CARVALHO FILHO, 2018, p. 74). Tais princípios são sustentáculo para que haja meios de controle na Administração Pública.

Com efeito, o Princípio da Legalidade, segundo Carvalho Filho (2018, p.74), "*é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita*". Desse modo, a lei impõe a criação de mecanismos para que haja fiscalização no trato com a coisa pública, tal como órgãos públicos específicos para esse fim, como Tribunais de contas. O professor Moreira Neto (2014, p. 326) comenta a respeito da legalidade:

Ao agir, a Administração está adstrita à rigorosa observância do aspecto objetivo do princípio da legalidade, ou seja, deve

sujeitar-se integralmente ao ordenamento jurídico legislado, sem qualquer vantagem, prelazia ou princípio de supremacia que justifique que dele se afaste, ainda que *praeter legem*, a pretexto de atender a suposto interesse público.

À vista disso, de acordo com a opinião de Moreira Neto, todo e qualquer ato que a Administração Pública praticar devem se conformar com os padrões de existência e validade impostos pelo Ordenamento Jurídico. O sistema de Controle Administrativo obedece ao Princípio da Legalidade, na medida em que fiscaliza e acompanha atos administrativos e os corrige se for o caso.

Por sua vez, sobre o Princípio da Impessoalidade, Di Pietro (2020, p. 225) pondera que exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. Desta maneira, no primeiro sentido, a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. Já no segundo sentido, *“atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública”* (DI PIETRO, 2020, p. 225).

O Princípio da Moralidade, por sua vez, *“impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta”* (CARVALHO FILHO, 2018, p. 76). Com relação ao Controle da Administração Pública, é ético que os administradores prestem contas à sociedade de suas atuações, porque agem como verdadeiros gestores da coisa alheia.

No que diz respeito ao Princípio da Eficiência, Carvalho Filho (2018, p. 84) afirma que *“o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional”*. Ou seja, o Controle feito pela Administração Pública age como um verdadeiro inspetor do Princípio da Eficiência.

Por fim, o Princípio da Publicidade norteia a necessidade de se efetivar os mecanismos de controle dos atos pela Administração Pública. Dispõe Carvalho Filho sobre a Publicidade (2018, p. 80):

Outro princípio mencionado na Constituição é o da publicidade. Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que

poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.

Assim, na *opinião* do doutrinador acima citado, podemos determinar que o Controle exercido pela Administração Pública é expressão do Princípio da Separação dos Poderes e também fruto dos Princípios que regem a Administração Pública, previstos na Constituição Federal, como a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, razão pela qual possui papel de essencial importância no Estado Constitucional de Direito.

CONCLUSÃO

O Controle da Administração Pública se caracteriza como o poder de fiscalização e correção exercido pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo sobre os atos produzidos por ela, visando aferir a observância das normas administrativas e princípios de regência da Administração Pública, positivados no art. 37 da Constituição Federal.

Este Controle é expressão do Princípio da Separação dos Poderes e decorre, de igual maneira, dos princípios constitucionais, como a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Todos esses princípios, materializados em forma de "Controle da Administração" traduzem um Estado de Direito moral, probo, eficiente, célere, que trata todos os indivíduos de forma igualitária, pautando a sua atuação exclusivamente na lei.

Desse modo, o Estado Constitucional de Direito se baseia nos Princípios acima relacionados porque sua atuação, quando transparente, e quando monitorada e contida, efetiva a Constituição, tendo em vista que todo o Ordenamento Jurídico deve estar de acordo com ela. Poderes do Estado aos quais não se impõem limitações, acabam por se tornarem Poderes Absolutos, negando uma estrutura de regulação de freios e contrapesos. Ou seja, não existe Estado Constitucional sem o Controle dos Atos Administrativos, que é promovido através da Separação dos Poderes e dos Princípios Constitucionais da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 24ª ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2012.

PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo. *Direito administrativo descomplicado*. 16.ed. São Paulo: Método, 2008.

NOVO CÓDIGO DE TRÂNSITO ENTROU EM VIGOR EM 12 DE ABRIL

WAGNER DE ANDRADE FROZI: Advogado no Frozi e Pessi Escritório de Advocacia, inscrito na OAB/RS n.º 71.705. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós graduando em Direito Empresarial e Direito Tributário pela Verbo Jurídico . 35

RESUMO: A Lei. N.º 14.071/20, chamada de Novo Código de Trânsito Brasileiro, entrará em vigor a partir de 2/04/2021, e trará alterações substanciais ao texto normativo, como a implementação de um sistema escalonado de pontuação da CNH, menos rigor na pontuação para motoristas remunerados, aumento do prazo para oferecimento de recursos, regularização do uso de cadeirinha de transporte de crianças, define por vez as situações em que será obrigatório o uso de faróis acesos durante o dia, e dá outras providências.

Palavras-Chave: Direito de Trânsito, Processo Administrativo de Trânsito, Fiscalização de Trânsito, Novo Código de Trânsito Brasileiro.

ABSTRACT: The Law. No. 14.071 / 20, called the New Brazilian Traffic Code, will come into force as of 4/2/2021, and will bring substantial changes to the normative text, such as the implementation of a staggered scoring system for CNH, less rigorous punctuation for paid drivers, increased deadline for offering resources, regularization of the use of a child transport seat, defines at times the situations in which the use of headlights on during the day will be mandatory, and other measures.

Keywords: Traffic Law, Administrative Traffic Procedure, Traffic Inspection, New Brazilian Traffic Code.

Sobre o Limite Máximo de Pontuação - o que mais traz a necessidade de que se proceda à defesa das multas - em razão de ter como efeito a suspensão e cassação da CNH, a nova lei de trânsito traz alterações substanciais. Atualmente, temos um limite máximo de 20 (vinte) pontos na CNH para que o motorista perca o direito de dirigir. O Novo Código de Trânsito aumentou a pontuação da CNH em 2021 para 40 (quarenta) pontos. Uma mudança significativa!

35 35 Wagner Frozi é advogado no Frozi e Pessi Escritório de Advocacia, inscrito na OAB/RS n.º 71.705, e-mail: wfrozi@gmail.com. Bacharelem Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Su. Pós graduando em Direito Empresarial e Direito Tributário pela Verbo Jurídico .

Mas a NOVA LEI DE TRÂNSITO implementará um sistema escalonado de pontuação da CNH, que funcionará da seguinte forma: se o motorista cometer uma infração gravíssima, o total de pontos cai para 30 (trinta); se cometer 2 (duas) ou mais infrações gravíssimas, o total de pontos cai para 20 (vinte) pontos. Sempre garantido o direito às defesas administrativas, e mantido o período de 12 (doze) meses de validade da pontuação na CNH.

MOTORISTAS PROFISSIONAIS ou REMUNERADOS: Motoristas profissionais, ou chamados motoristas remunerados, como caminhoneiros, taxistas, moto taxis, motoristas de aplicativos, motoristas de ônibus, etc, só terão o direito de dirigir suspenso quando alcançado os 40 (quarenta) pontos, independentemente de terem, ou não, cometido infração gravíssima. E, importante salientar, que a pena de suspensão desses profissionais do trânsito PODE SER EVITADA ANTECIPADAMENTE, quando fizerem um CURSO PREVENTIVO DE RECICLAGEM ao atingirem 30 (trinta) pontos.

Quanto aos motoristas profissionais, a lei agora prevê uma diferenciação entre motoristas não profissionais e profissionais - ou de atividade remunerada. Para estes últimos, a pontuação sempre será de 40 (quarenta) pontos, mesmo que haja a prática de infração gravíssima. Essa alteração protege o motorista que precisa da habilitação para a sua sobrevivência. Para haver realmente igualdade, é necessário que a lei trate os iguais como iguais e os desiguais como desiguais. Nesse ponto, existe uma diferença gigantesca entre o motorista profissional e o não profissional, seja por consequência da razão pela qual o mesmo se encontra nas estradas, seja pelo tempo em que nelas é obrigado a permanecer em função de sua atividade. Sem contar que ao motorista remunerado, a perda da CNH representa uma penalidade muito mais grave, pois reflete diretamente no seu sustento^[1].

A intenção legislativa por trás desse aumento de pontos não é alargar a margem de cometimento de infrações. Pelo contrário: o que ocorre é que, segundo os criadores da norma, com 20 (vinte) pontos são muitos os motoristas que tem abertos em seu desfavor processos administrativos de suspensão da carteira de motorista – CNH -, e os órgãos responsáveis pelo seu processamento já não dão conta do volume de trabalho. Assim, muitos ficavam impunes pelo não processamento, gerando, em razão disso, a sensação de impunidade, o que leva ao maior índice de cometimento de infrações. O aumento da pontuação, portanto, à primeira vista, parece privilegiar os maus motoristas, mas não é essa a intenção da lei, e sim que todos que atingirem o limite legal estabelecido venham a ser efetivamente penalizados. Como alguns dizem: *“o que evita o cometimento de infrações, crimes, etc, não é gravidade da pena em si, mas sim a certeza da punição pela ilegalidade cometida”*.

Haverá, no entanto, segundo os responsáveis pela nova lei, uma priorização pelo dos órgãos responsáveis pelo processamento administrativo daqueles motoristas que cometem falta gravíssima mais de uma vez.

A lei traz normas de POLÍTICA NACIONAL DE MOBILIDADE, que visam à segurança e ao fomento ao ciclismo. A nova lei de trânsito amplia a proteção aos nossos ciclistas, proibindo, por exemplo, o estacionamento em ciclovias ou ciclo faixa, sendo estas agora infrações de natureza grave. Passará, também, a ser INFRAÇÃO deixar de reduzir a velocidade ao ultrapassar ciclista[2].

O Deputado Jucelino Filho, do DEM, do Estado do Maranhão, relator do projeto de lei do NOVO CÓDIGO DE TRÂNSITO, destaca o fim da possibilidade de substituir a pena de prisão por penas mais leves, nos casos de acidentes causados por motoristas bêbados ou drogados que provoquem morte no trânsito. Trata-se de implementação de uma política de trânsito dotada de uma maior rigidez legal, advindo do clamor da sociedade, em razão dos altos índices de mortes causadas no trânsito.

Alteram-se os prazos para a Renovação da Carteira Nacional de Habilitação, ficando da seguinte forma: 10 (dez) anos para motoristas de até 50 (cinquenta) anos de idade, 5 (anos) para quem tem entre 50 e 70 (setenta) anos, e de 3 (três) anos para quem tem mais de 70 (setenta) anos de idade[3].

Em relação aos MOTORISTAS CATEGORIAS C, D e E, diz a o novo código de trânsito que, para essas categorias de motoristas - categorias diferenciadas-, e que sejam motoristas de veículos de carga de mais de 8 (oito) passageiros, a obtenção e a renovação da CNH dependerá de resultados negativos em exames toxicológicos, que deverão ser repetidos 2 (dois) anos e meio depois. A não comprovação da realização de exame toxicológico nas categorias C, D e E, é agora infração gravíssima x5 (vezes cinco), e terá o direito de dirigir suspenso[4].

Quanto ao uso de cadeirinhas infantis, o novo texto legal disciplina que: crianças com menos de 10 (dez) anos que não tenham atingido 1,45m (um metro e quarenta e cinco centímetros) de altura, deverão ser transportadas no banco traseiro, em dispositivo adequado para a idade peso e altura. Portanto, interpretando a lei, deixa de ser necessário o uso da cadeirinha quando a criança atingir 1,45m, independente de ter feito 10 anos de idade, uma vez que a segurança, obviamente, é relacionada ao tamanho e peso da criança. Antes essa previsão era disposta por resolução do Contran, agora está expresso no próprio corpo do Novo Código Nacional de Trânsito.

Ainda sobre os pequenos, sobe de 7 (sete) para 10 (dez) anos a idade mínima para transporte de crianças em motocicletas. Quem não cumprir a regra, pagará multa e terá o direito de pilotar suspenso[5].

Quanto à CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO – CNH – E o CRLV, a nova lei reza que poderão ser usados tanto os documentos físicos quanto digitais. Fica a critério do motorista. A fiscalização de trânsito deve agora aceitar ambos os tipos, digital e

físico, como documentos válidos. O porte do documento físico, portanto, não é a mais obrigatório. Aliás, do CRLV não era obrigatório desde 2016[6].

Neste ponto, é importante destacar que a não obrigatoriedade de porte desses documentos fica condicionado a que os agentes fiscalizadores de trânsito tenham acesso ao sistema informatizado, para poder averiguar a regularidade da situação tanto da CNH como CRLV. Destacamos que é recomendável, portanto, levar seus documentos, por meio físico ou digital, uma vez que não há garantia de que os agentes de trânsito terão sempre acesso aos sistemas de informação no momento das abordagens.

Da criação do Registro Nacional Positivo de Condutor – RNPC (seguindo a mesma lógica do Cadastro Positivo de Crédito). A ideia é premiar o condutor que não comete infrações com frequência. O condutor, que não tiver nenhuma infração nos últimos 12 (doze) meses, será incluído no cadastro positivo. Mas o condutor deve manifestar expressamente o interesse em ingressar para esse programa de registro. É, portanto, facultativo, dependendo de anuência do motorista. O motorista que aderir ao registro será premiado com desconto em taxas diversas como renovação da CNH, IPVA, seguradoras também podem usar o registro para analisar o risco do contrato e assim dar algum desconto, locadora de veículos, etc[7].

Quanto à obrigação do uso de faróis acesos, acaba-se com uma discussão que perdurava havia anos. Agora, a nova lei bateu o martelo nesse ponto, que era bastante controverso. Torna-se, por força de lei, obrigatório, também, além do que já previa a lei, o uso de faróis acesos *em pistas simples e fora do perímetro urbano*. Não podemos esquecer que já havia previsão legal de obrigatoriedade de se ligar os faróis em túneis, sob chuva ou neblina, cerração, e, obviamente, à noite.

Para simplificar, o motorista é agora obrigado manter os faróis ligados em túneis, sob chuva ou neblina, cerração, à noite, e, pela nova lei, em pistas simples e que estejam fora do perímetro urbano. A infração deixa de ser gravíssima e passa a ser média, para todos os motoristas que não respeitarem a norma, inclusive motociclistas[8].

Deixa de existir a estranha regra que impunha aos motoristas que mantivessem os faróis acesos durante o dia em rodovias dentro do perímetro urbano. No trânsito de cidades cortadas por rodovias, como Vacaria/RS, essa imposição era um verdadeiro pesadelo para os motoristas.

VELOCIDADE MÁXIMA DE ACIMA DE 50% (cinquenta por cento): foi retirado do texto legal a absurda previsão *de imediata suspensão do direito de dirigir e apreensão da CNH*. Absurda porque nenhuma penalidade, em um Estado Democrático

de Direito, pode ser imposta *sem o devido processo legal e o regular exercício de ampla defesa*, como garantido constitucionalmente.

Inova-se quanto aos casos em que a multa deverá ser alterada, obrigatoriamente, para ADVERTÊNCIA POR ESCRITO. Antes era uma penalidade que mantinha um aspecto subjetivo do órgão julgador da multa. A parte interessada, que cometesse uma infração leve ou média, poderia pedir em defesa ou recurso a conversão da penalidade em simples advertência por escrito, que passava por um entendimento subjetivo do órgão. Quer dizer, cabia a ele decidir pela substituição ou não. Agora, com a nova lei de trânsito, o órgão é obrigado a transformar a penalidade leve ou média em advertência por escrito, quando preenchido 2 (dois) requisitos legais. Quais sejam: a) a infração tem que ser leve ou média e b) o infrator não pode ter nenhuma outra infração no período de 12 (doze) meses[9].

Em relação às mudanças processuais, destaca-se que, antes da Nova Lei de Trânsito, a Defesa Prévia tinha prazo de 15 (quinze) dias, agora passa a ser de 30 (trinta) dias (mesmo prazo para indicar o condutor).

Ainda, quanto à notificação de penalidade, após constatada a suposta infração, o órgão fiscalizador tem o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para notificar o infrator. Havendo defesa prévia o prazo passa para 360 (trezentos e sessenta dias). Não havendo o cumprimento dos prazos pelo órgão estatal ocorre a decadência de seu direito de punir.

A nova lei introduz a modalidade de Notificação por Meio Eletrônico. A notificação não precisa ser mais exclusivamente pelos correios, podendo, agora, ser realizada também por meio eletrônico[10].

Haverá agora desconto em caso de concordância com a Penalidade Imposta – Desistência do Direito de Recorrer. Surge, assim, a possibilidade de abrir mão do direito de defesa e pagar imediatamente pela infração, caso em que poderá haver desconto de até 60% (sessenta por cento) de seu valor da penalidade. O Governo disponibilizará um aplicativo, para este e outros fins (link: <https://www.serpro.gov.br/menu/imprensa/Releases/aplicativo-permite-desconto-em-multas-de-transito>).[11]

Com a nova legislação, os órgãos executivos de trânsitos dos Estados e do Distrito Federal enviarão por meio eletrônico, com 30 (trinta) dias de antecedência, aviso de vencimento da validade da CNH – Carteira Nacional de Habilitação – a todos os condutores cadastrados no Renach com endereço em seu respectivo Estado.[12]

Haverá mudanças na COMPOSIÇÃO DO CONTRAN: agora, o seu presidente passa a ser o Ministro do Estado de Infraestrutura. O antigo presidente do Contran passa agora a atuar em cargo de secretariado, não mais de presidência[13].

Alguns pontos da lei foram vetados pelo Presidente da República, não tendo sido mantidos no texto. O texto aprovado originalmente pelo Congresso Nacional recebeu 8 (oito) vetos do Presidente da República. O diretor da Associação Brasileira de Medicina de Tráfego – ABRAMET - link: <https://abramet.com.br/> -, destaca 2 (dois): os dispositivos que proibiam as motocicletas de transitar nos corredores entre os veículos, e a exigência da realização dos exames de aptidão para obtenção e renovação da CNH por especialistas em medicina de tráfego, bem como avaliações psicológicas por especialista em psicologia do trânsito.

A nova lei entra em vigor em 12 de abril de 2021.

NOTAS

[1] Lei 14.071/2020. Art. 261: I - sempre que, conforme a pontuação prevista no art. 259 deste Código, o infrator atingir, no período de 12 (doze) meses, a seguinte contagem de pontos: a) 20 (vinte) pontos, caso constem 2 (duas) ou mais infrações gravíssimas na pontuação; b) 30 (trinta) pontos, caso conste 1 (uma) infração gravíssima na pontuação; c) 40 (quarenta) pontos, caso não conste nenhuma infração gravíssima na pontuação; § 3º A imposição da penalidade de suspensão do direito de dirigir elimina a quantidade de pontos computados, prevista no inciso I do **caput** ou no § 5º deste artigo, para fins de contagem subsequente. § 5º No caso do condutor que exerce atividade remunerada ao veículo, a penalidade de suspensão do direito de dirigir de que trata o **caput** deste artigo será imposta quando o infrator atingir o limite de pontos previsto na alínea c do inciso I do **caput** deste artigo, independentemente da natureza das infrações cometidas, facultado a ele participar de curso preventivo de reciclagem sempre que, no período de 12 (doze) meses, atingir 30 (trinta) pontos, conforme regulamentação do Contran. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsit o. Data: 14/03/2021

[2] Lei 14.071/2020. Art. 24: II - planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais e promover o desenvolvimento, temporário ou definitivo, da circulação, da segurança e das áreas de proteção de ciclistas; e Art. 182: XI - sobre ciclovia ou ciclofaixa: Infração – grave- Penalidade - multa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-

[2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito). Data: 14/03/2021

[3] Lei 14.071/20. Art. 147: § 2º O exame de aptidão física e mental, a ser realizado no local de residência ou domicílio do examinado, será preliminar e renovável com a seguinte periodicidade: I - a cada 10 (dez) anos, para condutores com idade inferior a 50 (cinquenta) anos; II - a cada 5 (cinco) anos, para condutores com idade igual ou superior a 50 (cinquenta) anos e inferior a 70 (setenta) anos; III - a cada 3 (três) anos, para condutores com idade igual ou superior a 70 (setenta) anos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[4] Lei 14.071/20. Art. 165-B. Conduzir veículo para o qual seja exigida habilitação nas categorias C, D ou E sem realizar o exame toxicológico previsto no § 2º do art. 148-A deste Código, após 30 (trinta) dias do vencimento do prazo estabelecido: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 3 (três) meses, condicionado o levantamento da suspensão à inclusão no Renach de resultado negativo em novo exame. Parágrafo único. Incorre na mesma penalidade o condutor que exerce atividade remunerada ao veículo e não comprova a realização de exame toxicológico periódico exigido pelo § 2º do art. 148-A deste Código por ocasião da renovação do documento de habilitação nas categorias C, D ou E. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[5] Lei 14.071/20. Art. 64. As crianças com idade inferior a 10 (dez) anos que não tenham atingido 1,45 m (um metro e quarenta e cinco centímetros) de altura devem ser transportadas nos bancos traseiros, em dispositivo de retenção adequado para cada idade, peso e altura, salvo exceções relacionadas a tipos específicos de veículos regulamentadas pelo Contran. Parágrafo único. O Contran disciplinará o uso excepcional de dispositivos de retenção no banco dianteiro do veículo e as especificações técnicas dos dispositivos de retenção a que se refere o **caput** deste artigo; Art. 244. Conduzir motocicleta, motoneta ou ciclomotor: V - transportando criança menor de 10 (dez) anos de idade ou que não tenha, nas circunstâncias, condições de cuidar da própria segurança: Infração - gravíssima; Penalidade - multa e suspensão do direito de dirigir; Medida administrativa - retenção do veículo até regularização e recolhimento do documento de habilitação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-

[2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito). Data: 14/03/2021.

[6] Lei 14.071/20 . Art. 159. A Carteira Nacional de Habilitação, expedida em meio físico e/ou digital, à escolha do condutor, em modelo único e de acordo com as especificações do Contran, atendidos os pré-requisitos estabelecidos neste Código, conterá fotografia, identificação e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) do condutor, terá fé pública e equivalerá a documento de identidade em todo o território nacional. § 1º-A O porte do documento de habilitação será dispensado quando, no momento da fiscalização, for possível ter acesso ao sistema informatizado para verificar se o condutor está habilitado; Art. 121. Registrado o veículo, expedir-se-á o Certificado de Registro de Veículo (CRV), em meio físico e/ou digital, à escolha do proprietário, de acordo com os modelos e com as especificações estabelecidos pelo Contran, com as características e as condições de invulnerabilidade à falsificação e à adulteração e Art. 131. O Certificado de Licenciamento Anual será expedido ao veículo licenciado, vinculado ao Certificado de Registro de Veículo, em meio físico e/ou digital, à escolha do proprietário, de acordo com o modelo e com as especificações estabelecidos pelo Contran. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[7] Lei 14.071. Art. 19: XXXI - organizar, manter e atualizar o Registro Nacional Positivo de Condutores (RNPC); Art. 268-A. Fica criado o Registro Nacional Positivo de Condutores (RNPC), administrado pelo órgão máximo executivo de trânsito da União, com a finalidade de cadastrar os condutores que não cometeram infração de trânsito sujeita à pontuação prevista no art. 259 deste Código, nos últimos 12 (doze) meses, conforme regulamentação do Contran. § 1º O RNPC deverá ser atualizado mensalmente; § 2º A abertura de cadastro requer autorização prévia e expressa do potencial cadastrado; § 3º Após a abertura do cadastro, a anotação de informação no RNPC independe de autorização e de comunicação ao cadastrado; § 4º A exclusão do RNPC dar-se-á: I - por solicitação do cadastrado; II - quando for atribuída ao cadastrado pontuação por infração; III - quando o cadastrado tiver o direito de dirigir suspenso; IV - quando a Carteira Nacional de Habilitação do cadastrado estiver cassada ou com validade vencida há mais de 30 (trinta) dias; V - quando o cadastrado estiver cumprindo pena privativa de liberdade; § 5º A consulta ao RNPC é garantida a todos os cidadãos, nos termos da regulamentação do Contran; § 6º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão utilizar o RNPC para conceder benefícios fiscais ou tarifários aos condutores cadastrados, na forma da legislação específica de cada ente da Federação. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[8] Lei 14.071. Art. 250: b) de dia, em túneis e sob chuva, neblina ou cerração; c) de dia, no caso de veículos de transporte coletivo de passageiros em circulação em faixas ou pistas a eles destinadas; d) de dia, no caso de motocicletas, motonetas e ciclomotores; e) de dia, em rodovias de pista simples situadas fora dos perímetros urbanos, no caso de veículos desprovidos de luzes de rodagem diurna; § 7º Quando não for imediata a identificação do infrator, o principal condutor ou o proprietário do veículo terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o Contran, e, transcorrido o prazo, se não o fizer, será considerado responsável pela infração o principal condutor ou, em sua ausência, o proprietário do veículo. § 7º Quando não for imediata a identificação do infrator, o principal condutor ou o proprietário do veículo terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o Contran, e, transcorrido o prazo, se não o fizer, será considerado responsável pela infração o principal condutor ou, em sua ausência, o proprietário do veículo.

[9] Lei. 14.071/20. Art. 267. Deverá ser imposta a penalidade de advertência por escrito à infração de natureza leve ou média, passível de ser punida com multa, caso o infrator não tenha cometido nenhuma outra infração nos últimos 12 (doze) meses. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[10] Lei. 14.071/20. Art. 281-A. Na notificação de autuação e no auto de infração, quando valer como notificação de autuação, deverá constar o prazo para apresentação de defesa prévia, que não será inferior a 30 (trinta) dias, contado da data de expedição da notificação. Art. 282. Caso a defesa prévia seja indeferida ou não seja apresentada no prazo estabelecido, será aplicada a penalidade e expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data do cometimento da infração, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil que assegure a ciência da imposição da penalidade. § 6º Em caso de apresentação da defesa prévia em tempo hábil, o prazo previsto no **caput** deste artigo será de 360 (trezentos e sessenta) dias; § 7º O descumprimento dos prazos previstos no **caput** ou no § 6º deste artigo implicará a decadência do direito de aplicar a penalidade. Art. 282-A. O órgão do Sistema Nacional de Trânsito responsável pela autuação deverá oferecer ao proprietário do veículo ou ao condutor autuado a opção de notificação por meio eletrônico, na forma definida pelo Contran;

§ 1º O proprietário e o condutor autuado deverão manter seu cadastro atualizado no órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal; § 2º Na hipótese de notificação prevista no **caput** deste artigo, o proprietário ou o condutor autuado será considerado notificado 30 (trinta) dias após a inclusão da informação no sistema eletrônico e do envio da respectiva mensagem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[11] Lei 14.071/20. Art. 284: § 1º Caso o infrator opte pelo sistema de notificação eletrônica, conforme regulamentação do Contran, e opte por não apresentar defesa prévia nem recurso, reconhecendo o cometimento da infração, poderá efetuar o pagamento da multa por 60% (sessenta por cento) do seu valor, em qualquer fase do processo, até o vencimento da multa; § 5º O sistema de notificação eletrônica, referido no § 1º deste artigo, deve disponibilizar, na mesma plataforma, campo destinado à apresentação de defesa prévia e de recurso, quando o condutor não reconhecer o cometimento da infração, na forma regulamentada pelo Contran. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[12] Lei 14.071. Art. 159. A Carteira Nacional de Habilitação, expedida em meio físico e/ou digital, à escolha do condutor, em modelo único e de acordo com as especificações do Contran, atendidos os pré-requisitos estabelecidos neste Código, conterá fotografia, identificação e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) do condutor, terá fé pública e equivalerá a documento de identidade em todo o território nacional. § 12. Os órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal enviarão por meio eletrônico, com 30 (trinta) dias de antecedência, aviso de vencimento da validade da Carteira Nacional de Habilitação a todos os condutores cadastrados no Renach com endereço na respectiva unidade da Federação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

[13] Lei. 14.071. Art. 10. O Conselho Nacional de Trânsito (Contran), com sede no Distrito Federal, tem a seguinte composição: II-A - Ministro de Estado da Infraestrutura, que o presidirá; III - Ministro de Estado da Ciência, Tecnologia e Inovações; IV - Ministro de Estado da Educação; V - Ministro de Estado da Defesa; VI - Ministro de Estado do Meio Ambiente; VII - (revogado); XX - (revogado); XXII - Ministro

de Estado da Saúde; XXIII - Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública; XXIV - Ministro de Estado das Relações Exteriores; XXV - (revogado); XXVI - Ministro de Estado da Economia; e XXVII - Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14071.htm#:~:text=XVII%20%2D%20criar%2C%20implantar%20e%20manter,sinaliza%C3%A7%C3%A3o%20e%20comportamento%20no%20tr%C3%A2nsito. Data: 14/03/2021.

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NOS CASOS DE CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ABORDAGEM DA LEI Nº 13.964/2019

CAROLINE PINHEIRO VICENTE,
bacharela em Direito pelo Centro
Universitário Redentor – UNIREDENTOR

RESUMO: O presente trabalho visa dissertar sobre a execução provisória da pena nos casos de condenação pelo tribunal do júri, com o advento da Lei nº 13.964/2019, que modificou significativamente o Código Penal e o Código de Processo Penal, sendo especificamente tratado aqui o art. 492, I, "e", do CPP, bem como suas inconstitucionalidades e incongruências, que causou grande impacto aos princípios constitucionais, pois a garantia da efetividade do processo penal em conjunto com a duração razoável do processo como justificativa para admissão de execução de uma pena sem que haja o trânsito em julgado como meio de atender ao clamor do senso comum, seria ultrapassar o limite do ativismo judicial ao consentir que uma lei ordinária tivesse o poder de mudar o marco da culpabilidade de um indivíduo o que, conseqüentemente, ocasionaria uma enorme insegurança jurídica. Além do mais, também já foi decidido pelo STF, em novembro de 2019, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, em que o Supremo se posicionou contra a prisão após condenação em 2ª instância por ferir o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

Palavras-chave: Execução Provisória da Pena; Inconstitucionalidade; Presunção de Inocência; Insegurança Jurídica.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVE HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL. 3. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. 4. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 5. HISTÓRICO DAS JURISPRUDÊNCIAS DO STF ANTE À PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. 7. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 199/2019. 8. CONCLUSÃO. 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos e garantias fundamentais ganhou maior destaque na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como forma de garantir, resguardar e proteger a dignidade da pessoa humana de todo e qualquer indivíduo, principalmente aquele figurado no polo passivo nos autos de um processo penal, quando, ante o Princípio da Presunção de Inocência, deverá ser previamente considerado inocente, cabendo à acusação demonstrar as circunstâncias de fato e de direito na tentativa de provar a culpabilidade do agente.

Assim, o objetivo principal deste trabalho é explicar, com uma abordagem constitucional e técnica do Processo Penal, as problemáticas e incongruências trazidas pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) no âmbito penal e processual penal. Os objetivos específicos são dissertar sobre de que modo a execução provisória atua em relação ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, contrapor a problemática trazida na possibilidade de interposição de recursos protelatórios com o intuito de alcançar a prescrição e conjugar o Princípio da Presunção de Inocência com a efetividade da lei penal e da razoável duração do processo.

A metodologia a ser utilizada será a qualitativa, posto que o trabalho se desenvolverá com uma abordagem teórica e técnica, colhendo dados de forma aberta, utilizando como base posicionamentos doutrinários, trabalhos de especialistas a respeito do conteúdo, como também artigos e entrevistas, de modo a fornecer melhores informações sobre o que será discutido, no sentido de propiciar uma compreensão de forma aprofundada sobre o tema.

Desse modo, este estudo foi organizado em seis capítulos. Logo no primeiro capítulo, o qual tratamos aqui, houve o zelo em introduzir o leitor sucintamente ao tema, de forma clara e objetiva, o segundo capítulo tratará de uma breve contextualização político-histórica do Constitucionalismo Brasileiro, desde a Carta Imperial de 1824 até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No terceiro capítulo será comentado acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais, sua importância para o nosso ordenamento jurídico, as balizas limitadoras do núcleo essencial dos direitos fundamentais através do controle concentrado de constitucionalidade, as chamadas cláusulas pétreas.

O quarto capítulo contará com a explanação do Princípio da Presunção da Inocência, sua previsão constitucional e legislativa, o direito à reanálise do mérito com previsibilidade na Constituição Interamericana de Direitos Humanos e a exigência do trânsito em julgado para que o indivíduo seja considerado culpado.

No quinto capítulo trataremos de um histórico das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do HC 68.726, de 1992, em que se admitiu a execução provisória da pena sem a exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a edição das súmulas 716, 717 pelo STF no mesmo sentido, as mudanças de posicionamento do STF quanto ao tema, até o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, no final do ano de 2019, quando o Supremo mudou novamente

sua percepção quanto à execução provisória da pena e passou a entender que a não ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória afrontaria o Princípio da Presunção de Inocência.

No sexto capítulo será dissertado acerca da execução provisória da pena nos casos de condenação pelo tribunal do júri, inovação trazida pela Lei nº 13.964/2019, abarcando antinomias existentes entre a referida Lei e o Texto Constitucional, como por exemplo a violação do Princípio da Presunção de Inocência.

Por fim, no sétimo capítulo, será destacado também a Proposta de Emenda à Constituição 199/2019, cujo principal objetivo é acabar com os Recursos Especial e Extraordinário como forma de antecipar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2. BREVE HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

O Constitucionalismo no Brasil inicia-se com a desvinculação do país em relação a Portugal, marcando uma novo período político com a promulgação da Carta Imperial de 1824. Na vigência de um período imperioso, que concentrava todo poder político-jurídico nas mãos do monarca, a Constituição de 1824 definiu, em seu art. 178, quais seriam as matérias de ordem Constitucional (os limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e os direitos políticos e individuais dos cidadãos), sendo estas passíveis de modificação somente por um rigoroso processo de alteração. Por sua vez, as demais matérias consideradas como não constitucionais poderiam ser alteradas através de mero processo legislativo ordinário. Em razão disso, a Constituição de 1824 foi considerada como semirrígida (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 241). Neste sentido, o art. 178 da Carta Imperial de 1824:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”.

No ano de 1891 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, neste momento, a era monárquica do governo brasileiro chega ao fim, tornando-se uma República. Assim sendo, as principais inovações trazidas pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, tratando-se de uma redação rígida, suas matérias só poderiam ser modificadas mediante um procedimento qualificado, e não simplesmente seguindo os trâmites de um processo ordinário. Além

disso, também trouxe a forma presidencialista de governo, adotou um Estado laico, instituiu o habeas corpus, catalogou os direitos e garantias fundamentais e instituiu a criação do Supremo Tribunal Federal com a indicação de seus ministros pelo Presidente da República passando pelo crivo do Senado Federal.

Com grande influência do corporativismo fascista, foi promulgada a Constituição de 1934, que ratificou a organização constitucional anterior, não deixando de ser uma República, Federação, marcada pela separação de poderes e forma presidencialista de governo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 247). Nessa época, a responsabilidade com os direitos sociais tomaram forma com a Subcomissão do Itamarati³⁶, destacando-se os direitos econômicos, sociais e o da família, educação e cultura.

Contrapondo-se à Constituição de 1934 (“A Polaca”) que trouxera grandes avanços no âmbito dos direitos sociais, em 1937, inicia-se uma forma autoritária de governo a partir do golpe praticado pelo próprio chefe de governo, criando-se o chamado “Estado Novo” cujo principal marco foi a ausência da democracia e a instituição de uma forma ditatorial de se governar, autoritária e controladora. Dessa forma, fortaleceu o Poder Executivo, dando a ele maior autonomia na elaboração de leis e decretos-leis. Dentre tantas outras mudanças trazidas pela Constituição de 1934, um outro marco digno de nota diz respeito à declaração de inconstitucionalidade de uma lei em que, caso o Presidente entendesse ser esta lei necessária, ela seria novamente submetida ao Parlamento com o intuito de ser declarada constitucional. Além disso, foi vedado a interferência do Poder Judiciário em questões de ordem política (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 250).

Preservando a base do texto constitucional da Constituição de 1934 referente ao sistema normativo, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, houve o esforço em restaurar o federalismo de 1891 e reinserir o Senado como segunda Câmara Legislativa do Congresso Nacional, também preservou os direitos sociais, garantiu os direitos individuais com a inafastabilidade do controle jurisdicional, e na esfera econômica e social, instituiu meios de proteção da Amazônia e Nordeste (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 251).

A partir do ano de 1964 o Brasil esteve sob o comando da ditadura militar (que persistira até o ano de 1985), e o país passou a ser governado por meio de Atos

³⁶ A Subcomissão do Itamarati, segundo as palavras de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 247), foi encarregada de dar início aos trabalhos do anteprojeto da Constituição de 1934.

Institucionais e Complementares à Constituição que buscava “drenar o bolsão comunista” que afligia o Brasil (LENZA, 2019, p. 225). Na Carta de 1967, como característica do regime ditatorial vigente, houve a substituição da palavra “democracia” por “regime representativo”, e com a edição e promulgação do Ato Institucional 5, os direitos e garantias fundamentais dos quais ainda pudesse haver algum resquício, foram completamente ignorados com a “prática de tortura aos presos políticos, censurando a imprensa e reprimindo a atividade político-partidária” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 253).

De todos os AIs impostos como meio de governo, o mais agressivo e radical foi o AI-5 de 13/12/1968, o qual instituía o seguinte:

- a) formalmente, foram mantidas a Constituição de 24.01.1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes do AI-5;
- b) o Presidente da República poderia decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por ato complementar em estado de sítio ou fora dele, só voltando a funcionar quando convocados seus membros pelo Presidente da República;
- c) o Presidente da República, no interesse nacional, poderia decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição;
- d) os direitos políticos de quaisquer cidadãos poderiam ser suspensos pelo prazo de 10 anos e cassados os mandatos eletivos federais, estaduais e municipais;
- e) ficaram suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo;
- f) o Presidente da República, em quaisquer dos casos previstos na Constituição, poderia decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo;

g) o Presidente da República poderia, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido ilicitamente, no exercício do cargo ou função;

h) suspendeu-se a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10 do AI-5);

i) finalmente, a triste previsão do art. 11 do AI-5: “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos” (LENZA, 2019, p. 228, 229).

Este Ato Institucional teve vigência até a promulgação da EC n. 11, de 17/10/1978, em que revogou por completo o AI-5, além de suspender todas as medidas que com base neste Ato cassaram os direitos políticos, previu a impossibilidade de suspensão do Congresso Nacional pelo Presidente da República e extinguiu alguns poderes presidenciais (LENZA, 2019, p. 231).

Com a queda do regime militar (1964/1985), marcado pela expansão do autoritarismo e pela abertura política, surge a necessidade de resguardar e garantir os direitos fundamentais como forma de proteção à cidadania e à dignidade da pessoa humana, sinalizando o início de um processo de redemocratização do Brasil com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (a “Constituição Cidadã”).

Ocorrendo essa “evolução”, a Constituição de 1988 marca uma nova fase de comprometimento com o Estado Democrático de Direito, tanto é que como bem frisou Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 258),

“[...] a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como a mais democrática e avançada em nossa história constitucional, seja em virtude do seu processo de elaboração, seja em função da experiência acumulada em relação aos acontecimentos constitucionais pretéritos, tendo contribuído em muito para assegurar a estabilidade institucional que tem sido experimentada desde então no Brasil”.

Como exemplo dessa “evolução”, podemos destacar a importância dada aos direitos humanos como base em todo o texto constitucional e principalmente no título

dos Princípios Fundamentais, além da amplitude e atualidade dos Direitos e Garantias Fundamentais, que passamos à análise a seguir.

3.DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos e garantias fundamentais elencados no Art. 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, on-line) são o resultado de uma incansável luta pelo reconhecimento dos direitos do homem a partir de toda construção histórico-política vivenciada pelo país, como por exemplo, o regime ditatorial sofrido pelo Brasil nos anos de 1964 a 1985. A partir daí, os direitos e garantias fundamentais no Brasil começam surgir como uma resposta, impondo limites à atuação do Estado perante a sociedade como forma de proteger o indivíduo de ataques desumanos, respeitando os direitos políticos e sociais da pessoa humana.

Seguindo o entendimento de Mendes e Branco (2014, p. 200), os direitos fundamentais devem ser entendidos como uma evolução, marcada por três gerações.

Inicialmente é importante destacar, como bem lembrado por Zouein (2020), as críticas doutrinárias no que diz respeito à nomenclatura “gerações” dos direitos fundamentais, pois nos remeteria a uma ideia de evolução em que se excluiria a geração anterior, quando, na verdade, o que há é um acréscimo direitos. Por isso, a maioria dos autores optam pela terminologia “dimensões” de direitos fundamentais (ZOU EIN, 2020), razão pela qual adotaremos, a seguir, a expressão “dimensão de direitos fundamentais” ao invés de “gerações”.

A primeira dimensão diz respeito aos primeiros direitos positivados, como o direito de reunião, liberdades individuais e inviolabilidade de domicílio, em que “pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder” (MENDES e BRANCO, 2014, p. 200), com foco central na preocupação das desigualdades sociais, são os direitos referidos na Revolução Francesa (1789-1799) e Revolução Americana (1775-1783). Estes direitos consistem em prestações negativas em que o Estado deverá agir de modo a proteger a esfera de autonomia do indivíduo (ZOU EIN, 2020).

A segunda dimensão é marcada pelo princípio da igualdade no que tange ao surgimento dos direitos sociais, cujo conceito, seguindo as palavras de José Afonso da Silva, em seu livro Direito Constitucional Positivo (2013, p. 288), são:

“[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos

que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de Igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.

Dessa forma temos os direitos de segunda geração, ou direitos sociais, instituídos de forma positiva em nossa Constituição, visando proteger direitos a fim de dar maior liberdade a todos, sem distinção, exigindo um “fazer” do Estado. Nas palavras de Zouein (2020), os direitos de segunda geração:

“[...] compõem-se dos direitos de igualdade em sentido amplo, a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais, cujo adimplemento impõe ao poder público a satisfação de um dever de prestação preponderantemente positiva, consistente num *facere*. São os reconhecidos direitos à saúde, à educação, à previdência, etc”.

Enquanto a terceira dimensão é caracterizada pela aparição dos direitos difusos e coletivos, objetivando proteger os direitos do homem em âmbito coletivo, como “[...] o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 201).

Havendo, ainda, os direitos de quarta e quinta dimensões trazidos por Paulo Bonavides. Para ele, a quarta dimensão compreende os direitos “[...] à democracia (sobretudo direta), à informação, ao pluralismo e, para alguns (como Norberto Bobbio), a bioética” (ZOU EIN, 2020). Enquanto os direitos de quinta dimensão diz respeito ao reconhecimento do direito à paz (ZOU EIN, 2020).

Ainda é válido ressaltar que uma das principais características dos direitos e garantias fundamentais trazida por Mendes e Branco (2014, p. 208) é a capacidade de mudarem no tempo, surgirem novos ou até mesmo se extinguirem a partir do transcorrer dos anos, citando como exemplo prático dessa evolução, a vedação da prisão perpétua.

Além disso, há que se falar da indisponibilidade e inalienabilidade desses direitos, o que significa dizer que não podem ser deixados de lado, sendo simplesmente ignorados, para o cumprimento de um fim comum, seus limites devem ser interpretados por disposição constitucional, tendo aí uma restrição imediata, ou

então por lei ordinária promulgada com fundamento na Constituição, tendo, a partir daí, uma restrição mediata (MENDES; BRANCO, 2014, p. 283).

Contudo, conforme dispõe Mendes e Branco (2014, p. 292), em se tratando do tribunal do júri, temos um “inequívoco” exemplo de “reserva legal qualificada, uma vez que a atuação conformadora/limitadora do legislador deverá ficar restrita aos conteúdos e aos fins enunciados pela Constituição”.

É importante salientar que, em que pese a possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais e a necessidade de intervenção do legislador com o intuito de solucionar tal conflito, existe o limite material atinente à Constituição quanto ao poder de reforma, estabelecido no seu art. 60, §4º, CF (BRASIL, 1988, *on-line*), devendo haver a observância do princípio da proporcionalidade, quando, ainda no Direito Português, no art. 18º, 2, do Texto Magno, já estabelecia que

“[...] a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 312).

Nessa esteira, quanto ao poder de reforma, é vedado ao legislador quaisquer influência tendente a aniquilar o núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais elencados no art. 60, §4º, da CF, quando, nestes termos, diz o seguinte:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988, *on-line*).

Ou seja, o legislador somente poderia interferir para restringir direitos nos casos em que fosse imperiosa a proteção de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição, interpretando-se, desse modo, a impossibilidade de o legislador intervir na Constituição com a simples finalidade de restringir determinado direito do indivíduo ou da coletividade como forma de resposta à pressão ocasionada pelo senso comum. Pois, conforme cita o Ministro Rodrigues Alckmin na Representação n. 930

sobre a liberdade de conformação do legislador, defende não ser essa liberdade do legislador (de poder interferir no texto constitucional) absoluta, porque, em suas palavras, "se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido" (MENDES; BRANCO, 2014, p. 301).

Portanto, esse sobejo do Legislativo ante à Constituição, segundo Mendes e Branco (2014, p. 303):

"É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno".

Conforme já dissertado, no ordenamento jurídico brasileiro existem balizas de proteção ao poder constituinte originário, as chamadas "cláusulas pétreas". Elas buscam manter a ordem de proteção do texto constitucional evitando que ocorra uma reforma ampla e ilimitada, não estando à mera disposição da vontade do legislador para agir conforme bem entender, garantindo, ademais, a finalidade constitucional. Também, para Sarlet *et al.* (2018, p. 148), "as cláusulas pétreas além de assegurarem a identidade da Constituição, podem ser elas próprias consideradas parte integrante desta identidade".

"Tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade. Daí falar-se de inconstitucionalidade de normas constitucionais, seja em razão de afronta ao processo de reforma da Constituição, seja em razão de afronta às chamadas cláusulas pétreas" (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1396).

As cláusulas pétreas se fazem presentes no art. 60, §4º, da CF, trazendo um núcleo indisponível de direitos e garantias essenciais, nestes termos:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988, *on-line*).

Desse modo, temos que a Constituição somente poderá ser emendada, nos moldes do art. 60, CF:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (BRASIL, 1988, *on-line*).

Contudo, trazendo o destaque para o §4º deste artigo, no qual proíbe, em específico, a proposta de emenda à Constituição em que o legislativo pretenda abolir qualquer dos itens elencados nos incisos deste parágrafo, como por exemplo, os direitos e garantias fundamentais, a discussão que surge diz respeito ao texto em que veda a proposta de emenda “tendente a abolir”, entende-se, portanto, ser possível proposta de emenda que modifique um desses direitos. Porém, seguindo o entendimento do STF, essa modificação somente poderia ser feita para ampliar direitos, e nunca para reduzir (FERREIRA, 2019).

Em suma, não seria possível, na atual Constituição de 1988, qualquer emenda à Constituição e muito menos lei ordinária que tenha por objetivo abolir ou reduzir a amplitude dos direitos e garantias fundamentais já adquiridos pelo indivíduo e resguardados/protegidos pela Lei Maior (vedação ao retrocesso).

Nesse sentido, Shamara Ferreira: “Assim, em que pese ser possível alterar a Carta Magna, as Emendas Constitucionais sempre deverão observar as balizas que foram traçadas nas cláusulas pétreas” (FERREIRA, 2019).

4. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No que tange ao Princípio da Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade, é importante, de forma preliminar, trazer à baila da discussão sobre o tema, a sua classificação como norma-regra ou norma-princípio. Para diferenciação dos dois institutos, adotando a tese de distinção qualitativa, cumpre-nos citar a Teoria de Alexy, baseada no “tudo ou nada” ao referir-se a uma norma-regra. Para ele, princípios são mandamentos de otimização, ao passo que as regras são normas que serão satisfeitas ou não satisfeitas. “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2006, p. 91).

Introduzindo essa linha de raciocínio à nossa Constituição, é cristalino que se perceba a interpretação da Presunção de Inocência pelo Constituinte como uma norma-regra reafirmada pela exigência do trânsito em julgado (art. 5º, LVII, CF (BRASIL, 1988)) para que seja o indivíduo inserido no rol de culpados, como muito bem preceituou o Min. Luiz Fux:

“A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de HUMBERTO ÁVILA (Teoria dos Princípios. 4. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005), como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a

imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória” (COUTO, 2018).

A Presunção de Inocência, ou Presunção da Não Culpabilidade, tem sua previsibilidade na Constituição Federal (1988), especificamente em seu art. 5º, LVII (BRASIL, 1988, *on-line*), que diz:

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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Assim sendo, o art. 5º, LVII, CF (BRASIL, 1988) nos traz como requisito para que uma pessoa seja considerada culpada, o marco do trânsito em julgado de uma decisão penal condenatória. Com inocência presumida, ocorre a inversão do ônus da prova, cabendo ao Ministério Público alegar a culpa (LENZA, 2019, p. 1.920). De tal modo, é lícito dizer que não há dúvidas quanto à ocorrência do trânsito em julgado, que acontecerá quando daquela sentença não couber mais recurso, tendo sido esgotadas todas as instâncias possíveis de reanálise do mérito.

Art. 6º, LINDB: A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. §3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso (BRASIL, 1942).

No decorrer deste trabalho de pesquisa, foi vislumbrado que qualquer alteração em que pese a Constituição ser sofrida, deverá ser feita por Emenda Constitucional como forma de protegê-la e evitar os efeitos negativos do ativismo judicial exacerbado, através das balizas do controle de constitucionalidade.

Dessa forma, o marco da culpabilidade está elencado no art. 5º da CF (BRASIL, 1988, *on-line*) que elegeu o trânsito em julgado como requisito para que o indivíduo seja considerado culpado para que, efetivamente, comece a cumprir a pena que lhe foi imposta, sendo interpretado como inconstitucional qualquer outro marco delimitado pelas leis infraconstitucionais ou ordinárias. Pois caso seja acatada tais deliberações que imponham um marco diverso presumindo a culpabilidade daquele agente,

acarretaria uma insegurança jurídica indiscutível no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, temos:

“[...] se a supremacia da Constituição deixar de ser admitida, por exemplo, em favor da teoria da aparência para fins de proteção de terceiros de boa-fé ou do equilíbrio financeiro, na verdade, o Judiciário estaria abandonando o direito e passando a operar exclusivamente por meio de argumentos pragmáticos ou políticos” (PEIXOTO, 2012, p. 47).

Portanto, se temos o art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988, *on-line*) e o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), aquele estabelecendo como critério principal para a culpabilidade do agente o marco do trânsito em julgado, e este iluminando o conceito de coisa julgada, não há dúvidas quanto à interpretação do art. 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, *on-line*), quando se trata da execução da pena em detrimento de uma condenação criminal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Diferentemente da prisão cautelar em que a exigência para o seu cumprimento é o flagrante delito ou ordem escrita devidamente fundamentada pela autoridade judiciária competente, para a condenação criminal definitiva e o início da execução da pena, é de exigência também da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) o trânsito em julgado para que a pena comece a ser executada, como dispõe os arts. 105, 106, III, LEP (BRASIL, 1984, *on-line*):

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterà: III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado;

Além disso, há que se defender o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, em que apesar de existirem os casos de competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, é direito da pessoa humana a reanálise de mérito, como prevê a Constituição Interamericana de Direitos Humanos, para que se tenha um processo justo.

“[...] a Convenção Interamericana de Direitos do Homem prevê expressamente o direito ao duplo grau de jurisdição no processo penal, de modo que é possível afirmá-lo como elemento essencial para conformação do processo justo no âmbito penal” (SARLET, *et al*, p. 905).

Em suma, com a exigência do trânsito em julgado pela Constituição para que o indivíduo seja considerado culpado, a conceituação de coisa julgada trazida pela LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42) e a imprescindibilidade do trânsito em julgado para a execução da pena, conforme determina a LEP, qualquer outro marco de culpabilidade ou que imponha o início da execução penal, não deve prosperar, uma vez que estaria em total desconformidade com a Lei Maior. E, como nos é lembrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, os magistrados e tribunais estão sujeitos à Constituição e às leis, não podendo decidir questões meritórias por vontade própria ou pressão política, pois estão vinculados às normas do nosso ordenamento jurídico, cuja postura contrária nos traz riscos, como “[...] a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias” (BARROSO, 2012, p. 31). Pois em que pese a Constituição transformar Política em Direito, a ação somente pode ocorrer dentro dos limites abertos pelo nosso *legal system*³⁷.

5. HISTÓRICO DAS JURISPRUDÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTE À PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

O Supremo Tribunal Federal durante um longo período vem, de forma corriqueira, mudando seu entendimento a respeito da execução provisória da pena à luz do Princípio da Presunção de Inocência previsto no art. 5º, LVII, CF (BRASIL, 1988, on-line).

Inicialmente, no julgamento do HC 68.726, no ano de 1992, o Supremo entendeu que a execução da pena poderia se dar antes do esgotamento das instâncias recursais. Denegando a referida ordem de habeas corpus e, com o surgimento de

37 Expressão sinônima de ordenamento jurídico, utilizada por países estrangeiros como Estados Unidos.

novos precedentes, o STF editou as Súmulas 716 e 717 cujo tema central era a progressão de regimes e a não exigência do trânsito em julgado das sentenças (LENZA, 2019, p. 1.921).

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS ORDINARIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. (HC 68726, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20-11-1992 PP-21612 EMENT VOL-01685-01 PP-00209).

Súmula 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (BRASIL, 2003a).

Súmula 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial (BRASIL, 2003b).

Após, no ano de 2010, salvo os casos em que se façam presentes os requisitos que ensejam a prisão cautelar do réu, o STF retifica seu entendimento quanto à execução provisória da pena e apreende que este posicionamento adotado anteriormente contraria o Princípio da Presunção de Inocência trazido pela

Constituição Federal em seu art. 5º, LVII, (BRASIL, 1988, *on-line*), ao conceder ordem de *Habeas Corpus* nº 84.078, defendendo que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória somente poderá ser admitida em caráter cautelar.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-

se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente

quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).

E foi no ano de 2016, quando o STF denegou novamente uma ordem de *Habeas Corpus* (HC 126.292) sob os mesmos fundamentos utilizados no julgamento do HC 68.726, retomando o entendimento adotado em 1992. Na fundamentação em que denega a ordem, o Min. Relator Teori Zavascki delibera que, quando se executa um acórdão penal proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a REsp e RE, não confronta inconstitucionalidade em relação ao art. 5º, LVII, CF, (BRASIL, 1988, *on-line*).

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118).

Recentemente, no final do ano de 2019, o STF novamente muda seu entendimento no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, que tinham por objeto a declaração de constitucionalidade do art. 283, CPP (BRASIL, 1941, *on-line*), no tocante ao trânsito em julgado da condenação criminal.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Aqui, mostra-se necessário destacar que o art. 283, CPP (BRASIL, 1941, *on-line*) encontra-se em perfeita consonância constitucional, refletindo, quase de forma literal, o mesmo texto presente no art. 5º, LVII, CF (BRASIL, 1988). Desse modo, admitir a

inconstitucionalidade deste dispositivo seria declarar como inconstitucional a própria Constituição Originária e estaríamos diante de uma total contradição normativa. Em caso positivo, nos encontraríamos na posição de reconhecimento da existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais, teoria levantada pelo alemão Otto Bachof e rechaçada pelo STF através do princípio da unidade da Constituição. Além do mais, acatar o entendimento da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais, provocaria um enorme sentimento de insegurança jurídica, “[...] porque o Poder Constituinte originário, ao invés de se configurar como poder de fato, autônomo e incondicionado, acabaria por se configurar como um poder legiferante ‘qualquer’ [...]” (PASSOS; PESSANHA, 2008, p. 19).

Nesse contexto, faz-se imperiosa a constatação de que a prisão em segunda instância conforme admitida anteriormente pelo próprio STF, segundo o mesmo, é inconstitucional diante dos fundamentos supracitados, sendo ratificado este posicionamento em novembro de 2019 quando, ao julgar as ADCs 43, 44 e 54, o Supremo entendeu que para ser executada a pena, é imprescindível que se esgote todas as instâncias que forem passíveis de recurso em prol da reanálise do mérito para que assim ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo qualquer entendimento contrário violador do Princípio da Presunção de Inocência/Não Culpabilidade, afrontando um direito e garantia fundamental. Extrai-se, portanto, a seguinte ementa de julgamento:

Ementa: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No

juízo do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o

princípios de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida. (ADC 43 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018)

Corroborando com o raciocínio, enfatizamos o voto do Min. Celso de Mello no julgamento das ADCs:

“[...] no que concerne à interpretação do art. 283 do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.403/2011, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória, mesmo aquela emanada do Tribunal do Júri, revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII)” (MIGALHAS, 2019).

6.EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NOS CASOS DE CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI (ART. 492, I, “E”, CPP)

O Supremo Tribunal Federal, no final do ano de 2019, pacificou entendimento no sentido de somente ser admitida a execução da pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois até que este marco da culpabilidade seja fixado, o acusado será presumivelmente considerado inocente, ressalvados os casos em que se possibilita as prisões preventivas e temporárias. Assim sendo, qualquer outro marco diferente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória consistiria em afronta aos direitos fundamentais importantemente previstos em nossa Constituição.

Contudo, com o advento da Lei nº 13.964/2019, mudanças significativas surgiram nos âmbitos penal e processual penal, com destaque para execução provisória da pena, cujo art. 492, I, “e”, do CPP, com a redação nova, estabelece o seguinte:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

A partir daí, surgem questionamentos passíveis de menção neste tópico, que serão explanados a seguir, dentre eles: poderia uma norma infraconstitucional mudar o marco da culpabilidade do agente, indo contra cláusulas pétreas previamente estabelecidas na Lei Maior que rege o país? O juiz presidente da sessão plenária estaria obrigado a decretar a prisão do réu apenas pelo fato de a condenação preencher o requisito de pena igual ou superior e 15 anos de reclusão? A Presunção de Inocência deve ou não prevalecer sobre a soberania dos vereditos?

Como vimos anteriormente, a nossa Constituição prevê o Princípio da Presunção de Inocência (art. 5º, LVII), vedando, dessa forma, o início da execução de uma pena sem que haja o trânsito em julgado como marco da culpabilidade do agente, ressalvados os casos em que são admitidas as prisões preventivas quando estiverem presentes o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, como bem dispõe o art. 312 do CPP (BRASIL, 1940, *on-line*). Pode-se destacar também a constitucionalidade declarada do art. 283, *caput*, do CPP (BRASIL, 1940, *on-line*) pelas ADCs 43, 44 e 54, cujo texto traduz, quase de forma literal, o dispositivo constitucional. Vejamos:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

Nessa esteira, seria inconstitucional qualquer outro marco que decretasse a culpabilidade do agente sem que fosse o trânsito em julgado, uma vez que se trata de norma constitucional amparada pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos e garantias fundamentais, sendo estas cláusulas pétreas que somente seriam passíveis de alteração mediante proposta de emenda constitucional, contudo, somente para ampliar a abrangência desses direitos, nunca para restringir.

Nota-se, portanto, antinomias entre a Lei nº 13.964/2019 e diversos dispositivos constitucionais. Ao prever a execução provisória da pena de forma automática quando houvesse condenação pelo tribunal do júri resulta em um afronto

aos direitos e garantias fundamentais que tanto lutou o nosso país para que hoje se tornasse um país democrático, onde até mesmo um dito “criminoso” pela sociedade, é considerado sujeito de direitos, os quais devem ser resguardados, tratando-o com respeito e dignidade. Além de afrontar esses direitos, destacamos também o perigo do ativismo judicial quando o legislativo pressionado pelo senso comum age de forma equivocada, como no caso em questão, ao determinar o início da execução da pena para os casos em que houvesse condenação superior a 15 anos de reclusão com privação de liberdade, ou seja, inobservando normas constitucionais e interferindo em uma cláusula pétrea de modo a modificá-la através de uma norma infraconstitucional, alimentando a insegurança jurídica.

Quando falamos de Tribunal do Júri, é imprescindível que falemos também da soberania dos vereditos, previsto no art. 5º, XXXVIII, alínea “c”, da CF (BRASIL, 1988).

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:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

c) a soberania dos veredictos;

Como conceituação, a soberania dos vereditos

“[...] consiste na autoridade plena que qualifica a decisão proferida pelo Tribunal do Júri, deferindo-se aos jurados a prerrogativa de decidir, conforme a melhor prova do processo, na direção que entenderem mais justa e coerente” (HABIB, 2020, p. 42).

Ainda nas palavras de Habib (2020, p. 44) esta soberania existe para dar maior garantia de direitos ao acusado, “podendo ceder diante de norma que visa exatamente a garantir os direitos de defesa e a própria liberdade”, e vincular o juiz togado à decisão do conselho de sentença, soberania esta que pode ceder em favor do acusado para garantir sua defesa e liberdade, além da previsão processual penal, no art. 593, III, “d” (BRASIL, 1940, *on-line*) que permite a interposição de recurso de apelação contra sentença proferida em sede de tribunal do júri para rediscutir o mérito quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária às provas nos autos, em que o

tribunal irá cassar a decisão proferida em 1º grau e determinará que seja realizado novo júri.

Cumpre destacar também a possibilidade de ser interposta revisão criminal, nos moldes do art. 621 do CPP (BRASIL, 1940, *on-line*), em que o tribunal ao julgar a revisão, com destaque para a vedação da *reformatio in pejus*, nas palavras de Lopes Junior (2020, p. 1735),

“Nenhum óbice existe para que o tribunal possa alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, de modo que a soberania das decisões do júri deve ceder diante do interesse maior de corrigir uma decisão injusta. Esclarecemos que o tribunal, julgando a revisão, poderá absolver o autor sem a necessidade de novo júri, que somente ocorrerá quando houver a anulação do processo, em que todo ou parte do processo deverá ser repetido”.

Assim, depreende-se que a soberania dos veredictos pode encontrar-se, em razão das circunstâncias do caso concreto, abaixo do Princípio-regra da Presunção de Inocência.

Ademais, ressalta-se, ainda, que determinar a execução imediata da pena nestes casos fere o art. 313, §2º, do CPP (BRASIL, 1940, *on-line*) que diz: “§2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”, nota-se então que além de inconstitucionalidades, o Pacote Anticrime também traz incongruências dentro do próprio Código de Processo Penal, trazendo insegurança jurídica para o ordenamento brasileiro. A título de exemplo, digamos que o indivíduo, condenado a 15 anos de prisão, imediatamente posto a executar a pena, interpõe recurso de apelação fundamentado no art. 593, III, “a”, do CPP (BRASIL, 1988, *on-line*) que após admitido e julgado pelo tribunal, é determinado que seja realizado um novo júri, e neste novo júri o então acusado é absolvido, tendo ficado preso indevidamente, pois ainda não haviam sido esgotadas todas instâncias recursais, caracterizando-se injustiça e ferindo o núcleo dos direitos fundamentais. Como também no caso em que o indivíduo, condenado a 17 anos de prisão, é colocado para executar a pena de forma provisória, e após o início da execução, o tribunal entenda que deveria haver uma reforma da sentença e que a pena devida seria a de 14 anos, hipótese em que nesse caso o réu

não deveria ser colocado para executar a pena imediatamente, não havendo como apagar esses efeitos ilegítimos.

A execução provisória também não pode ser justificada com base na soberania dos veredictos, uma vez que no §3º do mesmo dispositivo penal prevê a hipótese de mitigação da execução provisória nos casos em que o juiz vislumbre um possível êxito em um recurso defensivo. Veja-se:

“§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação” (BRASIL, 1940, *on-line*).

Destaca-se que essa hipótese de prisão preventiva trazida pela lei só pode ser admitida quando preenchidos todos os critérios da cautelaridade previstos no art. 312 e 313 do CPP (BRASIL, 1940, *on-line*), pois:

“ao não se revestir de caráter cautelar, sem, portanto, analisar o *periculum libertatis* e a necessidade efetiva da prisão, se converte em uma prisão irracional, desproporcional e perigosíssima, dada a real possibilidade de reversão já em segundo grau (sem mencionar ainda a possibilidade de reversão em sede de recurso especial e extraordinário” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1.333).

Admitida a prisão sem esta observância, além de ferir o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, feriria também o princípio da isonomia, pois crimes com penas ainda mais gravosas não admitem essa hipótese de execução provisória (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1.334), como no caso do crime de latrocínio, previsto no art. 157, §3º, II, do Código Penal (BRASIL, 1940, *on-line*), cuja pena mínima perfaz o *quantum* de 20 anos de reclusão e multa, não havendo a imposição de execução provisória da pena para punição deste crime. Nesse sentido, nas palavras de Lopes Junior (2020, p. 1334):

“o só fato de o réu sofrer uma condenação mais ou menos grave não o faz mais ou menos culpado, já que a culpabilidade tem a ver com a prova produzida nos autos e com os critérios de valoração da prova, não com o quanto de pena aplicado”.

7.PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 199/2019

esta linha de visada, surge também a PEC 199/2019, cujo objetivo principal é acabar com a possibilidade de REsp e RE ao STJ e STF, de modo a antecipar o trânsito em julgado da sentença condenatória, a fim de que seja novamente rediscutida a possibilidade de prisão em 2ª instância. A PEC encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados e terá sua admissibilidade analisada junto à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Nota-se que a proposta não é permitir que haja a execução provisória da pena sem a ocorrência do trânsito em julgado (até porque estaríamos diante de uma inconstitucionalidade), mas sim acabar com a possibilidade de REsp e RE ao STJ e STF, fazendo com que tenham natureza jurídica de ação revisional sendo interpostos somente perante TJ ou TRF, esgotando ali as instâncias recursais e permitindo o adiantamento da ocorrência do trânsito em julgado e, conseqüentemente, o início do cumprimento da pena.

"(...) a transformação dos recursos extraordinário (art. 102, caput, III) e especial (art. 105, caput, III) em ações revisionais, possibilitando que as decisões proferidas pelas cortes de segunda instância transitem em julgado já com o esgotamento dos recursos ordinários" (LEAL, 2020).

Obviamente alvo de críticas, já que estaria, em linhas gerais, acabando com os recursos especiais e extraordinários, pois para Alex Manete (deputado que apresentou esta PEC à Câmara), a interposição desses recursos constituem apenas caráter protelatório, visando alcançar a prescrição acarretando na certeza da impunidade. Porém, em contraponto temos o direito a duração razoável do processo e o Princípio da Presunção de Inocência, alterar o marco decisório para a ocorrência do trânsito em julgado, mitigando o direito ao duplo grau de jurisdição pela análise de um recurso ao STJ ou STF, fazendo nascer uma errônea ideia de celeridade processual ignorando direitos fundamentais já adquiridos, corre o risco de se ocasionar completa insegurança jurídica, uma das maiores conseqüências do ativismo judicial desenfreado. Nesse contexto, ressaltamos, Min. Luís Roberto Barroso:

"[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do

Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes” (BARROSO, 2012, p. 32).

8.CONCLUSÃO

Após o deslinde de todo trabalho de pesquisa é de fácil constatação que desde a existência da primeira Constituição quando ainda não havia total notoriedade e importância dada aos direitos e garantias fundamentais, diferentemente do que ocorre agora em nossa Constituição de 1988, mesmo assim, o seu texto somente poderia ser modificado mediante rigoroso processo de alteração. A história do constitucionalismo no Brasil nos remonta a um processo de redemocratização brasileira com a Constituição Federal de 1988, quando os direitos humanos tomaram o seu devido lugar no Texto Constitucional embasando-o de modo a garantir uma maior proteção aos direitos e garantias fundamentais, vedando a atuação do legislador que for contrária a Lei Maior ou que visar aniquilar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, protegidos, sendo cláusulas pétreas presentes no art. 60, §4º, da CF (BRASIL, 1988). As cláusulas pétreas além de protegerem a Carta Magna de ações arbitrárias do Poder Estatal, também visam garantir a vedação ao retrocesso, quando, seguindo o entendimento do STF, a possível modificação aceitável à Constituição, a qual não é vedada pelo art. 60, §4º, CF (BRASIL, 1988), seria aquela que objetivasse ampliar direitos já garantidos, e nunca para reduzir, só podendo ser modificada através de Emenda Constitucional, jamais por lei infraconstitucional. Além do mais, há que se falar também do Princípio da Presunção de Inocência, que deve ser entendido como princípio-regra ao aplicá-lo ao caso concreto, pois como muito bem preceitua o art. 5º, LVII, da CF (BRASIL, 1988), e art. 283, do CP (BRASIL, 1940, *on-line*), a pessoa humana deverá ser tida como presumivelmente inocente, havendo a inversão do ônus da prova em que incumbirá ao Ministério Público toda alegação de culpabilidade, até que ocorra o trânsito em julgado. A partir daí surge a indagação: “O que seria, portanto, o trânsito em julgado?”, sem rodeios, em nosso ordenamento jurídico também há a conceituação do que é o trânsito em julgado e quando ele ocorre logo no art. 6º, §3º, da LINDB (BRASIL, 1942, *on-line*), que expressamente prevê que coisa julgada/trânsito em julgado é a decisão da qual não caiba mais recurso.

Apesar de ser simples a interpretação do texto constitucional combinado com todo nosso ordenamento jurídico, quando falamos de trânsito em julgado, o STF, insistentemente, desde o ano de 1992, vem mudando seu posicionamento quanto a possibilidade de prisão em segunda instância, firmando posicionamento no final do ano de 2019, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, pacificando entendimento ao declarar a constitucionalidade do art. 283, do CP (BRASIL, 1940, *on-line*) e vedar a

possibilidade de prisão em segunda instância, ratificando a imprescindibilidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para marcar a culpabilidade do agente e dar início à execução da pena, já que o trânsito em julgado também é requisito para o cumprimento da pena imposta, de acordo com os arts. 105, 106, III, LEP (BRASIL, 1984, *on-line*).

A partir da construção de todo o raciocínio elucidado, com a promulgação e entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, que trouxe vultosas mudanças para o Código de Processo Penal, como é especificamente tratado aqui o caso do art. 492, I, "e", do CPP (BRASIL, 1941, *on-line*), não há que se falar em execução "provisória" da pena para os casos de condenação pelo tribunal do júri quando a condenação for superior a 15 anos de reclusão, quiçá justificar tal imposição alegando a soberania dos vereditos. Posto que a soberania dos vereditos deve ser interpretada, porque assim é, forma de proteção ao acusado, visando garantir seus direitos, vinculando o juiz togado ao que for decidido pelo conselho de sentença e vedando a *reformatio in pejus* em caso de interposição de recurso de revisão criminal. Admitir essa execução provisória, afrontaria incisivamente o Princípio da Presunção de Inocência, inobservando a imprescindibilidade do trânsito em julgado para executar a pena, desrespeitando a Carta Magna. Nota-se que o constituinte poderia ter elegido qualquer outro marco de culpabilidade do agente, mas optou pela escolha do trânsito em julgado e não há dúvidas quanto a sua ocorrência, não havendo motivos para interpretação diferente nos casos de crimes de competência do tribunal do júri em relação aos crimes comuns. Visto que existem crimes com uma pena muito mais gravosa do que a estabelecida no art. 492 do CPP (BRASIL, 1941, *on-line*) com a redação nova, como é o caso do latrocínio, cuja pena mínima perfaz o montante de 20 anos de reclusão (art. 157, §3º, II, do CP (BRASIL, 1940, *on-line*)), em que o indivíduo não será posto desde logo a executar sua pena caso não estejam presentes o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*.

Destaca-se ainda, a PEC 199/2019, que propõe o adiantamento da coisa julgada ao acabar com a possibilidade de REsp e RE para STJ ou STF, modificando a natureza destes recursos para ação revisional, o que possibilitaria a execução da pena logo em segunda instância. Incongruente e inconstitucional, a PEC 199 ao extinguir a possibilidade de impetração destes recursos às instâncias hierarquicamente superiores, ofenderia o direito ao duplo grau de jurisdição e de reanálise do mérito, como também dificultaria ou até mesmo extinguiria o controle difuso por parte do STF, quando teria que analisar o caso concreto em sede de ação revisional.

Dessa forma, concluímos que o trânsito em julgado não é um problema, mas um direito constitucionalmente garantido e respaldado por cláusula pétrea, e sua violação ou interpretação equivocada do que é literal e isento de qualquer sombra de dúvidas, acarretaria injustiça e insegurança jurídica, fazendo com que a Constituição deixe de ser Lei Maior, autônoma e plena, e passe a ser um texto qualquer.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jan. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução Às Normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ.

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. **Institui A Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 716. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 out. 2003a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499#:~:text=Considerando%20o%20enunciado%20da%20S%C3%BAmula%20716%2FSTF%2C%20segundo%20o%20qual,no%20rol%20dos%20crimes%20hediondos>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 717. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 out. 2003b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3637#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%2C%20sem,se%20encontre%20em%20pris%C3%A3o%20especial%20>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

COUTO, Cleber. Presunção de inocência, garantismo integral e a execução provisória da pena. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5955, 21 out. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65339>. Acesso em: 18 mar. 2021.

FERREIRA, Shamara. É possível alterar as cláusulas pétreas? **Jusbrasil**, Goiânia/GO, 22 jan. 2019. Disponível em: <https://ieadireito.jusbrasil.com.br/artigos/665456818/e-possivel-alterar-as-clausulas-petreas>. Acesso em: 18 mar. 2021.

HABIB, Gabriel. **PACOTE ANTICRIME LEI Nº 13.964/2019: TEMAS PENAIIS E PROCESSUAIS PENAIIS (2020)**. Salvador: Juspodivm, 2020.

LEAL, Saul Tourinho. **PEC 199: a antecipação do trânsito em julgado**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/conversa-constitucional/330825/pec-199--a-antecipacao-do-transito-em-julgado>. Acesso em: 18 mar. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIGALHAS, Redação do. **STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi 6 a 5**: por maioria apertada, ministros finalizaram polêmico julgamento sobre execução antecipada da pena. 2019. Voto do Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2-instancia-placar-foi-6-a-5>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

PASSOS, Thaís Bandeira Oliveira; PESSANHA, Vanessa Vieira. **NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS? A TEORIA DE OTTO BACHOF. XVII Encontro Preparatório Para O Congresso Nacional do Conpedi**, Salvador/BA, p. 3758-3778, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/thais_bandeira_oliveira_passos.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal**: composição e indicação de seus ministros. São Paulo: Método, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Pc Editorial Ltda, 2013.

ZOUEIN, Luís Henrique Linhares. **Em que consistem e quais são as “gerações” de direitos fundamentais?** Disponível em:
<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/09/em-que-consistem-e-quais-sao-geracoes-de-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 18 mar. 2021.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR DANOS DECORRENTES DE CIRURGIAS PLÁSTICAS

JAKELINE DE JESUS SANTOS SERRA: Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito pelo Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão – IESMA / UNISULMA.

FERNANDA ARRUDA LEDA LEITE ZENKNER³⁸

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo deste artigo científico tem como objetivo demonstrar de que forma o profissional da área da saúde, o médico cirurgião plástico, deve ser responsabilizado judicialmente por atos praticados no exercício da atividade profissional, quando assim provocar graves danos físicos de caráter estético ao paciente em decorrência do erro cirúrgico. A pesquisa analisou como a jurisprudência pátria julga a responsabilidade civil do médico cirurgião por danos estéticos seja na cirurgia reparadora, estética ou mista, bem como estabelecer as consequências jurídicas decorrentes de falhas no procedimento cirúrgico, demonstrando a aplicação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor diante da relação de prestação de serviço. A metodologia utilizada foi a pesquisa exploratória, com ênfase na pesquisa bibliográfica e documental relacionadas ao tema. Como resultado, foi possível observar que a culpa em sentido estrito deve ser comprovada, e tem-se como regra que as cirurgias em geral são de meio e as estéticas são de resultados, por sua vez a cirurgia mista é a junção dos dois procedimentos supracitados, havendo dificuldade de descrever o momento exato de início e fim de ambas, o que interfere para fins de responsabilização. Os Tribunais em seus julgados recentes entendem que a responsabilidade desse profissional é subjetiva, sendo aplicado o Código do Consumidor, vez que há uma relação contratual. O médico cirurgião plástico quando estiver diante das excludentes de responsabilidade fica este isento de qualquer responsabilidade.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Erro. Cirurgia Plástica.

ABSTRACT: The present study of this scientific article aims to demonstrate how the health professional, the plastic surgeon, should be held legally responsible for acts practiced in the exercise of professional activity, when this causes serious physical damage of an aesthetic nature to the patient due to surgical error. The research analyzed how the Brazilian jurisprudence judges the surgeon civil liability for aesthetic

³⁸ Professora orientadora. Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. E-mail: fernandaarrudaledal@gmail.com.

damages, whether in reparative, aesthetic or mixed surgery, as well as establishing the legal consequences resulting from failures in the surgical procedure, demonstrating the application of the Civil Code and the Defense Code of the Consumer in view of the service provision relationship. The methodology used was exploratory research, with an emphasis on bibliographic and documentary research related to the theme. As a result, it was possible to observe that guilt in the strict sense must be proven, and it is a rule that surgeries in general are medium and aesthetic results, in turn, mixed surgery is the junction of the two procedures mentioned above, having difficulty in describing the exact moment of beginning and end of both, which interferes for the purposes of accountability. The Courts in their recent judgments understand that the responsibility of this professional is subjective, and the Consumer Code is applied, since there is a contractual relationship. When the plastic surgeon is faced with the exclusion of liability, he is exempt from any liability.

Keywords: Civil Liability. Mistake. Plastic surgery.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a responsabilidade civil do médico por danos decorrentes de cirurgias plásticas e demonstra quais as consequências jurídicas em caso de erro médico em tais procedimentos sempre que houver culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do profissional de saúde. Nesse sentido, direcionou-se o estudo para as intervenções cirúrgicas com fins estéticos.

Atualmente, o Brasil se encontra entre os países que mais realizam intervenções cirúrgicas na área da estética. O público que até então era em sua maioria formado por mulheres em idade adulta vem se diversificando, sendo cada vez mais frequentes as cirurgias realizadas em mulheres, adolescentes, de ambos os sexos, e adultos do sexo masculino, os quais buscam melhorar a aparência seguindo os padrões exigidos pela sociedade, no entanto, estes devem ser observados com cuidado, pois a beleza é algo relativo, não devendo assim ser o fator principal para o desenvolvimento do ser humano, seja no seu aspecto intelectual, moral, ou mesmo para as práticas profissionais. Vivencia-se situações de constantes mudanças na sociedade, o que pode ser encarada como forma de melhoria aos cidadãos, sobretudo a mulher, inserida em um mercado competitivo e ainda discriminatório, impositor de pressões estéticas e estereótipos ligados ao gênero feminino. Diante disso, é notável que a beleza é vista como um dos elementos determinantes para se alcançar destaque, crescimento e a tão esperada oportunidade no mercado de trabalho. Todavia, é possível verificar que esse padrão de beleza acaba sendo implantado de forma natural no inconsciente feminino e essa busca em modificar o seu estado físico para que sua forma corporal seja mais observada e aceita que sua própria habilidade intelectual impõe a necessidade de transformação de sua imagem.

Ademais, tais exigências de beleza são fatores que geram discriminação fazendo com que as mulheres se enfraqueçam e percam parte do seu tempo produtivo ou de descanso necessário. Assim, a beleza é imposta de forma a delimitar até onde elas possam chegar, pois o preconceito ainda é grande e visível no contexto atual.

O Estado vem atuando na saúde do cidadão através de políticas públicas que são oferecidas para melhor atender aqueles que necessitam de amparo. No entanto, por vezes essas prestações de serviços de saúde são ineficazes, seja por parte poder público ou em ambiente privado, da administração hospitalar, ou do profissional da saúde, que por sua vez pode faltar com a atenção ou técnica devida durante um tratamento no qual se espera algum resultado. Deve ser colocado em foco o melhor interesse do paciente, pois esse geralmente se trata de parte hipossuficiente nessa relação, estando ainda em situação de vulnerabilidade, o que o deixa mais vulnerável a sofrer, seja no aspecto físico, moral e até mesmo material.

O tema abordado tem relevância jurídica e social, vez que dentre outros aspectos, analisa fatos e presentes em uma sociedade que vive em constante evolução. Demais disso, a pesquisa relaciona-se com a dignidade da pessoa humana, tendo a saúde e a vida como bem maior, que deve ser respeitado e preservado.

Com a busca crescente pelo padrão ideal de beleza, a procura por intervenções têm aumentado de forma vertiginosa, o que impõe o aperfeiçoamento de formas e técnicas voltadas para o controle, regulação e proteção do paciente/cliente que por vezes, ludibriado pelo padrão irreal de beleza imposto na sociedade, espera alcançá-lo através do resultado cirúrgico, sem levar em consideração as consequências de eventuais falhas advindas deste tipo de procedimento.

Diante de tais constatações, levantamos os seguintes questionamentos: Quais seriam os requisitos e limites da responsabilização do médico cirurgião plástico por danos decorrentes da cirurgia na jurisprudência brasileira? Em qual momento se inicia a responsabilidade civil do cirurgião plástico? Quais os parâmetros utilizados pelos tribunais pátrios para responsabilização nesses casos?

O objetivo é demonstrar de que forma o profissional da área da saúde, mais especificamente o médico cirurgião plástico, poderá ser responsabilizado judicialmente por atos praticados no exercício da atividade profissional, quando assim provocar graves danos físicos de cunho estético e conseqüentemente psicológico ao paciente.

A metodologia utilizada foi a da pesquisa exploratória, por meio de revisão bibliográfica e análise documental. Esta, por sua vez, indicou os recursos cabíveis, assim como esclareceu dúvidas e aplicou rigores técnicos as diferentes práticas científicas.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

A origem da palavra “responsabilidade” vem do termo latim *respondere*, que significa responder, prometer em troca. No meio jurídico esse mesmo termo significa *reparação, obrigação, ou seja, em razão de uma ação ou omissão culposa ou dolosa o causador do dano terá que assumir as consequências jurídicas causadas por seus atos* (BOZZI, 2017).

Conceitua-se Responsabilidade Civil como um fato danoso praticado por alguém que, infringindo norma jurídica pré-estabelecida no ordenamento jurídico, deverá reparar os danos causados a outrem.

A Responsabilidade Civil tem embasamento na Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 5º, inc. V e X:

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:

[...]

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 (BRASIL, 1988).

A Carta Magna assegurou o direito de reparação e indenização por danos decorrentes de lesão sofrida, demonstrando explicitamente a responsabilidade civil daquele que causar prejuízos, seja material, moral ou de qualquer espécie. Na doutrina, o conceito de responsabilidade civil é abrangente e mencionado por diversos autores, dentre estes Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2018, p. 59), os quais afirmam que: “A responsabilidade civil deriva da agressão ao interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas”.

Como se observa na definição utilizada pelos autores, a imputação da responsabilidade civil ao agente seria uma forma de ressarcimento a vítima em relação ao dano causado pelo profissional que gerou o fato, permitindo que haja a reparação.

Por sua vez, segundo a definição de Flávio Tartuce acerca da responsabilidade civil entende-se que, “A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou pode deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida” (TARTUCE, 2018, p. 515).

Portanto, como ressalta Tartuce (2018), a responsabilidade civil deriva de um ato ilícito cometido pelo agente sobre norma pré-estabelecida, ou seja, pela infração ou pelo descumprimento de uma lei em vigência. Quando o autor fala de ato ilícito vale destacar que é na seara civil, onde o ressarcimento será uma forma de diminuir ou amenizar o dano.

A saúde é um dos bens mais valiosos que o ser humano dispõe e sua importância geralmente só é reconhecida e valorada quando a perdemos, seja de maneira parcial ou integral. Nesse contexto, o Código Civil prevê a responsabilização civil aos agentes que por ação ou omissão causarem danos a saúde de outrem e abre o debate em torno da temática de responsabilizar os profissionais da área da saúde, especificamente os médicos cirurgiões plásticos, em casos de erros cometidos durante procedimentos cirúrgicos.

O Estado, de forma geral, vem regulamentando e buscando garantir os direitos fundamentais dos indivíduos inseridos nesta sociedade. Seguindo essa linha, a atuação estatal, sobretudo legislativa, faz-se necessária para que a proteção à saúde e a vida sejam de fato garantidas a toda população.

2.1 A Responsabilidade Civil no Código Civil

Preceitua o art. 186 do Código Civil de 2002 acerca da responsabilidade civil, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Por conseguinte, os danos causados, seja de forma culposa ou dolosa, são passíveis de responsabilização e reparação sendo que, a ação será o agir do agente diante de uma circunstância. A omissão, por sua vez, é a inércia do agente ao não cumprir medidas que deveriam ser observadas diante de determinada situação, causando assim prejuízo à vítima.

O art. 927 do Código Civil demonstra a devida obrigatoriedade da reparação civil nos termos da lei:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Assim também entenderam os Tribunais Superiores, dentre estes o Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula nº 387, “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Diante de uma conduta ilícita o agente terá a obrigação de reparar o dano, independente de culpa, quando essa apresentar risco ao direito de terceiros. Neste contexto, verifica-se a expressão “atividade” na qual se entende como “profissão”. Partindo dessa premissa, profissionais, nas mais diversas áreas de atuação, podem ser responsabilizados por práticas que gerem danos a outrem.

Dentre as diversas atividades, a exercida pelos profissionais da saúde, em especial pelo médico, está exposta a riscos diários, não somente para si próprios, mas também para seus pacientes.

O princípio que norteia a responsabilidade civil é o da boa-fé, pois nele encontramos o parâmetro de probidade, no qual se espera que as partes hajam com honestidade, independente do contrato firmado entre estas. O art. 113 do Código Civil menciona a boa-fé como elemento essencial do negócio jurídico, de tal modo que a falta desse pressuposto causaria instabilidade na celebração do contrato. Art. 113. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (BRASIL, 2002).

A cirurgia plástica advém de um contrato jurídico onde o paciente, com intuito de melhorar a sua aparência física, se subordina a um procedimento de incisão.

3 A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO CIRURGIÃO PLÁSTICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No decorrer dos anos tem-se observado muitos erros cometidos durante procedimentos cirúrgicos e dentre estes em especial destaca-se um tipo de procedimento que vem sendo cada vez mais procurado em nosso país: a cirúrgica plástica.

No Brasil, a cirurgia plástica, seja ela reparadora ou simplesmente com finalidade estética, reflete uma tendência mundial que em nosso país se torna ainda mais latente: a da busca pela aparência “perfeita”, seja ela corporal ou facial, sendo que esta é imposta por uma sociedade que exige padrões de beleza inalcançáveis. Segundo pesquisa Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (ISAPS, 2019) apud

Coltro (2020), o Brasil se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo, figurando a inserção de prótese de silicone com uma das modalidades mais procuradas, dado que demonstra o significativo impacto dessas intervenções nos indicadores sociais e econômicos do país.

Nesse sentido, Naomi Wolf (2018) em seu livro “O Mito da Beleza” em que:

Ao atribuir valor às mulheres numa hierarquia vertical, de acordo com um padrão físico imposto culturalmente, ele expressa relações de poder segundo as quais as mulheres precisam competir de forma antinatural por recursos dos quais os homens se apropriaram. A “beleza” não é universal, nem imutável, embora o mundo ocidental finja que todos os ideais de beleza feminina se originam de uma Mulher Ideal Platônica (WOLF, 2018, p. 25).

Portanto, este padrão de beleza foi criado por uma cultura na qual a beleza é imposta de forma que haja competição de poder entre as mulheres, sendo que, essa imposição não é atribuída pelas mesmas e sim pela cultura machista indiferente. Vale ressaltar que, a beleza não pode ser vista como algo universal, muito menos imutável, pois varia de cultura para cultura, demonstrando assim que essa mulher platônica só existirá no imaginário.

A maioria da população mundial atravessa uma crise psicológica e de identidade acarretada por diversos fatores, e a saúde psíquica abalada pode fazer com que esse paciente tenha uma percepção distorcida de si mesmo e da realidade, diante dessa insatisfação, procura curar seus anseios e medos realizando mudanças em seu próprio corpo, através das intervenções cirúrgicas, estas que ao final podem deixar esse paciente ainda insatisfeito, pois seu problema não está na forma física e sim no seu psicológico.

Muitas das vezes o paciente é submetido a vários exames físicos e clínicos com o objetivo de se chegar a um diagnóstico favorável para esse procedimento invasivo, mas na maioria das vezes o fator psicológico não é tido como algo primordial, levando-se em conta simplesmente a vontade do paciente naquele momento contratual, em que as vontades das partes estão afloradas, contudo, deve-se atentar também para a saúde psíquica desse cliente para que não haja ocorrências ou surpresas desagradáveis que resultem em danos para ambas as partes.

Portanto, se houver por parte do paciente uma realidade distorcida de si mesmo pode ocorrer a “insatisfação” pós-cirúrgica, mesmo que o resultado esteja bom e dentro do esperado. O paciente pode imputar essa responsabilidade ao médico, exigindo assim cobranças por danos materiais, morais e estéticos, dependendo da extensão dos danos ocorridos segundo a insatisfação dele, mas diante de tal situação

o profissional deve comprovar que o problema não existe diante do caso concreto e que a insatisfação é dada por circunstâncias advindas de fatores psicológicos que acomodam o paciente. Situações estas que podem passar despercebidas pelo profissional ou mesmo silenciadas, que deveriam ser analisadas anteriormente no momento inicial do contrato, evitando assim demandas judiciais.

A responsabilidade civil do médico, em especial do cirurgião plástico, inicia-se no momento da celebração do contrato que se realizará na consulta com seu paciente/cliente. Esse contrato firmado entre as partes deve ser analisado com cuidado seja na sua fase pré-operatória: em que acontece no momento da triagem e no início da primeira consulta no consultório, passando pelos pedidos de exames clínicos e físicos e, por fim, na aplicação do questionário ao cliente (paciente); devendo também analisar atentamente a fase operatória: que por sua vez, é o momento em que ocorre o fato danoso no qual tem relevância jurídica, pois daí advém a responsabilização do profissional de acordo com a gravidade gerada durante o procedimento estético, já na fase pós-operatória: é possível verificar a extensão do dano ocasionado durante o procedimento cirúrgico. Observando assim o nexo de causalidade do dano diante do erro cometido.

Eventuais erros advindos do procedimento cirúrgico estético são de responsabilidade exclusiva do cirurgião plástico, devendo ser demonstrada a culpa com seus elementos específicos. No entendimento de Iasmine Pereira de Souza "a cirurgia plástica consiste em um procedimento cujo fim é o aperfeiçoamento do corpo e a incorporação de melhorias funcionais e de autoestima" (SOUZA, 2017, n.p.).

A cirurgia plástica tem por finalidade o embelezamento estético, ou seja, melhorar a aparência do paciente, por isso esse procedimento é considerado de resultado. No entendimento de Jeane Grazieli Cruz Nunes, Nariel Diotto e Andreia Moser Keitel, a cirurgia plástica tem a seguinte finalidade:

A cirurgia plástica estética tem a finalidade de obter um resultado de melhora na aparência do paciente. A busca por esse procedimento decorre do desejo que o indivíduo possui de alcançar uma melhora na aparência física, ou de mudar algo que não o agrada. Isso significa que a cirurgia não está relacionada com um problema de saúde, mas sim, com um problema que afeta o psicológico, que causa frustração ou descontentamento (NUNES; DIOTTO; KEITEL, 2019, p. 114).

Portanto, como elucidado, a cirurgia plástica estética não está relacionada com nenhum fator ou problema de saúde, pois pode ser realizada pelo paciente que esteja gozando plenamente de sua saúde física, mas pode estar com sua saúde psicológica distorcida. Diante de tal situação é necessário que haja um cuidado e uma observância

maior por parte do profissional em relação a cada paciente que deseja realizar esse tipo de procedimento.

Considerando essas informações, é mister esclarecer que a cirurgia plástica pode ser de meio ou de resultado, sendo que a primeira não terá um resultado embelezador e sim reparador, aplicando assim a responsabilidade civil objetiva diante de um erro por parte do profissional da saúde, essa cirurgia irá amenizar as estruturas físicas ou que tenham anomalias, que se originou de uma infecção ou de defeitos congênitos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Para a cirurgia de resultado, se aplica a responsabilidade civil subjetiva e o ônus da prova, pois aquela será realizada diante de um contrato que tem como finalidade o aperfeiçoamento do que foi acordado anteriormente entre as partes, não podendo ter um resultado diferente do pretendido.

É importante destacar que segundo o art. 1º da Resolução CFM nº 1931/09 (Código de Ética Médica), é vedado ao médico “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”.

Esse entendimento reforça a ideia de responsabilização profissional diante do dano causado ao paciente em razão de uma conduta culposa ou dolosa, sendo que, a culpa pode ocorrer por negligência, imprudência ou imperícia.

O paciente que sofreu o dano pode pedir indenização por dano estético e moral, desde que comprovada a culpa por parte do profissional de saúde.

Na sequência, é preciso esclarecer que a responsabilidade civil tem seus limites que devem ser verificados. Portanto, quando houver atos realizados em ambiente hospitalar público ou posto de saúde, haverá a responsabilidade solidária e objetiva do hospital acerca da conduta do médico (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017).

Assim reforça Cristiano Chaves de Farias em sua obra ao discorrer da necessidade de comprovação do erro do cirurgião no momento da sua conduta, seja ela omissa ou comissiva: “A responsabilidade civil dos hospitais por ações ou omissões dos médicos será solidária e objetiva. É preciso, no entanto, que para essa responsabilidade se imponha, que a conduta do médico esteja configurada” (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 815).

Destarte, não deve haver dúvidas quanto a conduta do médico, sendo esta imprescindível para que haja a responsabilização desse profissional.

3.1 Procedimentos de natureza mista

Segundo Farias, Rosenvald e Braga Netto (2017), os procedimentos de natureza mista são aqueles em que o médico cirurgião plástico efetuará a cirurgia utilizando-se de duas técnicas, tanto reparadora quanto estética, sendo a primeira de meio e a segunda de resultado, o que implicará e dificultará a comprovação da responsabilidade da cirurgia de meio ou de resultado. Dessa forma considera-se que:

É difícil (impossível em certos casos) separar “partes” da cirurgia, pra dizer que até determinado ponto foi reparadora, a partir de outro ponto foi estética. As funções dialogam entre si, são indissociáveis em certa medida. Não se pode esquecer que toda cirurgia reparadora tem, inegavelmente, um componente estético, e o cirurgião (responsável) leva em consideração esse fator (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 818).

A ausência de certas informações relativas ao procedimento cirúrgico por parte do profissional de fato dificulta mensurar em que momento se inicia ou termina as cirurgias de meio e de resultado no mesmo procedimento (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017).

Evidentemente, diante de uma cirurgia mista, que por sua natureza é complexa, fica o profissional impossibilitado de descrever e identificar o momento de início e término entre tais procedimentos, fazendo com que a responsabilização também fique prejudicada. Diante dessa indefinição circunstancial, o julgador deve analisar cuidadosamente tais dificuldades para responsabilizar quanto ao dano ocorrido.

Demais disso, é necessário atentar para hipótese de excludente de responsabilidades possivelmente incidentes no caso concreto. Segundo Laura Bitencourt (2018), a excludente de responsabilidade ocorre quando existe um dano, porém quem o praticou será isento de responsabilidade. Mesmo sendo os danos lesivos, não haverá responsabilidade penal e civil. Os excludentes estados de necessidade, exercício regular de um direito, caso fortuito ou força maior e a culpa exclusiva da vítima isentam o profissional da saúde de responsabilidade em indenizar o paciente/cliente.

3.2 O Código do Consumidor diante da relação de prestação de serviço

Os médicos, por serem profissionais liberais que exercem com autonomia sua profissão, sem se subordinar a outrem, compõem a relação de consumo estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017).

O Código de Defesa do Consumidor enaltece a importância da responsabilidade diante do contrato existente entre as partes, como se observa no parágrafo 4º, do artigo 14, do CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (BRASIL, 1990).

Pelo exposto, ficou implícito pelo legislador que a relação entre o médico (fornecedor de serviços) e paciente (consumidor) é passível de aplicação das normas consumeristas. A falha na prestação de serviço, mesmo na modalidade culposa, ou seja, sem a intenção de causar dano aparente, não exime a responsabilidade do profissional pelo ato danoso praticado por este.

Por sua vez, o parágrafo 3º, artigo 14, do CDC, foi omissivo e não explicitou as excludentes de responsabilidade do fornecedor de serviço, que podem ser invocadas, sendo estas o caso fortuito e a força maior.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

O fornecedor de serviço, ao conseguir provar que o dano sofrido foi por motivo de força maior ou caso fortuito, será isento de responsabilidade diante do acontecimento ou procedimento errôneo.

A relação médico-paciente prevê a aplicação da regra da inversão do ônus da prova quando houver comprovação da hipossuficiência técnica do paciente, ou seja, quando este não possui conhecimentos técnicos específicos da medicina e de seus procedimentos, restando ao profissional cirurgião a incumbência de comprovar que o

resultado aplicado ao procedimento cirúrgico foi realizado com o devido zelo e cuidado e dentro dos parâmetros de segurança, sendo o resultado obtido de acordo com o esperado (GUIDI, 2017).

A informação é essencial na relação consumerista entre médico e paciente. Assim, é de suma importância que o médico venha informar ao paciente quais técnicas serão empregadas no procedimento e quais os riscos decorrentes da cirurgia (GUIDI, 2017).

Ademais, esclarece Clarissa Rocha Guidi (2017, n.p.), “Esta norma aplica-se aos médicos e profissionais afins. Assim, o médico deverá informar ao paciente sobre a sua enfermidade, as técnicas a serem empregadas, os riscos do tratamento e a possibilidade de cura”.

O art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) demonstra a importância e a necessidade de a informação ser prestada com a devida clareza ao consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (BRASIL, 1990).

Logo, é responsabilidade do cirurgião plástico manter seu paciente informado, e essas informações devem ser disponibilizadas de forma clara e precisa, evitando o uso de linguagem científica ou técnica, o que pode gerar dificuldades na compreensão pelo paciente.

O Código de Ética Médica (2018) em seu art. 34 menciona que entre os deveres do médico estão o de manter informado seu paciente sobre o seu diagnóstico e tratamento, tendo como exceção a informação que venha provocar algum dano ao cliente, conforme disposto a seguir:

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal (CFM, 2018).

Evidentemente, o artigo 34 proíbe que o profissional da saúde, especificamente o médico, de silenciar e deixar de informar ao paciente sobre o seu verdadeiro estado de saúde, informando-lhe acerca dos riscos e quais os objetivos a serem alcançados dentro do procedimento realizado e, caso essa comunicação seja prejudicial para o paciente que se encontra em situação de fragilidade física e emocional, o profissional tem a obrigação de comunicar para algum representante legal ou familiar do paciente/cliente.

Decerto, o médico, independente do tratamento que o paciente venha a se submeter, deve sempre agir com boa-fé e dentro dos padrões aceitos, agindo com responsabilidade e ética, tendo como foco o bem-estar do paciente.

Diante desse cuidado específico, é visível que um fator de extrema importância nessa relação é a boa-fé objetiva. A falta de comunicação por parte do médico em si já representa um fator gerador de responsabilidade, dependendo do grau do dano que venha gerar ao paciente, seja ele material, moral ou estético.

4 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA NA RESPONSABILIZAÇÃO DO MÉDICO POR DANOS DECORRENTES DE CIRURGIAS PLÁSTICAS

O Ordenamento Jurídico ao longo do tempo vem aperfeiçoando as disposições acerca da responsabilidade civil em decorrência dos casos de erros médicos ocorridos em cirurgias, sejam reparadoras, plásticas ou mistas.

Os tribunais estaduais vêm firmando entendimento no sentido de ser devida a indenização em caso de danos ocasionados em cirurgias plásticas, desde que devidamente comprovados nos autos:

EMENTA: APELAÇÃO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA ESTÉTICA RESPONSABILIDADE. NATUREZA SUBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. REQUISITOS ATENDIDOS. INDENIZAÇÃO QUE SE IMPÕE. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. NATUREZA OBJETIVA. SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS SEM DEFEITO. MÉDICO SEM QUALQUER VINCULAÇÃO COM A INSTITUIÇÃO. DANO DECORRENTE DE MANEIRA EXCLUSIVA DA CONDUTA MÉDICA. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. INDENIZAÇÃO MORAL E ESTÉTICA. FIXAÇÃO DO VALOR DAS INDENIZAÇÕES. PARTICULARIDADE DO CASO EM CONCRETO. A obrigação médica é regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor, configurando-se como obrigação de meio e de natureza subjetiva. Assim, para seu surgimento, deve restar comprovada a satisfação de todos os requisitos inerentes, quais sejam, ato ilícito, culpa, dano e nexos de causalidade. Todavia, na

hipótese de cirurgias estéticas, a obrigação é de resultado, constituindo exceção a regra geral, sendo, de qualquer forma, necessária a observância dos requisitos precitados. Se o dano deflui, exclusivamente, dos atos praticados pelo médico, o qual não possui qualquer vínculo com o hospital, pois não se trata de seu preposto ou funcionário, não se pode responsabilizar a instituição pela reparação dos danos pretendidos pelo consumidor, pois o serviço que prestara não apresentou defeitos, inexistindo, assim, nexo causal entre o dano alegado e sua conduta. Em cirurgia estética de mamas o médico se obriga pelo resultado, que, se não alcançado, imputa-lhe o dever de reparar o dano causado, exceto se incidente na espécie alguma excludente de responsabilidade ou ausente um dos requisitos para que emergja o dever de indenizar. A fixação do quantum a ser solvido a título de indenização moral e estética deve ser feita com lastro nas circunstâncias do caso em concreto e em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (grifo nosso) (STJ-MG - AC: 10512160024232001 Pirapora, Relator: Amauri Pinto Ferreira, Data de Julgamento: 04/03/2021, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/03/2021).

No caso citado, a autora obteve um resultado diferente do esperado na cirurgia plástica mamária realizada. A parte ré não impugnou, o que gerou um fato incontroverso. O procedimento estético na relação consumerista deve ter sua obrigação de resultado.

Verifica-se que o resultado pretendido não foi alcançado, o que causou diversos danos a autora na relação contratual, o que incide na culpa em sentido estrito para o cirurgião. Ressalta-se que o hospital foi isento de culpa no caso em tela, vez que não há que se falar de participação em relação aos procedimentos adotados pelo médico.

Destarte, reforça-se o entendimento que a responsabilidade de resultado será advinda de ausências de resultado pactuado na contratação da cirurgia plástica embelezadora. Desta forma, também entendem os nobres julgadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. ABDOMINOPLASTIA. ABAULAMENTO EPIGÁSTRICO. DRENAGEM. RESPONSABILIDADE DE RESULTADO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. 1. Em se tratando de cirurgia plástica estética, com finalidade meramente embelezadora, o cirurgião possui responsabilidade de resultado (Precedentes STJ). 2. Deve

ser reconhecida a responsabilidade do médico responsável pela realização de abdominoplastia quando referido procedimento resulta em abaulamento epigástrico, com a necessária realização de novo procedimento cirúrgico para drenagem, o que configura dano extrapatrimonial. 3. Foi mantido o valor da indenização por danos morais fixado na r. sentença, R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). 4. Negou-se provimento ao apelo (grifo nosso) (TJ-DF 07145426220188070007 – Segredo de Justiça 0714542-62.2018.8.07.0007, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 01/10/2020, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 19/10/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

No julgado supramencionado, ocorreu uma cirurgia de abdominoplastia com fins estéticos, na qual se obteve resultado contrário ao firmado entre as partes, gerando para a autora um dano no sistema epigástrico, o que a levou a passar por um novo procedimento cirúrgico para a correção do erro ocasionado pelo cirurgião plástico, sendo este dano de cunho extrapatrimonial, causando um dano ainda maior para a paciente em comento. A autora obteve êxito na sua demanda, vez que os fatos foram devidamente comprovados e aceitos pelos julgadores.

Seguindo essa linha de pensamento, a jurisprudência do STJ reforçou tal entendimento:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SÚMULA 83/STJ. POSSIBILIDADE DE O PROFISSIONAL DE SAÚDE ELIDIR SUA CULPA MEDIANTE PROVA. PERÍCIA QUE COMPROVA O NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. ANÁLISE OBSTADA PELA SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido. 2. A reforma do aresto no tocante à comprovação do nexo de causalidade entre a conduta médica e os danos experimentados pela recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do complexo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. 3. A revisão da indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o

valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula n. 7/STJ a impedir o conhecimento do recurso. 4. No caso vertente, verifica-se que o Tribunal de origem arbitra o quantum indenizatório em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pelos danos morais que a recorrida experimentou em decorrência do erro médico produzido pelo recorrente, que além de ter contrariado as expectativas da paciente com os resultados alcançados na cirurgia íntima de natureza estética a que foi submetida, gerou-lhe prejuízos em sua saúde. 5. Agravo regimental não provido (STJ – AgRg nos EDcl no AREsp: 328.110 RS 2013/0110013-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/09/2013, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2013).

Portanto, este julgado fortalece o entendimento que a responsabilidade é subjetiva quando se falar de erros advindos de cirurgias plásticas, o compromisso assumido pelas partes tem como o fim um resultado benéfico e dentro do esperado.

Fica também explícito segundo a Súmula 7 do STJ que a revisão por danos morais só é possível em recurso especial para os valores ínfimos ou exorbitantes que foram dados por juiz a quo. Portanto esse recurso só será provido desde que os valores sejam contrários aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade

Nesse julgado a parte ré não teve seu pedido deferido, pois os danos provocados por este foram comprovados e aceitos dentro do que se esperava.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou de que forma ocorre a responsabilização do profissional cirurgião plástico diante de erros ocasionados em procedimentos embelezadores invasivos. Demonstrou-se como a Constituição, o Código Civil e o Código do Consumidor responsabilizam os atos praticados pelo cirurgião plástico. Verifica-se, também, que as cirurgias plásticas são de resultado, já cirurgias comuns e reparadoras são de meio, ou seja, não precisa se chegar a um resultado esperado, mas sim assegurar ao paciente que todas as técnicas e habilidades empregadas ao procedimento estão coerentes com o desejado segundo o grau de necessidade de cada paciente.

Por outro lado, as cirurgias mistas são a junção de duas cirurgias, sendo que uma é para reparação de uma lesão, seja ela acidental, congênita ou de outra espécie, sendo esta de meio, já a cirurgia com fins estéticos embelezadores, tem o intuito de

melhorar ou modificar a aparência desejada, segundo o convencionado entre as partes, esta por sua vez garante um resultado.

A análise jurisprudencial evidenciou que é necessário observar todas as necessidades do paciente antes de um procedimento invasivo com finalidade estética, principalmente o momento psicológico em que este se encontra, para evitar maiores transtornos e demandas judiciais.

Ainda existem inúmeras dificuldades para se comprovar a responsabilidade do agente gerador do fato danoso; por mais que o magistrado conheça a legislação, este não é detentor do conhecimento técnico-científico clínico, o que dificulta o seu julgamento para fins de responsabilização; o médico, por ser detentor do conhecimento científico, possui várias formas de “retirar” essa culpa pessoal, podendo ainda revertê-la em desfavor do paciente; aquele, por sua vez, por ter acesso imediato aos prontuários, bem como toda sua equipe de enfermagem, tem instrumentos suficientes para se beneficiar diante do caso concreto.

Uma das formas do cirurgião plástico se eximir da responsabilidade subjetiva é quando este estiver diante de umas das excludentes de ilicitude. Portanto, diante de todos esses apontamentos, a culpa no sentido estrito pode gerar responsabilidade ao profissional, tendo este que ressarcir o paciente conforme sentença estipulada.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Laura. **Responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas**. 2018. 38 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – UniEvangélica, Anápolis, 2018. Disponível em <[http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/782/1/ Monografia - Laura Bitencourt.pdf](http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/782/1/Monografia-Laura%20Bitencourt.pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2020.

BOZZI, Paula da Cunha. **Aspectos gerais da responsabilidade civil**. Revista Jus.com.br versão online, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58301/aspectos-gerais-da-responsabilidade-civil>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, out 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 29 mai. 2020.

CFM. **Resolução CFM Nº 1931/2009.** Código de Ética Médica. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&%20Itemid=122#:~:text=Documento%20aprovado%20pelo%20plen%C3%A1rio%20do,fun%C3%A7%C3%A3o%20ou%20cargo%20que%20ocupem. Acesso em: 1 jun. 2020

CFM. **Resolução CFM nº 2217/2018.** Código de Ética Médica. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2020.

COLTRO, Pedro. O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo. **Revista Revide**, edição 1000. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgioplastica.org.br/blog/2020/02/13/lider-mundial/>. Acesso em: 21 abr. 2021.

FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe P. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** 4. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3: responsabilidade civil. – 16 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUIDI, Clarissa Rocha. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil do médico em cirurgias plásticas estéticas. **Revista Âmbito Jurídico nº 159** – Ano XX – Fevereiro 2017 versão online. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-159/a-aplicacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-na-responsabilidade-civil-do-medico-em-cirurgias-plasticas-esteticas/>. Acesso em: 21 mai. 2020.

NUNES, Jeane Grazieli Cruz; DIOTTO, Nariel; KEITEL, Andreia Moser. Responsabilidade civil do profissional de medicina no caso de danos em cirurgia plástica estética. **Revista GEDCON** – Gestão e Desenvolvimento em Contexto. Capa > v. 7, n. 3. 2019. Disponível em: <http://revistaeletronica.unicruz.edu.br/index.php/GEDECON/article/view/9472>. Acesso em: 28 abr. 2020.

SOUZA, Iasmine Pereira de. **A responsabilidade civil do cirurgião plástico.** Out. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61540/a-responsabilidade-civil-do-cirurgiao-plastico>. Acesso em: 14 abr. 2020.

STJ. **APELAÇÃO CÍVEL AC Nº 0024232-02.2016.8.13.0512 Pirapora.** 17ª Câmara Cível – Relator: Amauri Pinto Ferreira – Publicação: 4.03.2021. Disponível em: <https://tj->

mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1179338818/apelacao-civel-ac-10512160024232001-pirapora . Acesso em: 15 mar. 2021.

TJ-DF. **07145426220188070007** – Segredo de Justiça 0714542-62.2018.8.07.0007, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 01/10/2020, 4ª Turma Cível – Data de Publicação: Publicado no DJE: 19.10.2020. Pág.: Sem página cadastrada. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1104481960/7145426220188070007-segredo-de-justica-0714542-6220188070007> . Acesso em: 06 jan. 2021.

STJ – AgRg nos EDcl no **AREsp: 328.110 RS 2013/0110013-4**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/09/2013, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24202906/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-arep-328110-rs-2013-0110013-4-stj/inteiro-teor-24202907> . Acesso em: 20 mai. 2020.

STJ. **Súmula n. 387**. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 100.877-RJ(96.0009757-7). Relator: Ministro Barros Monteiro. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 16 abr. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único / Flávio Tartuce. – 8 ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

WOLF, Naomi. **O mito da beleza [recurso eletrônico]**: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres / tradução Waldéa Barcellos. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO DO TRABALHO

FÁBIO HENRIQUE DE OLIVEIRA DINIZ:

Discente do curso de Direito – IESB
Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO³⁹

EDSON CÁRDIA⁴⁰

(orientadores)

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo abordar e esclarecer de uma melhor forma, o que é o assédio sexual no ambiente de trabalho. O assédio sexual é uma ação de cunho sexual, de forma reiterada e indesejada pela vítima que fere algum dos princípios constitucionais básicos do ser humano (a liberdade sexual e a dignidade da pessoa humana), o qual vem se tornando cada vez mais recorrente, podendo gerar importantes consequências para o contrato de trabalho. Esse estudo tem como objetivo orientar o empregado, sob a proteção de seus direitos personalíssimo nas relações empregatícias, com o objetivo de enfim coibir e prevenir e informar o que é assédio sexual no ambiente do trabalho, e suas consequências psicológicas para quem a sofre, o presente artigo tem como objetivo defender também a conservação de um ambiente de trabalho saudável, tanto para o empregador e também para o empregado.

Palavras-chave: Assédio sexual no âmbito do trabalho. Suas consequências. Prevenção.

ABSTRACT: This scientific article aims to better address and clarify what sexual harassment is in the workplace. Sexual harassment is a sexual action, repeated and unwanted by the victim, which violates some of the basic constitutional principles of human beings: freedom (sexual free demand the dignity of the human person), which has become more and more recurrent and may have important consequences for the employment contract. This study aims to guide the employee, under the protection of their very personal rights in employment relationships, with the objective of finally restraining and preventing and informing what sexual harassment is in the workplace, and its psychological consequences for those who suffer it, the This article also aims to defend the preservation of a healthy work environment, both for the employer and also for the employee.

³⁹ Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail: andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br.

⁴⁰ Coordenador doutor do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail:

Keywords: Sexual harassment in the middle of the job. Your consequences. Prevention.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO PENAL. 2.1 OBJETO JURÍDICO (O QUE SE PROTEGE). 2.2 ELEMENTO DO CRIME. 2.3 TENTATIVA. 3 ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO DO TRABALHO. 3.1 REQUISITOS PARA EXISTÊNCIA DO ASSÉDIO. 3.2 EXEMPLOS DE ATOS CARACTERIZADORES. 3.4 CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO SEXUAL SOBRE A SAÚDE. 3.5 AS FORMAS. 4 ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 4.1 SANÇÕES. 4.2 TRABALHADORES CELESTISTA. 4.3 SANÇÕES. 5 COMO COIBIR OU PREVENIR O ASSÉDIO. 6. NÃO SE CONFIGURA ASSÉDIO SEXUAL. 7. DIREITOS DE QUEM SOFRE O ASSÉDIO. 7.1 SERVIDOR PÚBLICO. 7.2 CELETISTA. 8 PROBLEMA CAUSA PELO ASSÉDIO. 9 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Esse artigo científico tem como tema o assédio sexual nas relações trabalhistas, ele vem demonstrar a grande importância que esta conduta tem tomado na atualidade, e demonstrar suas aplicações no âmbito do direito, principalmente na área trabalhista.

Esse assunto começou a ter mais repercussão e ser discutido a partir do advento da lei nº 10224/2001, que acrescentou o artigo 216 - A ao Código Penal, na qual regulamenta o crime de assédio sexual.

Esse artigo científico irá trazer para os seus leitores uma maior compreensão sobre o tema abordado, o qual irá fazer uma exposição sobre o conceito o que é o assédio sexual no âmbito do trabalho e seus elementos caracterizadores, os sujeitos, as espécies de conduta, a possibilidade de tentativa, as formas probatórias e a competência, serão descritas as consequências da prática do assédio sexual, para a vítima as consequência psicológica, para o assediador, empregador, empregado, mostraremos formas preventiva para a diminuição da conduta em seu ambiente de trabalho.

As fontes de pesquisa que será embasada na apresentação deste trabalho científico dar-se-ão a partir de doutrinas, legislação, jurisprudência, livros, notícias, revista e artigo da internet e a relação de outros ramos do direito com o tema apresentado.

2 ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO PENAL

Primeiramente vamos entender o que é assédio sexual no âmbito penal. Este ato é crime previsto no artigo 216-A do Código Penal, o mesmo teve a sua introdução no Código Penal pela Lei nº 10.224 de 15 de maio de 2001, o qual sua redação consiste em:

216A do Código Penal, Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego cargo ou função” a pena é de Detenção de 1 a 2 anos e a pena pode ser aumentada até 1/3 um terço se a vítima for menor de 18 anos.

2.1 OBJETO JURÍDICO (O QUE SE PROTEGE)

Contudo a lei procurou proteger, em caso de assédio sexual, que se trata de um crime contra a liberdade sexual e a dignidade da pessoa humana, no qual se tutela (se protege), a liberdade sexual do assediado, e sua honra, e também a dignidade. Impedindo que o exercício de sua atividade se torna um constante embaraço ou suplício. Nesse sentido, “a leitura do dispositivo em apreço, entretanto, leva-nos a concluir sobre a existência, concomitante de outros bens jurídicos “delito pluri ofensivo: honra e direito a não ser discriminado no trabalho ou nas relações educacionais.” (DAMÁSIO DE JESUS, 2002, p.50).

2.2 ELEMENTO DO CRIME

Este crime ele se consubstancia-se no verbo constranger que significa forçar, mediante violência ou grave ameaça. Ao contrário do crime de estupro, este crime caracteriza-se com o constrangimento, o qual leva a vítima ao constrangimento e embaraço. Não é qualquer, brincadeira, palavra ofensiva, que caracteriza o assédio sexual. Segundo Cezar Roberto, configura-se tão somente “a imputação séria, grave, ofensiva, chantagiosa ou ameaçadora a alguém subordinado” (BITENCOURT, C. R.; ano, p. 32).

Trata de um crime o qual pode ser realizado verbalmente, por escrito ou por gesto. “A doutrina ela é unânime em não haver a possibilidade de violência ou grave ameaça para a execução do delito, uma vez que se for empregado tais meios para se obter vantagem ou favorecimento sexual pode configurar o crime de estupro” (JESUS, D. de, 2002, p. 51).

“Só que no caso de ocorrer o emprego de uma ameaça mais específica, ou seja, que diga respeito à perda de algum benefício relacionado ao trabalho, ou a promessa de cargo, ou seja, promoção dentro do trabalho, rescisão contratual, ameaça de ser mandada embora, a conduta deverá ser enquadrada em um dos crimes sexuais, nos quais o constrangimento se dá por meio da grave ameaça”. Assim enquadrando no caso de estupro artigo 213 do Código penal. (CAPEZ, F., 2012, p. 43).

“Artigo 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outros atos libidinoso: Pena – reclusão, de 6 A 10 anos”.

O legislador somente tipificou assédio decorrente, só em caso de relação ao ambiente de trabalho, a lei exige que o crime seja praticado por agente que se prevaleça de umas condições hierarquicamente superior à vítima, ou seja, ascendência da mesma função ou cargo. De acordo com o jurista Luiz Flávio Gomes “na superioridade hierárquica há uma escala de graus, a degraus da relação empregatícia (há uma carreira). Na ascendência não a degraus não a carreira, assa uma posição de domínio, de influência ou às vezes de temor”.

O crime de assédio sexual se configura, quando a gente se beneficia de uma função hierárquica, aproveitando-se dessa relação de superioridade hierárquica, para obter favores de natureza sexual. Não basta, apenas, que o assédio seja praticado no exercício do emprego, cargo ou função. Exige que o agente efetivamente se prevaleça dessa superioridade para constranger a vítima e ceder seus desejos sexuais.

2.3 TENTATIVA

Este crime tem como elemento subjetivo o dolo, pois consiste na vontade livre e consciente de constranger a vítima. A fim de exigir de se obter a vantagem ou favorecimento sexual. Assim neste crime só se aceita a tentativa, quando, o empregado o meio capaz de produzir o constrangimento, este não chegar ao conhecimento da vítima ou está não se sentir intimidada pelas manobras inoportunas. De outra forma não se aceita a tentativa, por que se trata de um crime formal, é prescindível que o agente efetivamente obtém a vantagem ou favorecimento sexual, assim sendo fato típico.

3 ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO DO TRABALHO

Segundo a advogada DR Shenian Mendes “Nas relações de trabalho o conceito de assédio sexual é um pouco mais amplo, isso porque ele não vai ser abster só a questão de hierarquia ou de poder dentro da relação de trabalho, isso quer dizer qualquer das partes pode cometer o assédio sexual, tanto o empregador contra o empregado, como também o empregado ao seu empregador e ainda empregado contra empregado. Então não se abstenham só essa questão hierarquia como está determinado no Código Penal.”

Na maioria dos casos o assédio sexual vindo sendo cometido contra a mulher, talvez por conta dos nossos primórdios, aonde se criou uma cultura machista, aonde as relações entre homens e mulheres não se encontrava em grau de igualdade, como se manifesta nos dias de hoje. “O surgimento do assédio sexual no âmbito do trabalho,

tem muito haver com o ingresso da mulher no mercado de trabalho principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial (1939/1945) e, em decorrência disso, os movimentos feministas emergiram, pois da conduta, na maioria das vezes tem a mulher como vítima” (HINTZ, R. D., 2007, p. 227).

No começo deste século, surgiu um movimento de emancipação feminina, onde as mulheres buscaram a igualdade de direitos entre homens e mulheres perante as leis, no âmbito do trabalho buscam o cargo de liderança e chefia assim o assédio sexual ele pode ser cometido tanto por homens quanto por mulheres, até por conta da evolução deste quadro da mulher nas relações de trabalho, hoje a mulher ela ocupa vários cargos de liderança, então não existe nenhum tipo de diferenciação. E até por conta mesmo como dito anteriormente não existe mais um padrão em relação à hierarquia então qualquer pessoa na relação do trabalho ela pode ser o assediador. Então a mulher ela pode assediar uma funcionária, pode assediar um colega de trabalho, ela pode assediar o seu empregador, não tem mais nenhum tipo de restrição em relação a isso, e hoje a casos de assédio sexual praticado por mulher.

Segunda lei penal, o assédio sexual só pode acontecer quando o delito foi praticado por um agente de condição hierárquica superior, como chefe ou gerente ou até mesmo empregador, tendo como as vítimas pessoa que exerce cargo ou função hierarquicamente inferior, com ameaças de perda de emprego ou de direitos no trabalho. Mas como visto no texto acima hoje o assédio sexual pode acontecer envolvendo colegas de trabalho, ou seja, empregado do mesmo nível hierárquico. Segundo Dr Gustavo Felipe “é possível ocorrer o assédio sexual envolvendo colegas de trabalho, no mesmo nível hierárquico, ou mesmo aquele praticado por empregado de condição inferior na hierarquia da empresa, embora essa última hipótese seja menos frequente”. Mostrando que o assédio sexual pode acontecer tanto horizontal como vertical. (GARCIA, G. F. B, 2018, p. 163).

3.1 REQUISITOS PARA EXISTÊNCIA DO ASSÉDIO

Existem alguns requisitos para configurar o assédio sexual: a. Que haja a figura do assediador e assédio.

Que essa conduta ela seja de cunho sexual.

É muito importante que essa conduta venha ser repelida pela vítima, a vítima tem que demonstrar que não aceita essa conduta, que ela não concorda com atitude.

É que em regra essas condutas elas são reiteradas, em regra. Por que em tese se acontecer uma conduta muito gravosa, basta que acontecesse a única vez.

3.2 EXEMPLOS DE ATOS CARACTERIZADORES

Existem alguns exemplos de atos caracterizadores:

- a. Pedido de favores sexuais pelo superior hierárquico com promessa de tratamento diferenciado em caso de aceitação;
- b. Ameaças ou atitudes concretas de represália no caso de recusa, com a perda do emprego ou de benefícios;
- c. Abuso verbal ou comentários sexistas sobre aparência física;
- d. Frases ofensivas ou de duplo sentido;
- e. Alusões grosseiras, humilhantes ou embaraçosas;
- f. Perguntas indiscretas sobre a vida privada do trabalhador;
- g. Elogios atrevidos;
- h. Convite insistente para almoço ou jantares;
- i. Insinuações sexuais inconvenientes e ofensivas;
- j. Solicitação de relações íntimas ou outro tipo de Conduta de natureza sexual mediante Promessas de benefícios e recompensas;
- k. Exibição de material pornográfico como envio de e-mail aos subordinados;
- l. Pedidos para que os subordinados se vistam de maneira mais provocante ou sensual;
- m. Apalpadelas, fricções ou beliscões deliberados e ofensivos. (BRASIL, 2009, p. 8).

3.4 CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO SEXUAL SOBRE A SAÚDE

- a. Estresse emocional;
- b. Sentimento de culpa;
- c. Perda do poder de concentração;
- d. Transtorno de adaptação;
- e. Ansiedade;
- f. Insegurança;
- g. Baixa autoestima;
- h. Perda de produtividade;
- i. Falta de motivação. (BRASIL, 2009, p. 9).

3.5 AS FORMAS

Ao assédio sexual ele tem duas formas conhecidas.

Uma é mais conhecida de todas, que na verdade é a chantagem, a vítima é compelida a fazer, a cometer favores sexuais, em troca de uma promoção, ou até sendo ameaçada a perder de vantagens, ou perda do próprio cargo, ou do emprego,

Existe também o outro tipo de assédio sexual, a outra forma de assédio sexual conhecida é a que se dá pela intimidação, são aqueles gestos são palavras sempre de cunho sexual, aqueles elogios muito rasgado, muito ofensivos, a vítima na verdade, se sente coagida, ela é colocada numa situação de ridicularização. Às vezes até em público, em frente de outros colegas de trabalho, sempre com aquela intenção maliciosa, aonde o agressor quer na verdade obter vantagem sexual. Então esses dois são os tipos conhecidos. Lembrando que a chantagem é a forma mais usual, é aquela que se vê mais acontecendo.

4 ASSÉDIO SEXUAL NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Embora Lei Nº 8112, de 11 de Dezembro de 1990, não aborda claramente a questão do assédio sexual, a conduta do assediador pode ser punida, pois afronta o dever moralidade, podendo constituir-se em incontinência de conduta. (BRASIL, 1990).

A prática do assédio sexual viola o dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa (BRASIL, 1990), de tratar as pessoas com urbanidade (BRASIL, 1990, artigo 116, inciso II), e de ser leal a instituições que serve (BRASIL, 1990). Além disso, a Lei Nº 8112/90 prevê que é proibido ao servidor promover manifestações de apreço ou despreço no recinto da repartição. (BRASIL, 1990).

O Decreto nº 1171, de 22 de julho de 1994, ou qual aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo, também prevê vedações as condutas dos Servidores. "XV – É vedado ao servidor público: f) permite que perseguições, simpatias e antipatias, caprichos, paixões ou interesses de ordem pessoal que interfiram no trato com o público, com os jurisdicionados administrativos ou com colega hierarquicamente superior ou inferiores". (BRASIL, 1994).

4.1 SANÇÕES

No âmbito das relações administrativas, ou seja, no serviço público, o assediador pode receber punições disciplinares, de acordo com as leis próprias no artigo 127,1 incisos seguinte da Lei Nº 8112/90, são estabelecidas as penalidades disciplinares que podem ser aplicadas aos servidores, entre elas: advertências; suspensões; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão; destituição de função comissionada. A lei dispõe, ainda, que na aplicação das penalidades deverão ser consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que ela dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. (BRASIL, 1990, artigo 128, Caput).

Destaca-se que a garantia apuração dos fatos por meio de sindicância ou processo administrativo disciplinar, em que seja garantida a ampla defesa do Servidor acusado de cometer atos de assédio sexual, (BRASIL, 2009, p. 11).

4.2 TRABALHADORES CELESTISTA

“Constituem justa causa, conforme a consolidação das leis do trabalho (CLT), para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, por incontinência de conduta ou mau procedimento; ato de indisciplinas ou de insubordinação; ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas nas mesmas condições salvo em caso de legítima defesa”. (BRASIL, 1943, artigo 482, CLT).

“No caso das relações regidas pela CLT, a responsabilidade pode recair sobre o empregador (pessoa física ou jurídica) baseando-se no fato de que cabe a este reprimir condutas indesejáveis. Frisa-se que a responsabilidade do empregador é subjetiva por dolo ou culpa, mas com culpa presumida, de modo que se inverte o ônus da prova, ou seja, o empregador deve provar que não agiu culposamente”. (BRASIL, 2009, p. 12).

4.3 SANÇÕES

A consolidação das leis do trabalho (CLT) e atribui a quem comete conduta de assédio sexual, falta grave punido com demissão por justa causa. (BRASIL, 2009, p. 12).

5 COMO COIBIR OU PREVENIR O ASSÉDIO

- a. Romper o silêncio;
- b. Dizer claramente não ao assediador;
- c. Contar aos colegas o que está acontecendo;
- d. Reunir provas, como bilhetes, presentes, entre outros;
- e. Arrolar colegas que possam ser testemunhas;
- f. Reportar o acontecimento ao setor de recursos humanos;
- g. Registrar queixa na Delegacia da Mulher, na falta dessa, em uma delegacia comum. (BRASIL, 2009, p. 13).

6. NÃO SE CONFIGURA ASSÉDIO SEXUAL

- a. Mera “paquera”, ou seja, a tentativa de aproximação para relacionamento amoroso, ou mesmo sexual, não constitui assédio sexual.
- b. A simples intenção sexual, o instituto de sedução de companheiro de trabalho, superior ou inferior hierárquico, não constitui assédio sexual. Necessária será sempre a intenção de traficar, de valer-se do posto funcional como um atrativo, ou como instrumento de extorsão de privilégios ou de vantagens indevidas;

- c. A proposta sexual feita sem insistência e sem ameaça ou pressão, também não;
- d. A proposta recebida como “hoje não”, “quem sabe mais tarde”, tão pouco;
- e. Meros galanteios como comentários normais do tipo “gostei do seu vestido”.
- f. A conduta inconveniente numa festa de trabalho, onde um colega ou chefe, após algumas doses a mais, faz comentários de duplo sentido e lança olhares sedutores, também não constitui assédio, salvo se houver alguma ameaça concreta, e ela for posta em prática mais tarde;
- g. Em caso de proposta sexual em que haja “acordo amigável” e que ambas as pessoas obtenham vantagem (uma obtém prazer e a outra obtém privilégios com o chefe) não figura assédio sexual;
- h. A conduta de quem alega ter sido obrigada a consentir em fazer sexo com o superior para não perder o emprego tendo praticado o ato repetido às vezes. (BRASIL, 2009, p. 14).

7. DIREITOS DE QUEM SOFRE O ASSÉDIO

“Os danos sofridos pela vítima pode gerar direito a indenização por danos de caráter material e moral.” (BRASIL, 2009, p. 12).

7.1 SERVIDOR PÚBLICO

“Podem requerer indenizações que abrangem: os danos emergentes, que englobam o que a vítima efetivamente perdeu, como no caso do servidor que fica doente em função do assédio, tendo gastos com tratamento médico e medicamentos; os lucros cessantes, o que a vítima deixou de ganhar como no caso do servidor que pediu exoneração porque foi assediado, deixando, assim, de receber os seus vencimentos”. (BRASIL, 2009, p. 12).

7.2 CELETISTA

“Além das indenizações pleiteadas acima, os trabalhadores celetistas podem requerer, também, a rescisão indireta do contrato de trabalho, ou seja, requerer que o contrato seja rompido como se ele tivesse sido demitido, ganhando também as verbas rescisórias que seriam devidas nessa situação (dentre as quais, o aviso prévio indenizado, a multa do FGTS, etc.)”. (BRASIL, 2009, p. 13).

8 PROBLEMA CAUSA PELO ASSÉDIO

Os danos causados para a pessoa assediada são: “privação de autonomia; integridade física e psicológica afetada, decorrente da desestabilização emocional causada pelo assédio, do sentimento de vergonha, do auto isolamento e da introjeção da culpa mediante questionamento da própria conduta; significativa

redução da autoestima; diminuição da produtividade; afastamento por doenças; desligamentos; aumentos das doenças profissionais, do absentismo, dos acidentes de trabalho; comprometimento permanente da saúde físico-psíquica em função da pressão psicológica sofrida”. (BRASIL, 2009, p. 20).

9 CONCLUSÃO

Constituição federal brasileira de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana comum dos valores Supremos fundamentais de todo ordenamento jurídico, sendo, portanto atribuindo a todos os direitos individuais e sociais.

Os direitos fundamentais de liberdade e igualdade são direitos tutelados e personalíssimo. Sendo assim, há que se conferir a máxima eficácia aos direitos sociais, a fim de conseguir o cumprimento prático do valor e Supremo da dignidade da pessoa humana.

A atividade sexual é uma conduta ilícita que vem ocorrendo desde as épocas mais antigas, o qual vem ganhando grande notoriedade, e assunto nos últimos tempos.

Mas o que nos mostra que o mandamento jurídico da dignidade de pessoa é intangível e, mesmo assim, vem sempre sendo desrespeitada e violada com frequência por condutas abusivas praticadas principalmente nas relações de trabalho.

Não podemos deixar de evidenciar que o assédio sexual, a mulher é a mais atingida, pois no final da Idade Média a mulher deixou de ser vista apenas como um objeto de sexo e passou a ser reconhecida como objeto de desejo, tornando-se assim a vítima preferencial dessa conduta discriminatória que agride a integridade, a intimidade, e a dignidade humana, a qual é capaz de provocar danos físicos e psíquicos, cujas consequências são totalmente destruidoras e traz consequências na vida da vítima.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Código Penal Comentado**. Editora Saraiva, 2002.

BRASIL. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil. **Assédio Moral e Sexual No Trabalho**. Brasília, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. Constituição da República Federativa do Brasil. **Assédio, violência e sofrimento no ambiente de trabalho**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/bvs>. Acesso em: xx/xx/xxxx.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. Editora Saraiva, 2012.

CÓDIGO PENAL DECRETO LEI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: xx/xx/xxxx.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: xx/xx/xxxx.

DECRETO nº 1.171, de 22 de junho de 1994. **Aprova o código de ética profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo federal.** Diário Oficial da União, Poder Executivo Brasília, 23 de junho 1994.

DECRETO-LEI nº 10.224, de 15 de maio de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: xx/xx/xxxx.

FELKER, R. D. H. **O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações do trabalho.** LTR, 2007.

GARCIA, G. F. B. **Curso de Direito do trabalho.** Editoria Forense, 2018.

GOMES, L. F. Crimes assédio sexual. **Revista dos tribunais**, 2001.

JESUS, D. E. De. **Direito penal** - parte especial. Assédio Sexual. Editora Saraiva, 2002.

LEI, nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civil da União, das autarquias e das Fundações públicas federais.** Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, 12 de Dezembro de 1990.

MENDE, S. Estudo. **Entenda Direito Assédio sexual no trabalho.** Disponível em <http://www.oglobo.globo.com/economia/entendadireito>. Acesso em: xx/xx/xxxx.

TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

NAYARA SANTOS DE SÁ: Acadêmica de Direito, antiga estagiária da Defensoria Pública de Manaus, atualmente estagiária do Tribunal de Justiça do Amazonas - 2º Tribunal do Júri.⁴¹

RESUMO: O referido tema foi escolhido para o presente artigo, pois mesmo após 132 (cento e trinta e dois) anos da abolição à escravidão, o Brasil ainda sofre com trabalho análogo à escravidão. Tal delito viola a dignidade da pessoa, retira o Direito da liberdade e assim fere o Estado Democrático de Direito. No mundo acadêmico do Direito pouco se fala sobre o referido tema, todavia, possui uma relevância na esfera constitucional, trabalhista e penal. Mostrando assim a importância do bem jurídico protegido, qual seja, a liberdade em sentido amplo. A proteção da liberdade tem como base jusnaturalismo, além dos ordenamentos jurídicos brasileiros, a liberdade é protegida internacionalmente, exemplo: pela Organização das Nações Unidas (ONU) e Organização Internacional do Trabalho (OIT). Logo tal tema se faz importante para analisar a tutela e cumprimento das garantias individuais que consta na Constituição Federal do Brasil de 1988 e no Direito Penal. Referente ao Direito Penal, é importante o tema pois esta ciência tutela apenas os bens mais importantes da sociedade brasileira, sendo assim a *ultima ratio*. Em virtude disso, o artigo visa analisar a bibliografia em Direito Penal para verificar a efetividade dele neste fato típico.

Palavras-Chave: Trabalho Análogo à Escravidão. Direito Penal. Liberdade de Fato. Aplicabilidade da norma penal.

Sumário: 1. Introdução - 2. Contexto Histórico da Escravidão e sua Atual Situação no Brasil: 2.1. Contexto Histórico da Escravidão até a Regularização dos Direitos Trabalhista; 2.2. Atual Situação do Trabalho Análogo à Escravidão no Brasil; 3. Atual Situação do Trabalho Análogo à Escravidão no Brasil; 4. Proteção Contra o Trabalho Análogo à Escravidão na Constituição e no Direito Internacional; 5. Tipificação do Trabalho Análogo à Escravidão no Código Penal Brasileiro e a sua Aplicabilidade no Brasil; 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho análogo à escravidão é uma violação dos Direitos Humanos que assola o mundo, segundo historiadores este crime começou mais ou menos entre final

⁴¹Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus; estagiária no Tribunal de Justiça de Manaus de 2021 – 2021; nayarasantosds@hotmail.com: opcional.

da idade pré-histórica e início da idade média. Segundo dados da ONU, são 24,9 (vinte e quatro vírgula nove) milhões de pessoas em condição de trabalho análogo à escravidão no mundo. Já no Brasil, em 2020, foram 942 (novecentos e quarenta e duas) pessoas resgatadas de trabalho análogo à escravidão.

É importante ressaltar que o Brasil não reconhece a condição de escravidão ou escravidão moderna, sendo apenas reconhecido condição análogo à escravidão. O objeto jurídico protegido dessa ação é a liberdade em sentido amplo, a qual é tutelada no Brasil através dos tratados internacionais, Constituição Federal do Brasil, Código Penal e Consolidação das Leis Trabalhistas. Este trabalho refere-se especialmente ao Direito Penal Brasileiro.

O trabalho análogo à escravidão submete a vítima a situação de trabalho degradante e de humilhação, é caracterizado quando não há salário; quando há retenção da carteira de trabalho; quando submete a vítima à serviço sem ter qualquer equipamento de proteção individual; quando as vítimas são sequestradas e obrigadas a trabalhar e morar em lugares imundos, sem disponibilizar de alimentos ou água potável. Nesta circunstância, quando as vítimas recusam a fazer algo, sofrem sanções que muitas vezes levam à morte.

O presente artigo trata de uma pesquisa para verificar a eficácia da ferramenta jurídica do Direito Penal para o combate do trabalho análogo à escravidão. Apresentar-se-á assim o contexto histórico desse crime e os fatores que ajudam na sua prática.

2.CONTEXTO HISTÓRICO DA ESCRAVIDÃO E SUA ATUAL SITUAÇÃO NO BRASIL

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO DA ESCRAVIDÃO ATÉ A REGULARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

A palavra Trabalho possui origem latim *tripalium* ou *trepalium*, que era um instrumento de tortura que de três (*tri*) estaca de pau (*palus*), ao longo do tempo tal modalidade de tortura foi desaparecendo dando assim lugar a outros tipos, então a palavra *tripalium* ou *trepalium* foi ficando em alguns lugares com significado de tormento, agonia ou sofrimento. E por um bom tempo o trabalho foi algo vergonhoso e indigno para o “homem pensante”, como será explanado nos próximos parágrafos, portanto começaram a passar o exercício do trabalho para os escravos, já que eles não eram considerados humanos e assim aptos para esta “vergonha”.

Na idade média o que servia para fundamentar a escravidão eram ideias jurídicas da Roma, literaturas filosóficas e econômicas gregas e latinas. Para Aristóteles, alguns homens nasciam para serem senhores, já outros para serem escravo. A condição de escravo era designada pelo nascimento, ou seja, era algo inerente do próprio escravo. Este deveria contribuir para a sociedade com sua própria natureza, usando

assim seu corpo para servir os senhores. Já para o filósofo Varrão, o escravo é considerado apenas um instrumento de trabalho.

Era frequente e comum que as leis que tratavam de animais tratassem também dos escravos, por exemplo a *lex Aquilia*, que estabeleceu a mesma pena para conduta de matar um escravo e a conduta de matar um animal. Essa situação é como se pegassem os direitos personalíssimos e colocassem no capítulo “Das Coisas” do Direito Civil brasileiro.

No período feudal, os servos moravam em propriedade dos senhores feudais, aqueles viviam de agricultura e pagavam um imposto a estes. Os servos não podiam sair da propriedade dos senhores sem autorização, logo não havia liberdade.

Na revolução industrial quando a população do campo começou a migrar para cidade em busca de emprego e melhores condições de vida, a consequência foi uma grande massa da população nas cidades fazendo com que houvesse grande mãos de obras e poucas oportunidades de emprego. Em vista a tudo isso, as condições proporcionadas nas empresas de trabalho eram totalmente indignas, não havia idade mínima para trabalhar, não havia salário mínimo, não havia segurança mínima, o horário de trabalho chegava a 16 horas, o único mínimo que havia era o valor que os chefes das indústrias tentavam gastar com os operários. As consequências disso foram diversas mortes e acidentes ocasionadas no labor.

Diante dessa situação começou a surgir manifestações dos trabalhadores para melhores condições de trabalho, em virtude disso, começou a surgir, de forma branda, as leis trabalhistas. Em 1802, na Inglaterra por iniciativa do ministro Robert Peel, criou-se a “**Moral and Health Act**” que estabeleceu duração máxima de 12 (doze) horas e proibição de trabalho noturno, ambas modificações ocorreram na seara do trabalho infantil. Ressalta-se que mesmo diante de todo avanço do direito trabalhista ocorrido no mundo a partir de 1802, o Brasil somente aboliu a escravidão em 1888 por meio da Lei Áurea.

Em 1912 foi criado a Confederação Brasileira do Trabalho (CBT), realizado entre 7 e 15 de novembro, onde tratou de assuntos referentes à jornada de oito horas, trabalho semanal de seis dias, construção de casas para operários, indenização para acidentes de trabalho, limitação da jornada de trabalho para mulheres e menores de quatorze anos, contratos coletivos ao invés de contratos individuais, seguro obrigatório para os casos de doenças, pensão para velhice, fixação de salário mínimo, reforma dos impostos públicos e obrigatoriedade da instrução primária.

A primeira Constituição Federal do Brasil de 1934 abordou referente à liberdade sindical e instituiu o salário mínimo, jornada de trabalho de oito horas, repouso semanal, as férias anuais remuneradas e a indenização por dispensa sem justa causa.

A Constituição de 1937 manteve os direitos mencionados no parágrafo anterior. Em 1943 o presidente Getúlio Vargas, sancionou a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT com vigências até os dias atuais, a qual unificou todas as leis trabalhistas vigentes na época em uma só lei. Seu objetivo foi regulamentar a relação de trabalho garantindo assim a eficácia de sua aplicação.

Mas foi na Constituição Federal de 1988 (CF/88) que houve um maior cuidado com os direitos trabalhistas, vejamos o comentário emanado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região publicado no jusbrasil no ano de 2013:

“Dentre os muitos avanços propostos pela Constituição Cidadã, como foi denominada, destaca-se a proteção contra a despedida arbitrária, ou sem justa causa; piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho prestado; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias, licença-paternidade; irreduzibilidade salarial e limitação da jornada de trabalho para 8 horas diárias e 44 semanais. Destaque-se, também, a proibição de qualquer tipo de discriminação quanto a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.”

Atualmente, no art. 1º, inciso IV, da CF/88, é elencado como uns dos fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho. E do art. 6º ao 11º encontra-se o capítulo denominado “Dos Direitos Sociais” que trata das relações trabalhistas. Nota-se que o trabalho não é mais visto como vergonha, sofrimento, tormento ou agonia, mas sim como um direito de cada indivíduo, havendo a devida regularização dessa relação pelo Estado.

2.2. ATUAL SITUAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NO BRASIL

Em 2020 foram 942 (novecentos e quarenta e duas) pessoas resgatadas de trabalho análogo à escravidão no Brasil, sendo 580 (quinhentos e oitenta) pessoas na zona rural e 362 (trezentos e sessenta e dois) na zona urbana. Houve uma queda comparada com 2019 que foram resgatadas 1.130 (um mil, cento e trinta pessoas).

De 1995 a 2020 foram 55.712 (cinquenta e cinco mil, setecentas e doze) pessoas resgatadas de trabalho análogo à escravidão, sendo 43.234 (quarenta e três mil, duzentas e trinta e quatro) na zona rural e 12.478 (doze mil, quatrocentos e setenta e oito) na zona urbana. Minas Gerais tem o maior número de trabalho análogo à escravidão: com 29 (vinte e nove) vítimas resgatadas em 2020. Todos esses dados estão

disponíveis no Painel de Informações e Estatística da Inspeção do Trabalho no Brasil, disponível em <<https://sit.trabalho.gov.br/radar/#>>.

No dia 08/12/2020, no município de Lucianópolis, interior de São Paulo, foram resgatados 18 (dezoitos) trabalhadores em situação análoga à escravidão, as vítimas eram oriundas de São Paulo, Sergipe e Piauí.

Um caso que ficou bastante conhecido foi da Madalena, que aos 8 (oito) anos até 46 (quarenta e seis) anos de idade, foi submetida à trabalho análogo à escravidão por uma família, perfazendo 38 (trinta e oito) anos. Maria das Graças Milagres Ribeiro, adotou ilegalmente a Madalena, a partir daí foi retirada da escola e começou a trabalhar em tarefas domésticas para a família Milagres Ribeiro. Após 24 (vinte e quatro) anos, a vítima começou a ser rejeitada pelo marido da Maria das Graças, o qual era agressivo, então a enviaram para o filho Dalton Ribeiro, como se serva fosse. Quando foi no dia 24/04/2020, Madalena Gordiano foi resgatada após denúncia dos vizinhos.

O quarto que ela vivia tinha menos de 3 (três) metros de comprimento por 2 (dois) de largura, abafado e sem ventilação. Começava a trabalhar a partir das 4 (quatro) horas da manhã, não tinha salário, férias, folgas, não usufruía de feriados ou de qualquer outra verba trabalhista. Era privada de se comunicar com os vizinhos, precisava fazer bilhetes e entregar escondido para estes, pedindo-lhes produtos básicos de higiene.

É importante lembrar também uma outra situação concreta de repercussão mundial de trabalho análogo à escravo no Pará, norte do Brasil: a Fazenda Brasil Verde versus Brasil, em que o Brasil foi o primeiro País condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos (órgão judicial cujo objetivo é aplicar e interpretar a Convenção Americana), a pagar a cada uma das 128 (cento e vinte e oito) vítimas resgatadas de trabalho análogo à escravidão na Fazenda Brasil Verde nos anos entre 1997 a 2002.

Esse processo durou na corte cerca de 3 (três) anos, já no Poder Judiciário do Brasil, o processo que tratou desse caso perdurou por cerca de 10 (dez) anos até que a Justiça Federal declarou extinto o processo em virtude de prescrição, saindo assim os responsáveis impunes, dando, portanto, ensejo para que ocorresse apreciação dessa situação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Destaca-se que as denúncias ao Pastoral da Terra ocorreram a partir de 1988 e foram realizadas fiscalizações em 7 (sete) anos, que foram: 1989, 1992, 1993, 1997, 1999 e 2000.

O principal perfil de vítimas é de 75% (setenta e sete por cento) que possui ensino fundamental, 2,7% (dois virgula sete por cento) que completaram o 5º ano; referente aos gêneros: os homens são de 94,9% (noventa e quatro, virgula nove por cento), entre os de idade dos 19 (dezenove) aos 41 (quarenta e um) que são 93,2%

(noventa e três por cento), dados retirados do Trabalho escravo em face do ordenamento jurídico brasileiro, da biblioteca digital da PUC-SP, disponível no < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21993>> página 50.

As vítimas normalmente são convidadas para trabalhar em lugares longe de sua morada, lugares de difícil acesso e/ou rodeada da floresta e chegando nesses locais se deparam que foram enganadas. Nessas situações não é concedido direitos básicos como água, comida, horário de trabalho dentro dos ditames da lei, ou até mesmo equipamento de proteção individual, com isso qualquer acidente que não causaria danos grandes com o uso do EPI, pode levar à morte.

Além das vítimas serem obrigadas a trabalhar, tudo que eles usarem ou consumirem são anotados em um caderno pelos fazendeiros/empreiteiros e descontado no "salário". No final do mês, há a ocorrência de uma dívida grande entre o trabalhador e o patrão, do que um salário. Essa espécie de trabalho análogo à escravidão se chama **truck-system** ou sistema do barracão.

Além disso, também são retidos os documentos pessoais das vítimas, se ainda tentarem fugir, o castigo se for pego, é a morte. Normalmente as vítimas são obrigadas a trabalhar 12 (dozes) horas por dia e 6 (seis) vezes por semana. Assim o autor do crime dessocializa e despersonaliza a vítima.

3.PROTEÇÃO CONTRA O TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NA CONSTITUIÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL

A Constituição Federal do Brasil de 1988, consagra como um dos seus princípios a Dignidade da Pessoa Humana, decorrendo ao longo dos seus artigos quais são os principais Direitos Inerentes à Dignidade Humana, vedando qualquer obrigação à pessoa humana senão em virtude de lei e garantindo um trabalho digno com justa remuneração.

No artigo 6º da Carta Magna diz que o trabalho é um Direito Social, além disso, no artigo 7º possui um rol explicativo dos Direitos dos Trabalhadores, sejam eles urbanos ou rurais. E no art. 170 consta a proteção e a valorização do trabalho com objetivo de assegurar uma vida digna a todos. É notório que a Carta Magna do Brasil protege o trabalhador de toda e qualquer violação de direito trabalhista, visando assim alcançar os objetivos nela prevista.

Quanto à Declaração Universal dos Direitos Humanos, esta assegura a liberdade humana. É previsto a proteção à dignidade da pessoa humana no art. I, proteção à liberdade nos arts. II, III, XVIII, XIX e XX, proibição da escravidão ou servidão - art. IV, proibição de tortura - art. V etc.

Verifica-se que a Declaração no art. I, garante a dignidade da pessoa pelo simples fato de ser uma pessoa humana, porém, ainda discorreu referente à dignidade da pessoa humana ao direito em viver em paz, poder se divertir, se expressar, se locomover, constituir uma família, possuir um trabalho e ter uma remuneração justa por isso, não ser submetido a tratamento desumano, independente de sua raça, sexo ou nacionalidade.

Ademais, o art. 4º da Declaração dispõe referente ao trabalho escravo ou análogo à escravo, garantindo que ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos. Nesse sentido, reflete uma proteção à humanidade, para que seja desenvolvido no mundo uma relação de trabalho saudável, proporcionando condição digna de trabalho e vida, buscando vedar a coisificação das pessoas, respeitando assim os direitos coletivos e individuais de cada pessoa.

4.TIPIFICAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E A SUA APLICABILIDADE NO BRASIL

O Código Penal de 1940 previu no título das liberdades individuais o art. 149 que tipifica o crime de impor a alguém a condição análoga à de escravo. A escravidão atualmente é uma situação de Direito que o Brasil não reconhece, logo é considerado um fato inexistente no país, mas é reconhecida situações que se assemelham à escravidão, pois sua liberdade de direito ainda continua existindo, porém, a liberdade de fato é violada. Nesse sentido, o atual Código Penal Brasileiro tipifica a conduta de submeter pessoa à trabalho análogo à escravidão, no supramencionado artigo, tornando-se assim uma das ferramentas mais importante para o combate de tal prática no Brasil:

Art. 149 - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Como visto, tal crime pode ser praticado de várias formas, quando realizado mediante submissão é caracterizado por duas situações: a primeira, quando a vítima não oferece resistência em virtude de imposição de violência, ameaça ou fraude; já a segunda, quando a vítima é submetida a trabalho até exaustão física sem qualquer intervalo.

Quando realizado mediante à sujeição a condições degradantes de trabalho: nesta situação ocorre na relação trabalhista, quando o empregado é obrigado a trabalhar em condições desumanas sem que haja a possibilidade de interrupção voluntária da relação.

Por fim, o crime pode ser praticado também mediante restrição, por qualquer meio, da locomoção do indivíduo em razão de dívida contraída com empregador ou preposto; acontece quando a vítima tem cerceamento de sua liberdade até o pagamento de dívida em face do patrão ou preposto, no **truck-system/sistema de barracão**.

No §1º, incisos I e II do art. 149, há as figuras equiparadas ao crime que quando praticadas, incorrem nas mesmas penas do caput do referido artigo. A primeira é o ato de cercear o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho, podendo essa conduta ser realizada pelo empregador ou qualquer uma pessoa a mando dele; a vítima tem a vontade de sair, todavia, todos os meios de transporte estão retidos. Já a segunda, é manter em vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apoderar de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. Em ambas as condutas há dolo específico de manter a vítima no local de trabalho.

Este crime de impor o trabalho análogo à escravidão, trata-se de uma Ação Penal Pública Incondicionada, é doloso, não admite forma culposa e possui forma vinculada. Tem por objeto jurídico a liberdade em seu sentido amplo, ***status Libertatis***, é um crime comum, permanente e permite tentativas, podendo a vítima ou autor ser qualquer pessoa, mas é causa de aumento de pena (pela metade) se a vítima for criança, adolescente ou for praticado por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem (parágrafo 2º, incisos I e II, art. 149, CP), possível o flagrante enquanto permanecer a submissão.

Ressalta-se que o dolo é a vontade consciente de submeter a vítima em seu poder, de maneira que tire a liberdade de fato dela.

Por muito tempo foi considerado crime de ação livre, ou seja, não havia condutas específicas para caracterizar o crime, sendo necessário análise do magistrado no caso concreto para verificar a existência ou inexistência do trabalho análogo à escravidão. Mas com advento da Lei 3.803/2003 foi tipificado taxativamente as condutas quais caracteriza submeter outrem ao trabalho análogo à escravidão, quais sejam: submeter outrem a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Desse modo o trabalho análogo à escravidão se apresenta de duas formas, qual seja: trabalho forçado e realizado em condições degradantes.

Sua consumação ocorre quando a vítima é reduzida à condição análoga à escravidão, ou seja, basta ocorrer qualquer um dos fatos descritos no parágrafo anterior. Já a tentativa é caracterizada quando emprega os meios necessário para sua consumação, mas por circunstâncias alheias a sua vontade não obtém êxito.

O Código Penal também prevê os crimes de atrair trabalhadores com promessas de trabalho ou qualquer outra forma fraudulenta com objetivo de levá-los para outro país, caracterizando a conduta tipificada no art. 206 do CPP, bem como, o ato de aliciar trabalhadores com objetivo de levá-los para outro local do território brasileiro, caracteriza a tipificação do art. 207 do CPP. Mas em ambos os casos a vontade consciente do agente é a emigração e migração respectivamente, não havendo o dolo de submeter o indivíduo em situações análogas à escravidão. Além disso para a consumação dos crimes descritos acima, não se faz necessária a prática de maus-tratos ou sofrimentos ao sujeito passivo (RJTJSP 39/286 e 39/386).

Ao passo que o trabalho análogo à escravidão caracteriza-se quando uma pessoa é coisificada e retiram de si a sua liberdade, sendo obrigada a trabalhar para aquele que o ameaça, sua mão de obra é retirada forçadamente.

A competência para processar e julgar crimes de redução análogo à escravidão, em regra, é da Justiça Estadual, salvo nos casos em que é denunciado junto com um dos crimes contra a organização do trabalho. Pois na segunda situação, viola direitos coletivos do trabalho, diferente do primeiro que viola direitos de uma pessoa ou um determinado grupo. Estando sujeito também ao procedimento ordinário em razão da pena máxima ser superior a quatro anos de pena privativa de liberdade (CPP, art. 394, § 1º, I).

O professor da instituição e co-fundador do Instituto Administração Judicial Aplicada, Carlos Hadda, realizou uma pesquisa em 1.464 (mil quatrocentos e sessenta e quatro) processos criminais e 432 (quatrocentos e trinta e duas) ações civis. Na esfera criminal, verificou que foram 2.679 (dois mil e seiscentos e setenta e nove) denunciados, sendo condenados apenas 122 (cento e vinte e dois), podendo ainda sofrer prescrição em virtude da demora dos procedimentos judiciais; 1.022 (mil e vinte e dois), ou seja, 46% dos acusados foram absolvidos por insuficiência de provas.

Os motivos das absolvições se dão em razão das dificuldades na comprovação do delito, ausência na comprovação do dolo e da grande demora na função judiciária. As teses mais usadas para absolvição é ausência de prova da restrição de liberdade, ausência da prova do dolo, ausência de ofensa à dignidade do trabalhador, entre outros. Os acordos, denominados de Termos de Ajustamentos de Conduta, realizados entre o Ministério Público e o empregador com a finalidade de deixar de responsabilizar criminalmente para cumprir determinados cumprimentos de exigência extrajudiciais, tem contribuído também para a não responsabilização criminal.

As ausências de provas para condenação decorrem também pela degradação da prova ao longo dos tempos, da dificuldade de provar o dolo e principalmente da complexidade dos processos quando há mais de 3 (três) réus que os tribunais têm para tramitar.

Diante do exposto, é possível afirmar que a impunidade na esfera criminal tem contribuído para realização do fato típico. Pois não basta apenas que os verbos do fato estejam tipificados com as devidas penas cominadas, se na seara processual não há trâmite processual com a devida eficácia para a sociedade.

5. CONCLUSÃO

Desse modo é possível afirmar que o Direito Penal possui uma grande relevância em relação ao combate em face do trabalho análogo à escravidão. Todavia, sua aplicabilidade nos processos ainda está fraca em virtude da deficiência do Estado em dirigir a máquina judiciária. Resultando em sensação de impunidade para sociedade, trazendo uma maior insegurança em relação ao papel estatal.

Mas enquanto o Estado não fornece um maior auxílio para o judiciário lidar com a alta demanda processual, indica-se algumas soluções:

Para que ocorra a efetividade do processo penal, referente aos crimes de trabalho análogo à escravidão, é necessário que se dê uma maior prioridade para julgamento, visto que muitas provas são perdidas ao longo do trâmite processual.

E nos casos de processos complexos, em virtude de haver mais de 2 (dois) réus, é necessário por parte do magistrado uma análise do caso concreto, e, constatando que os réus estão em fases processuais muito diferentes, ao ponto de prejudicar a efetividade no andamento do processo, que seja determinado o desmembramento dos autos processuais.

Por parte do *custos legis*, é preciso que venha tentar buscar meios que possam tornar cada vez mais eficaz a comprovação do dolo, para que a sentença não seja fundamentada na absolvição do acusado em virtude da ausência de dolo ou de outras provas. Um dos meios poderia ser a designação de um servidor para analisar os processos que tratam de trabalho análogo à escravidão a cada 3 (três) meses, verificando assim se o andamento processual está tendo celeridade.

Também é necessário tentar manter uma base de dados de endereço e telefone atualizado das testemunhas, para quando for necessário a oitiva, o mandado de intimação não retorne com ato negativo e assim o juízo deixe de ouvir elas.

Quanto aos possíveis laudos que possam comprovar o delito, é essencial que seja oficiado o instituto competente para realizar o laudo no local ou objeto do delito,

pois caso ocorra demora nesse procedimento, pode acarretar a perda da comprovação. Desse modo, deve ser requerido a realização do laudo logo no inquérito policial, devendo ser cumprido logo de imediato, sendo esse fato mais um motivo para que se conceda prioridade processual.

Vê-se que são soluções baseadas em atos simples, porém sua aplicabilidade poderá dar uma maior efetividade aos processos criminais que julgam os crime de trabalho análogo à escravidão, ensejando uma resposta não só à sociedade quanto à segurança da efetividade da norma penal, como também, e principalmente, às vítimas.

“O trabalho análogo à escravidão viola a dignidade da pessoa, retira o Direito da liberdade e assim fere o Estado Democrático de Direito”. - Nayara Sá

REFERÊNCIAS

Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. **História: A criação da CLT**. Jusbrasil. 2013. Disponível em: < <https://trt-24.jusbrasil.com.br/noticias/100474551/historia-a-criacao-da-clt#:~:text=Dentre%20os%20muitos%20avan%C3%A7os%20propostos,a%20dura%C3%A7%C3%A3o%20de%20120%20dias%2C>>. Acesso em 02/02/2021.

ZUARDI, Júlia do Rosário; BENTES, Dorinethe; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **O trabalho escravo contemporâneo: uma análise do caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil e da escravidão na Região Norte do Brasil = Contemporary slave work: an analysis of case workers of the Brazilian Green Farm versus Brazil and slavery in the Northern Region of Brazil**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 85, n. 2, p. 116-129, abr./jun. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal parte especial (arts. 121 ao 361) I**. 8. ed. rev., ampl. e atual. - salvador: JusPODIVM, 2016, página 213/217.

BRITO Filho, José Claudio Monteiro de; GARCIA, Anna Marcella Mendes. **Trabalho escravo na amazônia paraense: faces da exploração do trabalhador**. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. ISSN 2175-7119.

HELENE, Mariana Vieira. Biblioteca – PUC. **O crime de trabalho escravo contemporâneo em face do ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo 2018. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21993>>. Acesso em: 08.10.2020

SHUQUEL, Thayná, **Em 11 anos, só 4,2% dos acusados foram condenados por explorar trabalho escravo**. Metrôpoles. 03/02/2021. Disponível em:

<<https://www.metropoles.com/brasil/justica/em-11-anos-apenas-42-foram-condenados-por-empregar-em-regime-de-trabalho-escravo>>. Acesso em 24/03/2021.

PINTAR, Marcos Alves. **Pouca produção acadêmica explica as poucas condenações por trabalho escravo**. Revista Consultor Jurídico. 28/01/2020. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/desconhecimento-explica-baixas-condenacoes-trabalho-escravo>> . Acesso em 04/03/2021.

PAMPOLHA, Alessandro Matos. **TRABALHO ESCRAVO E ANÁLOGO NA AMAZÔNIA E SUAS ATUAIS REPERCUSÕES JURÍDICAS**. Passei Direto. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/43224535/trabalho-analogo-a-escravidao-na-amazonia>>. Acesso em 08/10/2020.

REIS, Ana Laura. **O Trabalho Análogo à Escravidão e a Concepção de Dignidade do Trabalho**. UNIJUÍ. 16.08.2018. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/5174>>. Acesso 20/03/2021.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONFLITO DE COMPETÊNCIA E O EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

INGRID LOPES GAMA: Graduanda do
Curso de Direito – ULBRA/MANAUS

ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO⁴²

(orientador)

RESUMO: Uma vez que a degradação ao meio ambiente acontece em lugares diversos, nesse sentido é necessário definir a competência dos entes políticos competentes, visto isso tal competência está prevista nos termos dos artigos. 22 a 24 da CF/88, já que impõe ao poder pública a obrigatoriedade da proteção ao meio ambiente conforme prevê o artigo. 225 da Carta Magna vigente. Deste modo a União, Estado ou Município pode aplicar tais penalidades com auxílio do poder de polícia previsto no artigo. 78 do Código Tributário Nacional, com amparo na lei de crimes ambientais 9.605/98. Não importando quem seja o agente causador do dano, podendo ser pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, pois deverá ser punido na forma desta lei.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública – Poder de polícia – Direito ambiental- CF/88 – Competência.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Referencial teórico. 2.1 Breve conceito sobre administração pública. 2.2 Conflitos de competência ambiental. 2.3 Da proteção ao meio ambiente na Carta Magna de 1988. 2.4 O poder de polícia do meio ambiente e sua aplicação na lei ambiental. 3. Considerações finais. 4. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não há como negar que atualmente o meio ambiente esteja passando por momentos difíceis como desmatamento, poluição, degradação, falta de saneamento e outros malefícios. Deste modo é sabido também que o homem está à frente disso, encabeçando esse colapso.

Deste modo, verifica-se que é necessário proteger ao meio ambiente. Nesse aspecto a Constituição Federal de 1988, prevê a proteção ao meio ambiente, dispondo que o mesmo deve ser protegido, nos termos do artigo. 225 da CF/88, pois

⁴² Armando de Souza Negrão, Orientador do Curso de Direito – ULBRA/MANAUS –E-

responsabiliza tanto as pessoas quanto aos órgãos públicos, deixando este último na incumbência de cuidar, zelar, administrar e fiscalizar aplicando as leis ambientais.

No entanto, é possível observar que a administração pública deve fiscalizar no âmbito de sua competência, impondo o seu poder de polícia ambiental no que diz respeito às questões ambientais.

Irá ser abordado sobre a administração pública, o conflito de competência e o exercício de do poder de polícia ambiental. Quanto à problemática, tendo em vista que os crimes ambientais podem ocorrer em diversos lugares, com competência diversa, questiona-se qual ente político deve aplicar as lei em caso de crime ambiental ?

Sobre os objetivos será verificar e avaliar na constituição federal e lei específica as competências em matéria ambiental, bem como descrever a respeito do poder de polícia e aplicação da lei de crimes ambientais.

Ao longo do trabalho será abordado sobre a administração pública, o conflito de competência ambiental e sua aplicação da lei ambiental.

Quanto a metodologia fora feita pesquisa bibliográfica, no qual utilizou-se de artigos, livros, leis e doutrina todos referente ao tema, já no que diz respeito ao método utilizou-se o dedutivo, pois ao longo da pesquisa fora colhida informações, debruçando a respeito no qual tirou-se observações e a conclusão sobre o dado tema.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 BREVES CONCEITOS SOBRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública pode ser compreendida como a reunião de vários órgãos que através de seus agentes trabalham para o Estado, que este em prol da sociedade gerência as questões públicas para a sociedade, como saúde, educação, segurança e demais.

Ainda pode-se dizer que a administração pública, se notabiliza pelo regramento e normas previsto na legislação que compele ao Estado através de órgão pelos seus agentes a satisfação e realização de atividades públicas e necessária a sociedade.

Para Gregorius:

Em síntese, pode-se defini-la como sendo o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta,

direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.
(GREGORIUS, 2015, p.01)

De acordo com Loyola e Neves, (2016) a administração pública tem como primordial a preservação do interesse da coletividade pelo estado através de seus órgão e agentes, assim seus atos administrativos e suas limitações são previamente ordenadas.

No que diz respeito aos seus objetivos, tem-se a realização do serviço público em prol da sociedade, no qual inclui educação, saúde, segurança. As entidades públicas realizam e desenvolvem atividade administrativa quer seja de forma direta, indireta, esta desejada pelo Estado.

Conforme aduz Di Pietro:

Tem por objeto órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a administração pública, a atividade não contenciosa que exerce e os bens que se utiliza para a consecução de seus fins de natureza pública. (DI PIETRO, 2017, p.45)

2.2 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA AMBIENTAL

A respeito dessa questão, deve ser lido e interpretado alguns artigos da CF/88, uma vez que eles definem a competência de cada ente político no que diz respeito a questão ambiental, tanto para legislar e administrar, ou seja, tal competência é compreendida como comum, privativa ou suplementar. Veja-se:

CF/88.Art. 22. Compete **privativamente à União** legislar sobre:[...]

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Como descrito acima, verifica-se há uma série de ramo do direito que somente a União pode legislar. Porém o paragrafo único do citado artigo, prevê que é possível sua delegação e suplementação dessa competência ao Estados também.

Já sobre a competência comum, prevê o artigo. 23 da Constituição Federal vigente.

CF/88.Art. 23. É **competência comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Aqui se verifica que há a chamada competência comum onde os entes políticos devem combater, proteger, zelar pelo meio ambiente. No entanto mais a diante nos termos do artigo. 24 caput e seu paragrafo 2. da CF/88, tem-se a competência concorrente bem como a suplementar revela quem pode legislar e aplicar suas sanções.

CF/88.Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar **concorrentemente** sobre:

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a **competência suplementar** dos Estados.

De maneira específica a lei federal n.6.938/81, prevê sobre a competência ambiental. No qual tem-se o sistema chamado Sisnama (sistema nacional do meio ambiente) que é composto por:

Art 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o

Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

I - órgão superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais.

II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

III – [...]

O CONAMA é um dos órgãos do governo que atua na questão de consultas e deliberações do Sisnama. Este órgão trabalha como assessor, sendo que suas atividades ainda consistem em estudos e direcionamento do que o governo deve fazer com relação a questão de política voltada ao meio ambiente. É importante salientar ainda que o mesmo tem competência para criar normas.

Art 6º [...].IV - órgãos executores: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, com a finalidade de executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, de acordo com as respectivas competências;

V - Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;

VI - Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições.

Tendo em vista a competência dos entes políticos, é interessante o entendimento do Tribunal de Justiça Sergipano. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AMBIENTAL - COMPETÊNCIA COMUM DE TODOS OS ENTES FEDERATIVOS - INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA COM A AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA NA JUSTIÇA FEDERAL- COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - DESNECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO - NULIDADE DE CITAÇÃO NÃO CONFIGURADA - DANO AMBIENTAL VERIFICADO - LANÇAMENTO IN NATURA DE ESGOTO - POLUIÇÃO - OBRIGAÇÃO DE PREVINIR E REPARAR O DANO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - QUANDO HOVER CONFLITO, DEVE SER INTERPRETADO DE ACORDO COM A LEI **6.938/8. ARTIGO.6.**PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO APELO. (Apelação Cível nº 201900822962 nº único0001666-22.2015.8.25.0072 - 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator (a): Luiz Antônio Araújo Mendonça - Julgado em 19/11/2019)

(TJ-SE - AC: 00016662220158250072, Relator: Luiz Antônio Araújo Mendonça, Data de Julgamento: 19/11/2019, 2ª CÂMARA CÍVEL)

Como visto acima, no que diz respeito tanto à legislação ambiental específica quanto a Constituição Federal vigente, além do entendimento dos tribunais, leva em conta a lei ambiental para dirimir conflitos, verifica-se que a União estabelecerá leis gerais, no qual o Estado estabelecerá as suas desde que respeite a da União, que na ausência da lei federal poderá exercer capacidade plena, porém havendo lei federal posterior, deve a lei estadual ser suspensa no que for contrário a lei federal. Vale lembrar que o município pode legislar também sobre seu interesse local de maneira complementar a lei estadual e a federal nos termos do artigo 30, inciso II da CF/88 e do artigo 6 da lei específica.

2.3 DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NA CARTA MAGNA DE 1988

No que diz respeito à proteção ao meio ambiente, o legislador de 1988, resguardar esse direito, aduzindo sobre o reconhecimento a um meio ambiente sadio como uma comparação ao direito à vida, seja ela pela dignidade da existência, e sua importância em aspectos físicos para todos os seres humanos, devendo ser

preservado a fauna e flora em todos seus aspectos. Quanto à questão a CF/88, aduz que:

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.[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Dai percebe-se que o meio ambiente deve ser preservado não apenas pelo poder público mais pela população em geral, porém revela-se que os estados e seus órgãos ficarão responsáveis. Veja-se:

Art. 225.[..]

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] [...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

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

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

Para Loyola e Neves, (2016) no que tange ao meio ambiente previsto na Constituição Federal de 1988, isso elevou essa categoria de direito fundamental, como uma extensão e comparação do direito a vida. Já que reconhece características próprias aos valores ambientais, no qual o legislador desvinculou o meio ambiente do instituto da posse e propriedade, trazendo fundamentos primários a compreensão do tema.

2.4 O PODER DE POLÍCIA DO MEIO AMBIENTE E SUA APLICAÇÃO NA LEI AMBIENTAL

Ante ao tema é importante explicar que a Carta Magna vigente, além de trazer todo arcabouço de proteção ao meio ambiente e elevando a categoria de direito fundamental, vale ressaltar também que a mesma trás consigo a responsabilização do agente causador, tanto na esfera civil, penal e administrativa. Veja-se:

Art. 225.[..]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Nesse sentido, aduz Loyola e Neves:

O artigo.225, parágrafo 3, da CF/88, previu ao poluidor [...] a tríplice responsabilização: civil, penal e administrativa, consagrando a regra da cumulatividade das sanções, não havendo que se falar em bis in idem, até porque tais sanções, além de protegerem objetos distintos, estão sujeitas ao regime jurídicos diversos. (LOYOLA e NEVES, 2016, p.1341).

Como visto acima uma vez que devem ser aplicadas tais punições a estes agentes que trazer prejuízo ao meio ambiente, fez-se necessário além da lei amparadora o cumprimento e fiscalização pelo agente público através dos órgãos responsáveis, bem como o auxílio do poder de policial no qual será abordado a seguir.

O poder de polícia pode ser compreendido como o instrumento previsto na lei que regulamenta e dá o direito a Administração Pública de regular, restringir conduzir, direcionar atividades e demais em prol da coletividade, ou seja, do interesse de todos, deste modo pode-se compreender que o poder de polícia é a supremacia do interesse público sobre o particular.

De acordo com a doutrina de Loyola e Neves, (2016), o poder de polícia é aquele que dispõe a administração para conduzir, restringir, frenar atividades e direitos de particulares para a preservação dos interesses da coletividade.

Ainda a respeito, Loyola e Neves, avaliam que:

O fundamento maior de seu uso é a supremacia do interesse público sobre o particular. [...] o poder de polícia se manifesta por meio de atos gerais e específicos. Gerais: destina-se a todos os indivíduos. Ex: lei de inspeção veicular.

Atos específicos: destina-se a um ou alguns indivíduos determinados. Ex: fechamento de estabelecimento pela vigilância sanitária e outros. Atenção: não deve ser confundido polícia administrativa com policial em sentido estrito. (LOYOLA e NEVES, 2016, p.1118).

Segundo Rossi, (2017), conceitua o instituto referido, como sendo a prerrogativa de direito público, que calcada na lei, autoriza a administração pública a restringir o uso e gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse coletivo. Ainda salienta-se que sua definição encontra-se amparo no Código Tributário Nacional, nos termos do artigo 78.

Assim com visto acima sua definição doutrinária, é importante frisar também, o seu conceito legal que deste modo, verifica-se o que diz o CTN, (Código Tributário Nacional), dispõe:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Percebe-se que o poder de polícia limita a atuação do particular em nome do interesse público. Incide sobre a liberdade, a propriedade, sendo que não pode ser delegado para antes da iniciativa privada.

No tange ainda sobre o poder de polícia este auxilia no cumprimento das leis, seja através dos órgãos de fiscalização competente ou até mesmo em caso de denúncias, e no caso fático ressalta-se que estes agentes atuam cumprindo tais leis ambientais.

Nesse sentido para proteger e preservar o meio ambiente fora criada diversas leis no sentido de dar proteção e punir os responsáveis por infringir os regramentos pertinentes, nas quais destaca-se a lei de proteção ambiental que aplica limites e

punições penais para aqueles que desmatam, degradam, polui e outras ilegalidades. Quando pegos iram responder pelos atos com embasamento na Lei 9.605/98, artigo 2º e seguintes da Lei dos Crimes Ambientais, prevê:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminoso de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

No que diz respeito à apreensão e seu respectivo tipo de ação aduz a lei que:

Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

Art. 26. Nas infrações penais previstas nesta Lei, a ação penal é pública incondicionada.

No que tange os principais tipos de crimes ambientais prevê a flora, fauna e outras, no quais se destaca as principais como:

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: [...]

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que

provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

Ainda ressalta-se que a lei ambiental no que diz respeito à infração foi bastante inteligente quanto a sua tipificação, bem como quem deve aplicar a tal norma. Observa-se:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

A respeito da infração administrativa Loyola e Neves, (2016), revela que estas são aplicadas nos limites estabelecidos na lei com o intuito de impor regras de condutas aqueles que também estão ligados ao âmbito do estado democrático de direito. As sanções administrativas estão juntas ao poder de polícia em quanta atividade da administração pública.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse artigo foi abordado sobre a administração pública, conflito de competência e o exercício de poder de polícia ambiental.

Seu objetivo foi verificar e avaliar na CF/88, bem como em lei específica a respeito da competência ambiental quanto à aplicação da lei, além discorrer sobre o poder de polícia e aplicação norma punitiva do meio ambiente.

Ainda no decorrer do trabalho foi explanado sobre o conceito de administração pública, que é o conjunto de órgãos que através de seus agentes trabalham para o Estado que este promove as questões públicas para a sociedade, como saúde, educação, segurança e demais.

Já na seção seguinte discorreu sobre o conflito de competência ambiental, pois a CF/88 bem como na lei específica prevê, quem é competente para aplicação da lei ambiental. Também mais a diante verificou-se o poder e policial e aplicação da lei ambiental que puni o infrator.

Sobre os objetivos estes foram cumpridos com êxito, pois como foi demonstrado no tópico específico. Sobre o conflito de competência ambiental tem sua previsão nos termos dos artigos. 22 a 24 e 30, inciso II, todos da CF/88, bem como artigo. 6. da lei 6.938/81, a União tem competência privativa para aplicar leis dentro dos limites em que assegura a lei maior e ordinária, ao Estado este estabelecerá as suas desde que respeite a da União, que na ausência da lei federal poderá exercer capacidade plena. Do mesmo modo que o município poderá adotar suas leis suplementares na ausência dos demais entes políticos.

Em relação ao meio ambiente, este tem amparo Constitucional com fundamento no artigo. 225 da CF/88, elevado a categoria de direito fundamental, devendo ser protegido e preservado com o rigor das leis pertinentes.

No que diz respeito ao poder de polícia tem seu fundamento nos termos do artigo. 78 do Código Tributário Nacional, aduzindo que a atividade deve ser desempenhada pelos órgãos fiscalizadores no qual deve cumprir a lei mandamental. Já a aplicação da lei de crimes ambientais, está previsto na Lei 9.605/98, em seu artigo 2º e seguintes, no qual deve ser seguido à risca pelo estado, município, união e sua administração, direta ou indireta, todas sem exceção têm obrigação mediante a lei aplica-lo sob sua jurisdição.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Poder de polícia. Artigo.78. disponível em: Planalto.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. acesso em 16 de setembro de 2020 as 18 horas.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Artigos.23,23,24,37 e 225 da CF/88. Princípio da administração pública competência e direito ambiental proteção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15 setembro de 2020, as 14 horas.

COSTA Elisson Pereira. Poder de polícia ambiental e a administração pública. Revista Brasileira de direito constitucional. RBDC.n.16. julh/dez.2010.

DI PIETRO Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Editora Forense. São Paulo.2017.

GREGORIUS Marcio Rosni. Artigo: A administração pública e suas funções.disponível em: <https://marciorosni.jusbrasil.com.br/artigos/195654350/a-administracao-publica-e-suas-funcoes>. Acesso em 26 de outubro de 2020, as 12 horas.

JURISPRUDÊNCIA. Conflito de competência. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/783800028/apelacao-civel-ac-16662220158250072?ref=serp>. Acesso em 30 de outubro de 2020.

LOYOLA Kheyder, NEVES Bregalda. Doutrina esquematizada. 8.edição. Rideel, São Paulo.2016.

LICIANE Rossi. Direito administrativo. Esquematizado: Pedro Lenza. Editora Saraiva 2.ed. 2017. São Paulo.

LEI N.6.938/81. Política nacional do meio ambiente. Planalto. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em 15 de setembro de 2020, as 18 horas.

LEI DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em 26 de outubro de 2020 as 10 horas.

PLANALTO. Constituição Federal. Proteção ao meio ambiente. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em outubro de 2020.

PORTILHO Fátima. Sustentabilidade Ambiental: Consumo e Cidadania. Editora Cortez. São Paulo. 2012.

PLANALTO. Leis de crimes ambientais. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em outubro de 2020.

RODRIGUES Marcelo Abelha. Direito ambiental esquematizado. 7.edição. Editora Saraiva. São Paulo.2020.

SARLET Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER Tiago. Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral. Editora Saraiva.São Paulo. 2014.

VADEMECUM. OAB. 17.Ed. Saraiva. São Paulo.2019.