

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST
CURSO DE DIREITO

EXEQUATUR

Revista Jurídica

ANO XIX - NÚMERO 34 - JAN/JUN 2021 - CIRCULAÇÃO NACIONAL

ISSN: 1806-8723



PUBLICAÇÃO OFICIAL DO CURSO DE DIREITO DA UNIFACVEST

EXEQUATUR

REVISTA JURÍDICA

Publicação Oficial do Curso de Direito da Unifacvest
Lages/SC

Ano XIX - Nº 34, Lages: UNIFACVEST - jan/jun 2021

EXEQUATUR - ISSN 1806-8723

**EXEQUATUR - Revista Jurídica do Centro Universitário
UNIFACVEST - Lages: Papervest Editora, nº 34, janeiro a
junho de 2021, 248p.**

Circulação Nacional

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST

Mantenedora: Sociedade de Educação Nossa Senhora Auxiliadora

Publicação da Papervest Editora

Av. Marechal Floriano, 947 - Cep: 88.503-190 - Fone: (49)3225-4114 - Lages / SC

www.unifacvest.edu.br

EXEQUATUR - REVISTA JURÍDICA

Publicação Oficial do Curso de Direito da Unifacvest – Lages/SC

Editores - Renato Rodrigues (Presidente) e Arceloni Neusa Volpato

Conselho Editorial e Científico - Doutores

Alceu Pinto da Luz (Brasil)

Alejandro Villalobos Clavería (Chile)

Alexandre Teixeira (Uruguay)

Andreia de Bem Machado (Brasil)

Camilla Volpato Broering (Brasil)

Doris Dukova (Colombia)

Eduard Marquardt (Brasil)

Fabio Eduardo Grunenwald Soares (Brasil)

Gustavo Capobianco Volaco (Brasil)

José Endoença Martins (Brasil)

José Ricardo Mariano (Brasil)

Juan Martín Ceballos Almeraya (México)

Juscelino Francisco do Nascimento (Brasil)

Lourival Andrade Junior (Brasil)

Luis Miguel Cardoso (Portugal)

Ramon Hernandez de Jesus (Venezuela)

Rita Borges (Brasil)

Soeli Staub Zembruski (Brasil)

Revisão de Artigos - Grace Kelly Schemes Oliveira; Henrique Vicente de Bitencourt;
Natalina Santos da Silva.

Diagramação - Marcelo Antonio Marim

Curso de Direito - Unifacvest

Coordenadora - Caroline Ribeiro Bianchini

EXEQUATUR, Revista Jurídica do Centro Universitário UNIFACVEST. Ano XIX, nº 34, Lages: Papervest Editora – janeiro a junho de 2021. 248p.

Semestral

ISSN 1806-8723

1. Direito 2. Periódicos

I. Título

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST

Reitor

Geovani Broering

Pró-reitora Administrativa

Soraya Lemos Erpen Broering

Pró-reitor de Pesquisa e Extensão

Renato Rodrigues

Pró-reitor Acadêmico

Roberto Lopes da Fonseca

APRESENTAÇÃO

O curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest orgulha-se em dar continuidade a publicação da Revista Exequatur, oportunizando que professores, acadêmicos, egressos e colaboradores da instituição possam apresentar resultados relevantes de pesquisa. Dessa forma, proporciona uma colaboração com a formação de uma cultura científica sólida.

Esta revista é fruto do envolvimento dos acadêmicos e professores nas atividades de pesquisa e extensão do curso, consolidando-se como um meio de veiculação e divulgação de investigações científicas e reflexões sobre os mais diversos temas jurídicos.

Dessa forma, a revista Exequatur se propõe a divulgar publicações científicas de cunho crítico, contemplando debates acerca dos mais diversos assuntos jurídicos em evidência nas discussões acadêmicas.

As publicações são de extrema relevância para a sociedade, uma vez que os temas e as discussões publicadas são disponibilizadas, proporcionando reflexões acerca dos resultados veiculados.

CAROLINE RIBEIRO BIANCHINI
Coordenadora do Curso de Direito da UNIFACVEST

SUMÁRIO

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A DIGNIDADE E A RELIGIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Carlito do Nascimento; Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi; Diego Espinoza; Cezar Augusto Galvão Brandt; Luis Claudio Araujo Schneider.....01

O CONTEXTO DAS *FAKE NEWS* NO ATUAL CENÁRIO BRASILEIRO

Dheivid Palhano Borges; Joel Saueressig; Eduardo Henrique Bondarczuk; Diego Fernando e Sá dos Santos.....16

A EDUCAÇÃO COMO FORMA DE RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL EM SANTA CATARINA

Edvaldo Gonzaga Rocha; Joel Saueressig; Diego Espinoza; Cezar Augusto Galvão Brandt; Diego Fernando Sá.....30

A TUTELA DA VIDA PRIVADA COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.709/18 - A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Elson Mateus dos Santos; Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi; Caroline Ribeiro Bianchini; Tatiana Zanghelini Ribeiro.....42

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 96/2017 QUE BUSCA LEGITIMAR A VAQUEJADA SOB A ÉGIDE DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL BRASILEIRO

Emerson Rodrigo Rosa de Moraes Ando; Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi; Luiz Claudio Araujo Schneider; Laura Maria Bertoti Kuster.....56

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL CATARIENSE

Gabriel Athayde; Joel Saueressig; Diego Borges Espinoza; Cezar Augusto Galvão Brandt; Luiz Claudio Araujo Schneider.....71

GARANTISMO PENAL *VERSUS* O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Jenifer Gabriele Borges; Joel Saueressig; Diego Borges Espinoza; Cezar Augusto Galvão Brandt.....84

A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Jessica Vaz Santos; Caroline Ribeiro Bianchini; Diego Fernando Sá; Miriam Lisiane Schuantes Rodrigues.....98

A PROGRESSÃO DE REGIME APÓS O PACOTE ANTICRIME

Lucas Gabriel Moraes Ribeiro; Joel Saueressig; Diego Borges Espinoza; Cezar Augusto Galvão Brandt.....112

CRIMES SEXUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Mariana da Luz Matos; Joel Saueressig; Luiz Claudio Araujo Schneider; Cezar Augusto Galvão Brandt.....128

A PSICOPATIA E A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA CRIMINAL ADEQUADA

Priscila Bianchini Mortari; Joel Saueressig; Diego Borges Espinosa; Cezar Augusto Galvão Brandt.....143

A INTRODUÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Sabrina de Campos Goulart; Caroline Ribeiro Bianchini; Tatiana Zanghelini Ribeiro; Luis Claudio Araujo Schneider; Cezar Augusto Galvão Brandt.....156

AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICADAS A ADOLESCENTES INFRACTORES NO BRASIL

Sidineia Belarminda; Caroline Ribeiro Bianchini; Laura Maria Bertoti Kuster; Miriam Lisiane Schuwantes Rodrigues.....173

A FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO DO DANO MORAL E SEU CARÁTER PREVENTIVO

Tarcisio Waltrick de Oliveira; Caroline Ribeiro Bianchini; Diego Fernando Sá; Josiane Dillor Brugnera Guidorzi.....186

PARIDADE DE ARMAS: A DESIGUALDADE ENTRE A ACUSAÇÃO E A DEFESA NO PROCESSO PENAL

Vitor Pacheco; Joel Saueressig; Luiz Claudio Araujo Schneider; Tatiana Zanghelini Ribeiro.....200

ADOÇÃO: A FAMÍLIA EM CONSTRUÇÃO

Laise Freitas de Oliveira; Rejane Dutra Bergamaschi; Grazielle Ferreira da Silva Floriani; Flávia Sanna Leal Meirelles.....217

RESÍDUOS SÓLIDOS NA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

Erika Tavares Amaral Rabelo de Matos; Darlan Nardi; Flavia Sanna Leal Meirelles; Grazielle Ferreira da Silva Floriani.....228

NORMAS PARA COLABORADORES.....248

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: A DIGNIDADE E A RELIGIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Carlito do Nascimento¹
Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi²
Diego Espinoza³
Cezar Augusto Galvão Brandt⁴
Luis Claudio Araujo Schneider⁵

RESUMO

O presente artigo irá falar dos Princípios Constitucionais da Dignidade e a Religião no Ordenamento Jurídico Brasileiro, nos quais são garantidos pela Carta Magna de 1988. Com isso, serão mencionados os aspectos históricos e as mudanças sofridas até os dias de hoje em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (Artigo 1, III, da CF/88), no qual é utilizado como fundamento de muitos direitos fundamentais e mencionado em inúmeras doutrinas. Ainda, a inviolabilidade do direito de crença tutelado no (Artigo 5, VI, da CF/88), que passou por grandes mudanças, com por exemplo, a Reforma Protestante, ocorrida em 1517 a 1648, tendo como figura principal Martinho Lutero, que lutou contra os dogmas católicos no passado e que através disso surgiram diversas religiões, prevendo a garantia de liberdade de crença a todos cidadãos, onde qualquer pessoa pode ter o livre arbítrio de fazer suas escolhas de seguir ou não alguma religião, tendo em vista que o Brasil se tornou um país laico com o Decreto n 119-A, no ano de 07/01/1890. Assim, o objetivo do trabalho é trazer a discussão acerca da ADPF 618, ajuizada pela Procuradora Geral de República, Raquel Dodge, no qual está em sede de medida cautelar no Supremo Tribunal Federal, buscando assegurar as testemunhas de Jeová maiores de idade e capazes o direito de não aceitarem a transfusão de sangue por motivos de suas convicções religiosas. Por fim, irá apresentar outras formas de tratamentos terapêuticos sem que seja feita a transfusão de sangue em casos que as pessoas não estejam em estado terminal, e explicar de uma melhor forma o texto bíblico no qual eles acreditam que devem se abster de sangue.

Palavras Chave: Dignidade. Religião. ADPF 618. Tratamento Terapêutico

¹ Acadêmico da 10^a fase do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Prof. Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, Doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Graduado em direito pela PUC/PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC/RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

⁵ Prof^o especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Processo Civil. Mestre em Ambiente e Saúde. Advogado.

**THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES: DIGNITY AND
RELIGION IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE**

Carlito do Nascimento¹
Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi²
Diego Espinoza³
Cezar Augusto Galvão Brandt⁴
Luis Claudio Araujo Schneider⁵

ABSTRACT

The current article will talk about the Constitutional Principles of Dignity and Religion in the Brazilian Legal System, in which they are guaranteed by the 1988 Brazilian Federal Constitution. With this, historical aspects and changes undergone to the present day will be mentioned today in relation to the principle of the dignity of the human person (Article 1, III, Federal Constitution /1988), in which it is used as the basis for many fundamental rights and mentioned in countless doctrines. Still, the inviolability of the right of belief under on (Article 5, VI, of CF / 88), which has undergone major changes, for instance, the Protestant Reformation, which took place from 1517 to 1648, having as its main figure Martin Luther, who fought against Catholic dogmas in the past and who there by several religions have emerged, predicting the guarantee of freedom of belief for all citizens, where anyone can have the free will to make their choices to follow or not some religion, considering that Brazil has become a secular country with the Decree 119-A, in the year of 1890. Thus, the objective of the work is to bring discussion about ADPF 618, filed by the Attorney General of the Republic, Raquel Dodge, in which it is subject to a precautionary measure at the Federal Supreme Court, seeking to secure Jehovah's Witnesses of legal age and capable of not accept blood transfusion because of their religious beliefs. Finally, it will present other forms of therapeutic treatments without the transfusion of blood in cases people are not in a terminal stage, and explain in a better way the biblical text in which they believe they should abstain from blood.

KeyWords: Dignity. Religion. ADPF 618. Therapeutic treatment.

¹ Acadêmico da 10^a fase do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Prof. Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, Doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Graduado em direito pela PUC\PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC\RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

⁵ Prof^o especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Processo Civil. Mestre em Ambiente e Saúde. Advogado.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho apresenta como tema Os Princípios Constitucionais: a Dignidade e a Religião no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

O artigo tem como objetivo geral abordar os princípios constitucionais da dignidade e da religião e a sua aplicabilidade ante a recusa da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, bem como demonstrar tratamentos alternativos a transfusão, não violando o direito de crença das Testemunhas de Jeová.

Ainda tem como objetivos específicos analisar e identificar os casos em que não é respeitada a dignidade da pessoa humana. E observar as controvérsias entre a religião e os princípios jurídicos.

A relevância do mencionado assunto é de suma importância para um melhor entendimento acerca dos princípios constitucionais da dignidade e religião no âmbito jurídico brasileiro, e também para buscar entender as controvérsias das normas jurídicas com relação ao direito de crenças e o preceito do direito à vida isso corresponde à problemática do presente artigo, que busca responder qual é o papel do estado em resolver as lacunas com relação à dignidade e crenças religiosas.

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o artigo tem como objetivo geral analisar e pesquisar sobre os princípios constitucionais da dignidade e religião no ordenamento jurídico brasileiro, no qual demonstrará os desentendimentos das normas jurídicas em relação aos preceitos religiosos, no confronto do direito à vida.

A pesquisa realizada foi bibliográfica obtida através de consultas em livros, pesquisas em artigos científicos, revistas, entendimentos jurisprudenciais bem como em meio eletrônico e digital.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvida uma primeira parte voltada aos aspectos históricos da dignidade da pessoa humana e da evolução de diversidades de dogmas culturais e da religião ao longo do tempo.

Posteriormente, será analisada a ADPF 618, na qual assegura que as testemunhas de Jeová maiores de idade e capazes o direito de não se submeterem a transfusões de sangue por suas convicções pessoais.

Finalmente, em um terceiro momento será dada continuidade a análise da ADPF 618, na qual a lei vai sobre pôr a religião e será apresentado maiores entendimentos doutrinários acerca do embasamento do direito à vida, no qual gera conflito entre a denominação religiosa das testemunhas de Jeová em relação ao procedimento de transfusão de sangue.

2 OS PRÍNCIPIOS CONSTITUCIONAIS, A DIGNIDADE E A RELIGIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente trabalho tem por objetivo propor um entendimento mais amplo a respeito dos princípios constitucionais da dignidade e religião no ordenamento jurídico brasileiro, esses princípios são direitos adquiridos e garantidos a todos os cidadãos brasileiros ou estrangeiros que estejam domiciliados no Brasil, o texto constitucional garante no texto do artigo 5º, inciso VIII, que traz que: “Ninguém será privado de direitos

por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.”(BRASIL, 1988, s.p)

Esse trabalho tenciona-se fazer um estudo mais amplo não apenas no sentido técnico jurídico mais buscam sentido mais filosóficos, sociológico, antropológico e histórico.

Com relação a esses princípios constitucionais serão apresentados os principais fatos históricos, e a evolução desses princípios no ordenamento jurídico, tendo em vista que através de muitas lutas as constituições passaram a reconhecer esses princípios fundamentais, principalmente ao respeito às religiões se tornando um país laico e reconhecendo a dignidade e a religião na constituição federal de 1988.

2.1 Evolução histórica da dignidade humana

Acredita-se que São Tomas de Aquino, foi o primeiro quem cunhou a expressão de dignidade humana, que segundo ele “a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo” (FACHIN, 2009, p.34).

Nesse sentido, São Tomas de Aquino traz que a pessoa é uma substância individual que possui natureza racional e é o centro da criação pelo fato de ter sido gerado a imagem e semelhança de Deus, no qual o intelecto e a semelhança divina geram a dignidade que é inerente ao homem.

Foi nesse contexto histórico com o desenvolvimento laico do pensamento jusnaturalista, nos séculos XVII e XVIII, que as idéias acerca da dignidade da pessoa humana começaram a ganhar importância, especialmente pelos pensamentos de Samuel Pufendorf e Immanuel Kant (FACHIN, 2009, p.48).

A dignidade é uma das maiores qualidades que uma pessoa pode ter segundo o dicionário Houaiss (2004) está vinculado ao respeito e a individualidade, ao amor próprio.

A dignidade da pessoa humana é respeitar a escolha de cada um, sempre respeitando a moral física e psicológica de cada ser humano

Ingo Wolfgang Sarlet (2011, s.p) diz que a dignidade da pessoa humana em sua amplitude é:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos [...].

Desta forma, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é um valor que deve ser respeitado pelo estado e pela sociedade, tendo em vista que é um princípio constitucional, considerado um valor Supremo ao Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, o conceito de dignidade da pessoa humana também se encontra previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, senão vejamos:

Art 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III- **A dignidade da pessoa humana**; (BRASIL, 1988, s.p, grifo nosso).

Assim, pode-se dizer que é dever do estado respeitar os valores que o indivíduo considera essenciais para a sua vida, no qual sendo desrespeitados atingem a honra. Também é dever do estado proteger esses valores individuais do ataque de outros indivíduos.

Após a corrente filosófica de São Tomas de Aquino, o início da era dos direitos é reconhecido pelo período pós-guerra, que segundo Norberto Bobbio (2004, p.49) “somente depois da 2ª Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para internacional, envolvendo pela primeira vez na história- todos os povos.”

Com isso, no âmbito do direito internacional inicia-se o sistema normativo internacional que visava proteger os direitos humanos como respostas aos horrores cometidos durante o nazismo, tendo em vista que o estado foi um dos maiores violadores de direitos humanos.

Contudo, foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que acabou por inovar o conceito de direitos humanos no qual introduziu a chamada concepção contemporânea, sendo marcada pela universalidade e indivisibilidade de tais direito.

Porém no ano de 1993, em Viena, ocorreu a Conferência Mundial sobre Direito Humanos, no qual mais de 180 estados-membros ratificaram os termos da Declaração dos Direitos do Homem, sendo que foi na Conferência de Viena que foi reafirmado datado em 1948.

Desta forma, foi através das concepções filosóficas de São Tomaz de Aquino, como por exemplo, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que o preceito da dignidade da pessoa humana, foi utilizado em vários tratados internacionais e inclusive na Constituição Federal de 1988.

No ordenamento jurídico pátrio, a dignidade da pessoa humana é considerada um princípio fundamental tutelado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Portanto, impõe-se a todos, bem como o estado que as escolhas pessoais de cada pessoa, de acordo com seus valores morais, religiosos e políticos devem ser respeitados, não desrespeitando as demais escolhas individuais e coletivas.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é um alicerce para o ordenamento jurídico, não podendo ser mitigado, sob pena de gerar instabilidade do regime democrático. Assim, a importância deste princípio é considerada como norteador dos direitos fundamentais e como guia da Constituição, tornando-se fundamento das atividades estatais, devendo abarcar as atividades primárias da sociedade, como por exemplo, o direito à saúde, à educação etc.

2.2 Evolução histórica das diversidades de dogmas culturais e religião ao longo do século

O cenário histórico de muitos pensadores a respeito da evolução da religião começa com a ascensão do cristianismo e a grande influência da igreja católica como instituição social.

Os movimentos religiosos que deram origem a Reforma Protestantista tiveram início desde a Idade Média, através dos teólogos John Wycliffe e Jan Huss. No começo do século XVI, a igreja católica passava por um período de transição tendo em vista a venda de indulgências e o enfraquecimento das influências papais pelo crescente prestígio dos soberanos europeus que influenciavam de forma direta as decisões da igreja, proporcionando assim um movimento reformista (ALMEIDA, 1999).

A reforma religiosa teve início com o “ataque” de Martinho Lutero, em 1517 (ALMEIDA, 1999) à prática de vender indulgências. Lutero admirava as idéias de Jan Huss sobre a liberdade cristã e foi a partir desse momento que Martinho Lutero começou a defender a doutrina da justificação pela fé, no qual escreveu 95 teses que criticavam a compra de indulgências (ALMEIDA, 1999).

Senão vejamos uma delas: Tese 21 (1517) - estão errados os que pregam indulgências e afirmam ao próximo que ele será liberto e salvo de todo castigo dos pecados cometidos mediante indulgências do papa (ALMEIDA, 1999).

Essas teses buscavam reivindicar a venda de perdão ou indulgências, além das práticas de corrupção de determinados setores do clero, que eram vistas como ameaças à credibilidade da fé e da igreja sendo consideradas afrontas à igreja católica.

Os ideais reformistas desencadearam revoltas e dimensões políticas e econômicas que saíram do controle. Contudo, a Reforma Protestante do século XVI, não ficou restrita apenas à Alemanha.

Com isso, nos dois séculos seguintes, os iniciadores desse movimento já haviam semeado a semente da Reforma em países diferentes, e foi no começo do século XVI que o pensamento reformista se espalhava com grande força nos lugares onde havia sido lançada (ALMEIDA, 1999).

Com isso as crenças, e religiões passaram ser vistas de uma forma diferente onde a própria constituição republicana de 1891 tornou o Brasil um país laico, adotando o modelo norte americano reconhecendo o direito de religiosidade do povo, fixada em lei encontrado no artigo 5º nos incisos VI a VIII o seguinte, assim afirma Reimer (2013, p.82) que:

VI- é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VII- é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistências religiosas nas entidades civis e militares de intimação coletiva; VIII- ninguém será privado de direito por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Desta forma, pode-se dizer que todos os tipos de religiões e crenças são invioláveis e tem amparo na constituição federal de 1988, que garante a todos a prestação de assistências religiosas nas entidades civis e militares de intimação coletiva,

Assim, pode-se dizer que para Reimer (2013, p.82), essa formação apresentada possui quatro importantes aspectos relativos ao tema “a) liberdade de consciência, b) liberdade de crença, c) liberdade de culto, d) liberdade de organização no qual se vincula com a proteção estatal.”

Lembrando que todos esses pontos citados acima já eram considerados desde 1891, nessa forma eles aparecem na constituição de 1988 formando um conjunto sendo entrelaçado. Dessa forma, esses aspectos históricos se deram a garantia a todos os cidadãos de fazer suas escolhas de crença sem medo de serem violados os seus costumes religiosos, e tendo como um amparo a Carta Magna de 1988, que garantiu a todos o direito de escolha de religião.

3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 618, A LUZ DOS PRINCÍPIOS COSTITUCIONAIS DO DIREITO A VIDA E A LIBERDADE DE CRENÇA DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ, NÃO SE SUBMETEREM A TRANSFUSÕES DE SANGUE

No presente tópico irá ser abordada uma discussão que há muitos anos vem sendo discutida acerca do direito de crença religiosa das testemunhas de Jeová em receber transfusões de sangue em estados terminais entrando em confronto com o preceito constitucional do direito à vida.

A ADPF 618, ajuizada pela procuradora-geral da República Raquel Dogde perante o Supremo Tribunal Federal, busca assegurar que as Testemunhas de Jeová maiores e capazes, o direito de não se submeterem a transfusões de sangue por motivo de suas crenças religiosas.

A denominação das Testemunhas de Jeová teria surgido por volta de 1870, na Pensilvânia, Estados Unidos, no qual os seus seguidores baseiam-se na Bíblia para fundamentação das suas crenças.

Uma de suas crenças é de não aceitarem se submeterem a transfusões de sangue por acreditarem que ao se submeter ao tratamento, se tornariam pessoas impuras e indignas do reino de Deus. A posição desses fiéis é de não aceitarem as transfusões de sangue total ou dos componentes primários (glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma), no qual acreditam que a Bíblia proíbe tomar sangue por qualquer via. O fundamento dessa questão se baseia no fato de que a comunidade religiosa aceitar métodos alternativos à transfusão de sangue. Porém, caso seja feita a transfusão e violada a fé e suas crenças, bem como que o indivíduo seja expulso de sua igreja, o mesmo poderá se arrepende e buscar ajuda espiritual e assim ser readmitido em sua denominação religiosa.

Contudo, esses religiosos acreditam que Deus deixou uma lei para a humanidade, no qual após o dilúvio Deus teria permitido que Noé e sua família comessem a carne dos animais, mas não poderiam consumir sangue, senão vejamos o que diz o livro de Gênesis da Bíblia em seu capítulo 9, versículos 3 e 4: Versículo 3- “Tudo quanto se move, que é vivente será, para vosso mantimento tudo vos tenho dado com a erva verde.” Versículo 4- “A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis.” (A BÍBLIA, 2016, s.p)

Dessa forma, acreditam que todos os seres humanos descenderam de Noé e

que assim, a humanidade estaria sob a obrigação de obedecer a lei que Deus deixou, tendo vista que ela nunca teria sido revogada.

Outro embasamento bíblico no qual as Testemunhas de Jeová se baseiam, encontra-se previsto no livro de Levítico na Bíblia, que traz que o sangue é sagrado, representa a alma ou a própria vida, conforme traz o capítulo 17, versículo 14 que diz: “Porquanto é a alma de toda a carne; o seu sangue é pela sua alma: por isso tenho dito aos filhos de Israel: Não comereis o sangue de nenhuma carne, porque a alma de toda a carne é o seu sangue; qualquer que o comer será extirpado.” (A BÍBLIA, 2016, s.p)

Sendo assim, para esses fiéis não teria como se absterem do sangue e no mesmo momento, injetá-lo em seu próprio corpo através de uma transfusão, tendo em vista que para eles, Deus teria deixado através das escrituras sagradas que o correto seria se abster do sangue, porque o sangue representa a vida, sendo algo sagrado para Deus.

Assim, a medida judicial tem como objetivo impedir a obrigação dos médicos de realizarem o procedimento quando houver a recusa terminativa do paciente. Porém em se tratando de paciente menor de idade, a obrigatoriedade toma lugar, e o tratamento for indispensável para salvar a vida da criança, mesmo com a negatória dos pais.

O princípio de autonomia da vontade elencada no Código de Ética Médica por Eudes Quintino (Resolução 2217/2018 do Conselho Federal de Medicina), traz ao paciente o direito de se manifestar em relação ao tratamento proposto pelo médico, demonstrando que a sua vontade é de suma importância para chegar a uma uniformidade de pensamento.

Contudo, a vida humana é considerada um bem indisponível e possui tutela integral da Constituição Federal, no qual é considerado o bem maior do homem sendo fonte de inúmeros direitos fundamentais.

Para Moraes (2005, p.72): “O direito à vida é o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, pois o exercício dos demais direitos depende de sua existência.”

Em razão disso, o direito à vida é considerado uma condição para o exercício dos demais direitos constitucionais. Nessa linha, tem-se que a preservação do direito à vida, se constata pela Resolução 1021/80 do Conselho Federal de Medicina, que havendo iminente perigo de vida, o médico fará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis. Assim, o artigo 146, parágrafo 3º, inciso I, do Código Penal traz que é possível a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida. Esses dispositivos deixam claro que a recusa do paciente não irá impedir a transfusão de sangue.

A Resolução 2.232/2019 abordou a norma da Resolução 1.021/80, e traz em seu artigo 3º: “Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros.” Partindo desse ponto, se o paciente for maior e capaz, em caso de risco a saúde, o médico deverá aceitar a recusa do tratamento, assim é garantido a todos os cidadãos o direito de escolha, no qual o Brasil se tornou um país laico e tem como fundamento a Carta Magna de 1988 que garante o respeito as crenças religiosas de todos, desde que não venha ferir o direito a vida.

Muitas pessoas acreditam que as testemunhas de Jeová optam pela morte ao

invés de se submeterem aos tratamentos quando em alguns casos seja preciso a aplicação de sangue, mas nunca foi esse o desejo desses cristãos. Esses religiosos de certa forma optam por outros procedimentos sem que seja feita a transfusão de sangue, no qual acreditam que a transfusão de sangue se torna uma forma mais agressiva ao paciente e teria um custo mais alto.

Todavia, segundo Azambuja e Garrafa (2010) as Testemunhas de Jeová aceitam se submeterem a outra de tratamento, chamada de hemodiluição, no qual é usado um circuito fechado e não é feito uma coleta de sangue pré-operatório, sendo aceito por muitos seguidores dessa religião.

As testemunhas de Jeová ao optarem por receber tratamentos sem o uso o sangue estão de certa forma buscando um melhor progresso da medicina para que o direito de liberdade crença seja respeitado, e também estão contribuindo para que o poder público encontre algumas medidas onde trará garantia aos profissionais para que eles possam realizar seu trabalho sem que futuramente venham ser processados por ferir o direito de crença desses cristãos, sabendo que é um dever legal desses profissionais preservar a vida de todo ser humano.

Dessa forma pessoas capazes que estejam em pleno gozo de suas faculdades mentais devem ter o direito de escolha de seu tratamento respeitado, só deve ser desrespeitado o direito de crença quando o paciente não tiver outro meio de salvar sua vida, ou de crianças que ainda não tenha a mente totalmente formada a respeito de tomar decisões que de certa forma, poderia vir a custar a sua vida. Desta maneira é dever do estado intervir quando a vida de uma criança está sendo ameaçada por crenças de seus pais, no qual os médicos que aceitarem opinião desses cristãos de não submeterem a transfusão não poderão responder por crime de omissão de socorro previsto no código penal, artigo 135, que no seu texto define a falta de assistência.

Sendo assim não responde por crime o médico que aceitar a opinião do paciente de se recusar fazer a transfusão de sangue, sendo que o médico deu a assistência ao paciente e só não deu início ao procedimento por respeitar o direito de crença de seu paciente, que também tem seu direito garantido e deve ser respeitado, visto que já teve algumas decisões como exemplo

Nesse sentido, tem-se que a que a ADPF 618, está em sede de medida cautelar, a fim de que possa ser afastada a obrigação dos médicos para realizar a transfusão de sangue, quando houver recusa de forma expressa pelos pacientes que possuem maioria civil, ficando os médicos obrigados somente quando o paciente for menor de idade, quando o tratamento não poder ser dispensável para salvar a vida, independente que os responsáveis não aceitem. No qual a medida cautelar aguarda decisão a ser proferida pelo Superior Tribunal Federal.

3.1 Outros meios alternativos de tratamento além da transfusão de sangue

Como já mencionado anteriormente que os fiéis pertencentes à denominação Testemunhas de Jeová aceitam métodos alternativos de tratamento à transfusão de sangue, este tópico buscará demonstrar quais os métodos de tratamento que esses fiéis aceitam se submeterem.

Assim, tendo em vista que o paciente tem o direito de recusar certo trata-

mento, optando por métodos alternativos desde que sejam cumpridos os requisitos de validade da autonomia, bem como haja consentimento expresso e não estiver em risco de vida.

As testemunhas de Jeová não aceitam o sangue total e aos hemocomponentes, como por exemplo, leucócitos, eritrócitos, plasma ou plaquetas, no qual estejam armazenados, ou seja, de outra pessoa. Porém aceitam os hemoderivados, tendo em vista que não seria considerado sangue pela sua religião, bem como também são aceitos como forma de tratamento a circulação extracorpórea, a hemodiálise e o plasma rico em plaquetas.

A recusa da transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeová também está relacionada por acreditarem que o procedimento não seria benéfico à saúde, podendo contrair doenças como sífilis, malária, herpes, sarampo entre outras.

O direito à recusa a transfusão de sangue, encontra-se previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal 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, a liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II- Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (BRASIL, 1988, s.p, grifo nosso).

É através do princípio da legalidade e da liberdade religiosa do ser humano, que se encontra resguardado o direito do paciente de não se submeter a uma transfusão contra sua própria vontade, tendo em vista que a não aceitação está baseada em convicções pessoais, no qual ninguém poderá interferir na decisão.

Desta forma, segundo o ponto de vista de Celso Bastos (1990, p.504-506):

[...] o paciente tem o direito de recusar determinado tratamento médico, no que se incluiu a transfusão de sangue, com fundamento no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. Por este dispositivo, fica certo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de alguma coisa senão em virtude de lei (princípio da legalidade). [...] como não há lei obrigando o médico a fazer a transfusão de sangue no paciente, todos aqueles que sejam adeptos a religião Testemunhas de Jeová, e que se encontrarem nesta situação, certamente poderão recusar-se a receber o referido tratamento, não podendo, por vontade médica, ser constrangidos a sofrerem determinada intervenção. [...] Mesmo sob iminente perigo de vida, não se pode alterar o quadro jurídico acerca dos direitos da pessoa.

Tendo em vista que cada indivíduo possui liberdade de crença, bem como autonomia de fazer suas próprias escolhas, não é possível obrigar alguém a submeter a um tratamento no qual vai contra sua vontade e convicções religiosas.

Porém, o autor Celso Ribeiro Bastos (1990, p.504-506) vai além e menciona seu ponto de vista em relação aos menores e incapazes que diz:

Quanto aos pais ou demais responsáveis, é preciso deixar certo que não há negligência ou qualquer espécie de culpa quando solicitam aos

médicos que usem meios alternativos para o tratamento de sangue em seus filhos. A recusa a uma determinada técnica médica pelos pais ou responsáveis, quando não se tem algumas outras vias, que atingem até melhores resultados do que a técnica padrão (sempre presente um alto risco de contaminação por diversas doenças), não é suficiente para configurar a culpa em qualquer de suas modalidades. [...]. Em verdade, o que os pais querem é salvar a vida dos seus filhos por métodos alternativos, sem que isso tenha-se de pagar um alto preço que seria a violação de princípios religiosos que lhe são por demais caros.

Assim entende-se que caso haja tratamento alternativo que possa ser evitado a transfusão de sangue o médico deve se abster de fazer a transfusão, no qual se fizer, poderá responder na esfera civil e criminal. Portanto, os pais ou responsáveis tem direito de impedir seus filhos a fazerem a transfusão, desde que haja tratamento alternativo.

Ainda, quando o paciente for maior de idade e estiver em gozo de suas faculdades mentais e poder exprimir de forma válida as suas crenças religiosas, o mesmo possuirá o direito de decidir qual intervenção será realizado em seu corpo.

Esse direito de escolha, encontra-se previsto através do princípio da autonomia de vontade que tutela a possibilidade de o indivíduo decidir acerca do tratamento ou o procedimento médico a ser aplicado, levando em consideração suas convicções particulares e valores íntimos. Prova disso, está previsto no artigo 15 do Código Civil Brasileiro de 2002 que dispõe: Art. 15 “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” (BRASIL, 2002, s.p)

Sendo dessa forma o paciente que tiver o discernimento de sua escolha deve o médico respeitar sua vontade e sua convicção religiosa, porém os testemunhas de Jeová também buscam dar uma garantia aos médicos que aceitarem outras formas de tratamento proposta por eles mesmo, eles costumam trazer consigo um cartão de identificação no qual diz “não aplique sangue”, ou uma declaração onde não admitem os procedimentos terapêuticos que inclua a transfusão sanguínea, esse documento isenta o profissional de qualquer responsabilidade civil ou penal caso haja um resultado adverso proveniente da recusa do sangue.

Existe alguns casos em que o Conselho Federal de Medicina autoriza a transfusão de sangue sem o consentimento do paciente, quando há um perigo eminente de morte onde só o meio transfusional pode salvar a vida do paciente, esse direito encontra-se na resolução 2.232/2019, no seu artigo 11 que diz: “Em situações de urgência e emergência que caracterizem iminente perigo de morte. O médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecida para preservar a vida do paciente independentemente da recusa terapêutica.”(BRASIL, 2019, s.p)

Em contrapartida, o Código de Ética Médica, prevê em seu artigo 31 que é vedado ao médico: “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019, s.p)

Como visto no artigo 11 da Resolução 2.232/2019, o médico tem a total liberdade de tentar todos os meios possíveis quando há um perigo eminente de morte de seu paciente, buscando sempre salvar vidas mesmo que não tenha consentimento do

paciente. Porém, o Código de Ética menciona que é proibido ao médico desrespeitar o direito de o paciente acerca de poder decidir sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo se o paciente estiver sob risco de morte, conforme artigo 31 do Código de Ética Médica.

Assim, entende-se que o direito dos pacientes, seja Testemunha de Jeová ou de qualquer outro, deve ser respeitado o direito de escolher sobre qual tratamento deve ser realizado, porém em caso de risco de morte é obrigação do médico utilizar-se de todos os meios para salvar a vida do paciente.

Como será demonstrado nessa seção já existe algumas decisões em Tribunais que defende o direito à vida, por essa posição pode se dizer que sem a vida não há liberdade:

A liberdade religiosa é garantia, estampada fundamental no art, 5º, VI da constituição da república, de modo que a legislação infraconstitucional não crie embaraços ao exercício de determinada crença. Ocorre, porém, que tal garantia não pode se contrapor a vida, bem indisponível e de valor maior, sem a qual não existe qualquer credo ou crença religiosa. Não cabe, aqui adentrar os motivos que norteiam a referida crença. A questão é que a constituição Brasileira, apesar de resguardar a liberdade de convicção religiosa, apenas relativiza o direito à vida na circunstância de atividade terrorista ou caracterizado de traição á, consubstanciando-se como um estado laico, portanto neutro, quanto á perspectiva religiosa. Deve, por conseguinte, prevalecer a proteção á vida sobre a liberdade de convicção religiosa. (RIO DE JANEIRO 26ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Ação de obrigação de não fazer cumulada com pedido de antecipação de tutela nº 0014859-61.2014.402.5101/RJ, Juíza Federal Frana Elizabeth mendes. Decisão liminar proferida em 27.11.2014).

Sendo assim é visto que o direito a vida é um bem maior tutelado pela carta magna de 1988, junto dela as decisões em tribunais que sempre tutela a vida como um bem maior, e que nenhum dogmas religiosos possa ser maior que do que o direito de viver mesmo quando a própria pessoa não queira viver, e dever do estado de alguma forma buscar alguma maneira para que esse problema seja solucionado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foram abordados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da religião, bem como foi elencado a evolução histórica das diversidades de dogmas culturais ao longo do século. Ainda, foi abordada a ADPF 618, a luz do princípio constitucional do direito à vida e a liberdade de crença das Testemunhas de Jeová a não se submeterem a transfusões de sangue por motivos de convicções pessoais, no qual foram apresentados métodos alternativos a transfusão de sangue.

Observou-se em um primeiro momento que o princípio da dignidade da pessoa humana elencado no artigo primeiro da Constituição Federal é um valor que foi conquistado através de muitas lutas pela defesa dos direitos individuais e coletivos, no qual esse preceito foi evoluindo através dos séculos, ganhando importância através dos

pensamentos de Immanuel Kant e que atualmente está tutelado na Carta dos Direitos Humanos Fundamentais e em diversos outros documentos internacionais.

Foi através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que o preceito de dignidade foi utilizado em vários tratados internacionais e na Constituição Federal de 1988 no qual é considerado um valor supremo do estado democrático de direito e utilizado como base de outros diversos princípios.

Secundariamente entendeu-se que a religião passou por momentos muitos difíceis onde as pessoas eram obrigadas a seguir os dogmas implantadas pela igreja católica da época. Foi, porém no ano de 1517 que Martinho Lutero através de muitas lutas fez com que os fiéis entendessem o verdadeiro evangelho, dessa forma surgissem diversas religiões onde até os dias de hoje as pessoas podem optar por qualquer costume religioso.

As Testemunhas de Jeová são muito criticadas por não aceitarem o tratamento transfusional de sangue e o direito de escolha de seu tratamento, algumas pessoas pensam que esses fiéis são suicidas, porém isso não é verdade, pois eles apenas buscam um tratamento de forma mais eficaz e que não corra o risco de um contágio através de sangue de um terceiro, sendo também que todos têm a liberdade do direito de crença de crer naquilo que acham melhor.

Dessa forma as Testemunhas de Jeová crêem que se aceitarem o sangue, se tornam pessoas impuras e serão destituídas do reino de Deus, sendo assim deve os médicos respeitarem a escolha de tratamento das testemunhas de Jeová buscando encaminhar o paciente para um hospital que faça o tratamento escolhido pelo paciente, devendo o médico fazer o tratamento com sangue só quando há um perigo iminente de morte do paciente ou quando envolve incapazes de fazer suas escolhas.

Já existe tratamento que não há a necessidade de aplicar sangue no paciente os quais foram mencionados no trabalho acima, dessa forma os médicos devem respeitar o tratamento escolhido pelo paciente buscando respeitar o princípio da autonomia de vontade. Tendo em vista que a constituição garante o direito de liberdade religiosa deve-se buscar meios que dêem garantia que o direito de crença seja respeitado pelo Conselho Federal de Medicina, buscando outros tipos de tratamentos onde não seja aplicado sangue.

Dessa forma, conclui-se que o Superior Tribunal Federal deve aprovar a ADPF 618 ajuizada pela Procuradora Raquel Dodge, com o pedido de medida cautelar, no qual visa assegurar as Testemunhas de Jeová maiores de idade e capazes o direito de não se submeterem a transfusão de sangue por motivo de convicção pessoal, mantendo-se a obrigação apenas quando o paciente for menor e não tiver em suas boas faculdades mentais e quando o paciente tiver correndo um perigo iminente de morte ai sim deve o médico usar todos os meios para salva a vida sem que dogmas religiosos venham prevalecer sobre direito a vida que é o direito maior tutelado pela Carta Magna de 1988.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. Velho Testamento e Novo Testamento. ed. e diagramação: Sociedade Bíblica do Brasil. 2016.

ALMEIDA, A. **A Reforma Protestante**. 8. ed. Rio de Janeiro: Sindicato Nacional dos Editores de Livros, 1999.

ANDRADE, M. M. **Como Preparar Trabalhos para Cursos de Pós-Graduação: Noções Práticas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

AZAMBUJA, L. E. O.; GARRAFA, V. **Testemunhas de Jeová Ante o Uso de Hemocomponentes e Hemoderivados**. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 23/nov/2020.

BASTOS, C. R. **Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas**. Disponível em: <http://www.crianca.caopp.mp.pr.gov.br>. Acesso em: 29/nov/2020.

BOBBIO, N. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/nov/2020.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29/nov/2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.232/2019**. Disponível em: <http://www.sistemas.cfm.org.br>. Acessado em: 23/nov/2020

FACHIN, M. G. **Fundamentos dos Direitos Humanos: Teoria e Práxis na Cultura da Tolerância**. Rio de Janeiro. Renovar, 2009. Disponível em: <http://www.fabiorenner.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 30/nov/2020.

FERREIRA, T. R. **Resolução CFM nº 1021/80**. Disponível em: <http://www.saude.mppr.mp.br>. Acesso em: 29/nov/2020.

HOUAISS, A. **Minidicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOVELINO, M. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008.

PINHO, R. C. R. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NÓBREGA, D. W. **As testemunhas de Jeová e o direito fundamental de recusa às transfusões de sangue na Constituição brasileira de 1988**. Disponível em: <http://www.jus.com.br>. Acesso em: 24/nov/2020.

QUINTINO, Eudes. **Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue**. Disponível em: <http://www.eudesquintino.jusbrasil.com.br>. Acessado em: 20/nov/2020.

REIMER, H. **Liberdade Religiosa na História e nas Constituições do Brasil**. São Leopoldo, Oikos, 2013.

RENNER, F. K. **A Evolução Histórica da Dignidade Humana**. Disponível em: <https://fabioenner.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 25/jun/2020.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Procuradora-geral da República busca garantir a Testemunhas de Jeová o direito de recusar transfusões de sangue**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20/nov/2020.

VADE MECUM. Compacto Saraiva. 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTICA DO RIO DE JANEIRO. 26ª Vara Federal do Rio de Janeiro. **Ação de obrigação de não fazer cumulada com pedido de antecipação de tutela nº 0014859-61.2014.402.5101/RJ**, Juíza Federal Frana Elizabeth mendes. Decisão liminar proferida em 27.11.2014). Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 20/nov/2020.

O CONTEXTO DAS *FAKE NEWS* NO ATUAL CENÁRIO BRASILEIRO

Dheivid Palhano Borges¹
Joel Saueressig²
Eduardo Henrique Bondarczuk³
Diego Fernando e Sá dos Santos⁴

RESUMO

O presente artigo trata sobre a criação e o compartilhamento de notícias falsas, conhecidas popularmente como Fake News. A prática ilegal, de uma maneira sorrateira e traiçoeira alcança um grande número de leitores, levando com ela a desinformação e um desserviço para com a sociedade. Assim, vem causando danos morais e materiais, tornando-se recorrente no meio eleitoral nacional e internacional. Normas legais através de princípios fundamentais estão sendo estudadas e implantadas na tentativa de findar o fato ilícito em comento.

Palavras chave: Internet. Mentira. Desinformação. Liberdade. Eleições.

ABSTRACT

This essay is about the sharing and creation of fake news. The illegal use, is a very bad and cheating way to reach many readers, letting people with no information and a problem to the society. This way, is causing many damages, social and materials, becoming recurrent in electoral place, national and international speaking. Legal laws through fundamental means are being studied and implanted to finish this illicit act.

Key Words: Internet. Lie. Disinformation. Liberty. Elections.

¹ Acadêmico da 10ª fase do curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest.

⁵ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho apresenta como tema as *Fakes News* e suas implicações penais.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato de nos últimos anos serem usadas habitualmente falsas informações para obtenção de algum tipo de vantagem. Na maioria delas, estão sendo espalhadas no meio eleitoral através do uso da internet e veículos de imprensa aliadas a algum partido.

O problema reside em coibir a criação e o compartilhamento dessas notícias inverídicas sem ferir a liberdade de expressão de todos em meio a uma sociedade livre e justa.

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral observar a evolução histórica das notícias com a internet, a atual situação brasileira e as tentativas de coibir essa prática ilegal.

Como objetivos específicos verificar se é realmente possível encontrar algum meio de detectar uma notícia falsa e proceder com a imediata retirada do ar, independente de qualquer característica da vítima.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para melhor compreensão do tema será apresentado, no primeiro capítulo, a evolução das notícias com a internet, a conceituação do termo Fake News e alguns casos atuais.

Posteriormente será analisada, no segundo capítulo, a liberdade de expressão e seu conceito, a garantia no atual ordenamento jurídico e um caso em específico que ainda espera por uma resposta.

Finalmente, no terceiro capítulo, e não menos importante, depois da explanação dos conceitos acerca do tema, abordar-se-á sobre as previsões legais, Projetos de Lei que ainda aguardam aprovação na tentativa de erradicar as notícias falsas.

2 A EVOLUÇÃO DA INTERNET E A PROPAGAÇÃO DAS CHAMADAS *FAKE NEWS*

Neste primeiro momento será abordado o avanço da internet, o conceito de *Fake News*, e os principais casos ocorridos nos últimos tempos.

2.1 A evolução da internet e a propagação das notícias

É público e notório o avanço da internet em todo o mundo, levando conhecimento e informação para quem o procura, mas na maioria dos casos apenas o entretenimento. Evolução que também vem fazendo frente aos meios tradicionais de informação impressa, como jornais e revistas.

De um lado, o fácil acesso a qualquer tipo de notícia, de outro, a necessidade em buscar fontes seguras e a veracidade dos fatos. Nesse sentido Derosa (2019, p.98): “Nossa necessidade de orientação requer informação, mas ela por si só não nos orienta. Para cada informação, uma infinidade de outras informações se faz necessária e impõe-se como condição para compreensão da mensagem”.

Importante frisar que nem todos os leitores possuem essa preocupação na tentativa de estarem realmente informados, mas uma grande minoria. Ainda, de acordo com Nielsen apud Delmazo e Valente (2018, s.p):

Mesmo quando os links são clicados, poucos leitores vão passar dos primeiros parágrafos, o que facilita ainda mais o trabalho de elaboração de uma notícia falsa. Estudo do *Nielsen Norman Group* divulgado em 2013 mostrou que 81% dos leitores voltam os olhos – o que não significa necessariamente que estão, de fato, a ler – para o primeiro parágrafo de um texto na internet, enquanto 71% chegam ao segundo. São 63% os que olham para o terceiro parágrafo, e apenas 32% voltam os olhos para o quarto.

Assim, o título tendencioso de uma matéria com uma foto ainda mais tendenciosa, e por muitas vezes fora de contexto, são os ingredientes necessários para começarem com os compartilhamentos, disseminando notícias falsas tendo um longo alcance.

Segundo uma pesquisa realizada no Brasil pelo Datasenado com mais de duas mil pessoas, 79% dos entrevistados usam como fonte primária de informações o aplicativo de comunicação *Whatsapp*, seguindo em ordem, a televisão, o *Youtube*, a rede social *Facebook*, sites de notícias, rádios e por fim os jornais impressos. O resultado dessa pesquisa acabou levando a ouvidoria do Senado e da Câmara dos Deputados a realizarem uma audiência pública no dia 12 de dezembro de 2019 para discussão sobre os dados apurados. (TORRES, 2019)

Desta forma, a população é facilmente doutrinação e manipulada, perdendo valores essenciais, lutando por falsos ideais na internet, se ofendendo por ideias contrárias e caso questionado, normalmente responde com um uma mensagem de ódio, usando termo que não conhece ou nem sequer sabe sua origem, que apenas replica por ter lido ou ouvido de um militante de seu movimento.

É necessário ter em mente que as tecnologias de informações são propriedade de uma minoria de poderosos, desde seu surgimento até os dias atuais, usando a seu favor como e quando bem entender. Com a invenção da técnica de impressão no Velho Continente Renascentista e o surgimento do que chamamos de imprensa, da mesma forma que trouxe informações sobre além do seu próprio povoado, foi um instrumento para manipular pensamentos e opiniões por elites intelectuais, políticas ou econômicas, possuidores desse poder. (DEROSA, 2019). Ou seja, percebe-se que desde o início a intenção manipuladora de pessoas através dos meios de comunicação sempre existiu.

2.1.2 O conceito

A expressão *Fake News* é de origem estrangeira. Para Derosa (2019, p.23): “Usada para acusar o adversário, a expressão norte-americana é nada mais que uma

nova maneira de mentir, falsificar e destruir a credibilidade do inimigo”.

Ou seja, mais um método de conseguir algum tipo de vantagem. Ainda segundo o Dicionário de Cambridge, o conceito de *Fake News* são histórias falsas que possuem aparência de notícias jornalísticas, disseminadas por todas as mídias possíveis, normalmente criadas para influenciar posições políticas, veiculando conteúdos falsos para obter algum tipo de vantagem, seja financeira, política ou eleitoral. (CARVALHO e KANFFER, 2018)

Sabendo do pouco interesse em que o leitor possui em checar a fonte das informações, o criador da falsa notícia fica livre para propagar inverdades na imensidão da internet sobre certa pessoa, personalidade, empresa ou artista que quiser. Para Derosa (2019, p.25):

Hoje, há infinitas fontes disponíveis, mas a maioria dos usuários é composta de curiosos: chegam a um artigo específico através de um link no Facebook ou numa busca rápida pelo Google, atraídos pela curiosidade mórbida, para ver um *memé* engraçadinho ou uma notícia bombástica que pode ser falsa. O usuário busca por sensações e os manipuladores de mídia sabem disso. O caos é um ambiente propício para a manipulação.

Em meio a tudo isso fica o leitor entre não buscar notícias e ficar desinformado ou procurar por elas e ficar mal informado.

2.1.3 Principais casos de Fake News na atualidade

A invenção de uma falsa notícia é uma tática de manipulação bem mais antigas do que se parece. Segundo Darnton apud Delmazo – Valente (2018, s.p):

[...] o surgimento dos pasquins, na Itália do século XVI, que se transformaram em um meio para difundir notícias desagradáveis, em sua maioria falsas, sobre personagens públicos. Também recorda o surgimento dos *Canards*, gazetas com falsas notícias que circularam em Paris a partir do século XVII.

O que mudou foi o meio de propagação das notícias inverídicas. Ainda, corrobora Carvalho – Kanffer (2018, s.p):

É certo que, de uma maneira ou de outra, a disseminação de notícias falsas é tão antiga quanto a própria língua, muito embora a questão tenha alcançado especial importância como consequência do fato de que a Internet, em especial no popular ambiente das redes sociais, proporcionou acesso fácil a receitas provenientes de publicidade, de um lado, e de outro, do incremento da polarização política-eleitoral, com possibilidades reais de que a prática venha a influenciar indevidamente as eleições de um país.

Como muitos fenômenos sociais, ele apenas se adaptou. Sempre existiram, apenas ganharam sua “versão politicamente orientada.” (DEROSA, 2019, p.23). Ori-

entada na tentativa de ludibriar e dificultar ainda mais para que o leitor acredite e não busque outras fontes.

As eleições de 2018 merecem destaque e tornaram a expressão “*Fake News*” tão popular. De fato que é corriqueira a prática de ataques em propagandas eleitorais em tempos de eleições. Em um caso hipotético, o candidato “X” ataca o candidato “Y” por postagens e imagens falsas de obras não terminadas ou até mesmo que teriam sido super faturadas. Algo normal, um direito do cidadão em cobrar dos serviços públicos desde que essas afirmações sejam verdadeiras, e caso sejam inverídicas, formam a prática delituosa em comento.

Durante o período eleitoral no ano de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral prestou rápida resposta ao combate desses ilícitos. De cinquenta ações protocoladas na Corte, quarenta e oito delas foram respondidas prontamente, levando em média mais ou menos dois dias para o Tribunal decidir sobre os pedidos liminares (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO TSE, 2018).

Mas parece que um candidato caiu em uma dessas duas ações que não foram respondidas prontamente. O candidato naquele ano, atual Presidente da República, foi alvo de notícias falsas. Uma delas foi a acusação de impulsionar mensagens em massa por meio do aplicativo *Whatsapp*, as quais seriam financiadas por uma rede de empresários.

Ataques da mídia eram previsíveis visto que uma das promessas eleitorais do atual Presidente foram os cortes de verbas destinados a imprensa que por muito tempo no governo anterior receberam grandes quantias e que por mais tempo ainda, deixaram de noticiar os efeitos danosos que os governos anteriores e seus aliados cravaram no país.

Ainda no mesmo ano, o atual Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump foi também alvo de *Fake News*. Jornais espalharam manchetes intitulado o até então candidato como um extremista. Conforme Derosa (2019, p.58):

Os jornais norte-americanos e brasileiros repetiam exaustivamente declarações de celebridades que buscavam intimidar Trump a desistir de concorrer à presidência. Chegaram falsear as declarações sobre sua política migratória, tentando dar a impressão de que Trump iria expulsar todos os estrangeiros do país.

Imagem igualmente atribuída ao atual do Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro que em segundo turno, com 55% dos votos foi eleito democraticamente. Esses são apenas alguns dos casos que aconteceram nesse período e que hoje soma muito mais.

3 FAKE NEWS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Neste segundo momento é necessária uma delimitação do direito de expressão, garantido constitucionalmente, e de outro, notícias inverídicas sobre fatos ou pessoas.

3.1 O direito de expressão pessoal e jornalístico

Com a evolução do Direito e a busca pela formação de uma sociedade garantidora de direitos fundamentais a todos os cidadãos que nela residem, há de se destacar que as liberdades públicas que nasceram antes mesmo do Estado Liberal fossem sacramentadas. Em especial no presente artigo, o direito de liberdade de pensamento.

Conforme Rocha (2018, s.p):

A defesa da liberdade de expressão tem origem no século XVII, mais precisamente no ano de 1644 na Inglaterra quando é publicada a obra *Aeropagitica* de John Milton. Referida publicação defendia a ideia de uma imprensa livre e sem censura, independente de autorização do Governo, a fim de atingir a total liberdade de expressão e ideais.

Tal direito, se transformou em uma poderosa arma contra um Estado totalitário e ditador. Além de garantido por nossa Carta Magna, está previsto em outros diversos tratados internacionais. Pode-se destacar a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão de 1789, reconhecida e declarada em Assembleia Nacional pelos representantes do povo Francês, destacando-se os artigos 10 e 11:

Art. 10. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Na Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos IV e IX: “IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]” (BRASIL, 1988, s.p)

Nesse norte, é garantido que um cidadão possua além de sua liberdade física, o popular direito de ir e vir (salvo casos específicos na Constituição) tenha também o direito de expressar o que está em sua mente, através de seus pensamentos e ideias. Ainda, há previsão legal no artigo 220 da Carta Magna:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. [...]. § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade. (BRASIL, 1988, s.p)

O artigo é claro, garante toda a manifestação do pensamento, mas ao final coloca ressalvas. De acordo com Rais (2018, p.93) “A Constituição Federal, em seu art. 220, estabelece que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e informação

não poderão sofrer qualquer restrição, observadas, por óbvio, as disposições de nossa Lei Fundamental”.

Desta forma, mesmo que seja garantido o direito a expressão e informação, houve a necessidade de colocar certos limites para não ocorrer excessos.

Nesse momento, é necessária a definição e diferenciação de liberdade de expressão e liberdade de informação conforme Barroso apud Rocha (2018, s.p):

Luis Roberto Barroso defende que a liberdade de expressão pode ser dividida em duas espécies; a liberdade de expressão em sentido estrito e a liberdade de informação. Para Barroso, a diferença entre essas duas espécies é o necessário compromisso desta com a verdade, enquanto que aquela não tem que necessariamente ser fiel aos fatos, podendo ser simplesmente a representação de pensamentos e impressões de quem as emite, ainda que não conivente com a realidade objetiva.

Desta forma encontram-se dois pontos. De um lado a liberdade de informação que está obrigatoriamente conexas com a verdade. Assim, quando a verdade acaba se desconectando, há o surgimento das “*Fake News*”. De outro lado, a liberdade de expressão está ligada em uma verdade subjetiva, algo que pode variar com o olhar de quem a expressa. Corroborando para melhor entendimento, destaca Rocha (2018, s.p) que:

O direito à informação se preocupa com o receptor do discurso, diferentemente da liberdade de expressão stricto sensu que tem enfoque no emissor da mensagem. Enquanto esta diz respeito à possibilidade de quem fala manifestar livremente seus ideais e posicionamentos, aquela se preocupa com o recebedor da informação e com o conteúdo transmitido.

Assim, é necessário cautela no uso dessa liberdade. Ainda mais com a internet em que informações são palavras jogadas ao vento e alcançam os horizontes. A liberdade de informação não pode ser absoluta, é necessário o compromisso com a ética e a verdade, sob pena de responsabilização a ensejar a cabível indenização. (RAIS, 2018) Sobre o assunto, pode-se citar a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso Especial. Direito de informação, expressão e liberdade de imprensa. Direitos não absolutos. Compromisso com a ética e a verdade. Vedação à crítica difamatória e que comprometa os direitos da personalidade. Dano moral. Indenização. Arbitramento. Método bifásico. A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; por seu turno, a liberdade de expressão destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano. A liberdade de imprensa, por sua vez, é manifestação da informação de informação e expressão, por meio da qual é assegurada a transmissão das informações e dos juízos de valor, a comunicação de fatos e ideias pelos meios de comunicação social de massa. As liberdades de informação, de expressão e de imprensa, por não serem absolutas, encontram limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, tais como o compromisso ético com a informação verossímil; a preservação dos direitos da personalidade; e a vedação

de veiculação de crítica com fim único de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*). 4. A pedra de toque para aferir-se legitimidade na crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia, devendo ser considerado abusivo o exercício daquelas liberdades sempre que identificada, em determinado caso concreto, a agressão aos direitos da personalidade, legitimando-se a intervenção do Estado-juiz para pôr termo à desnecessária violência capaz de comprometer a dignidade. [...] 6. Detectado o dano, exsurge o dever de indenizar e a determinação do quantum devido será alcançada a partir do método bifásico de arbitramento equitativo da indenização: uma primeira etapa, estabelece-se o valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes, na segunda etapa, as circunstâncias do caso serão consideradas, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. 7. Recurso especial provido.

Isso não quer dizer censura, longe disso. São limites necessários para falar sobre as verdades dos fatos.

É possível vislumbrar as consequências em um caso hipotético que ao noticiar falsamente que um inocente cometeu o crime de estupro. A vítima da notícia falsa além de ter sua honra manchada corre o risco de perder sua vida. As palavras possuem um forte poder, capaz de mudar o mundo de alguém ou também acabar com ele.

3.2 O inquérito que apura o poder da caneta e a caça às bruxas

O inquérito, procedimento criminal investigativo, foi instaurado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli.

No mês de março de 2019, através da portaria GP Nº 69, deu-se início no inquérito 4.781 onde inicialmente se apurava possíveis notícias fraudulentas *Fake News*, denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calunandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, extrapolando a liberdade de expressão. (MORAES, 2019)

Toffoli designou Alexandre de Moraes para conduzir as investigações do Inquérito. Moraes determinou a expedição de mandados de prisões contra blogueiros e ativistas do movimento de direita, apoiadores notórios do Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, movimento que tomou o apelido de “caça às bruxas”.

Ainda, determinou a retirada da matéria denominada “O amigo do amigo do meu pai”, publicada na revista *Crusoé* e *O Antagonista*. Segundo Bomfim (2019, s.p):

Moraes havia considerado a reportagem da “*Crusoé*” um “típico exemplo de fake news” porque a Procuradoria-Geral da República (PGR) afirmou que não havia recebido um documento que comprovaria que Toffoli era o personagem apelidado de “amigo do amigo de meu pai” em um e-mail trocado entre o empresário Marcelo Odebrecht e dois executivos da construtora, ao contrário do que afirmou a revista.

De fato, são acusações realmente graves, onde coloca um membro da Corte, envolvido em um dos maiores casos de corrupção do País, só que infelizmente as notícias possuíam fundamento. A emissora TV Globo confirmou que o documento em comento foi anexado aos autos da Lava Jato no dia 9 de abril, e seu conteúdo é o que a revista “Crusoé” descreveu na reportagem que foi censurada pelo STF. (BOMFIM, 2019)

Ainda, a decisão causou diversas críticas no meio jurídico. Uma delas foi de Raquel Dodge, Procuradora-geral do Brasil naquele tempo, onde afirmou através de informações enviadas ao Supremo que a função de investigar não se insere na competência constitucional do órgão do Poder Judiciário e ainda defendeu o arquivamento do inquérito (HENRIQUES, 2018).

O ministro Marco Aurélio Mello ainda defendeu que ao tomar conhecimento de crime, o Supremo deveria acionar o braço acusador do Estado, que é o Ministério Público e ainda criticou a escolha do relator do inquérito, a qual foi realizada sem sorteio (HENRIQUES, 2018).

No dia 26 de maio de 2020, em decisão do Ministro Relator Alexandre de Moraes ao analisar as provas até então colhidas no inquérito, entendeu que havia indícios de uma organização criminosa, determinando uma série de diligências, e ainda a busca e apreensão de tablets, computadores, celulares e equipamentos eletrônicos, de diversas pessoas tidas como financiadores e propagadores de notícias falsas. (MORAES, 2020)

Mesmo depois de diversas críticas e até mesmo o pedido de arquivamento do inquérito pela PGR, Moraes continuou em busca da responsabilização de todos que podem algo criticando decisões proferidas do STF.

Em decisão datada de 1 de julho de 2020, o Ministro Relator Alexandre de Moraes determinou a prorrogação do inquérito por mais 180 (cento e oitenta) dias, contados do dia em que encerraria o prazo anterior (15 de julho de 2020). O Relator entendeu necessário o prosseguimento das investigações. (MORAES, 2020)

Ou seja, ainda não se tem como saber qual será o resultado prático dessa investigação.

4 PROPOSTA PARA TRATAMENTO DAS *FAKE NEWS* NO CENÁRIO NACIONAL E INTERNACIONAL

Por fim, e não menos importante, torna-se necessário a demonstração dos dispositivos legais e projetos que tentam coibir a divulgação de notícias falsas na sociedade atual.

4.1 Combate às Fake News na seara internacional

É fato que a busca desenfreada do poder não é apenas uma realidade do Brasileiro. Para alcançá-lo, diversos meios são empregados e a mentira é uma forte ferramenta para derrotar o adversário.

Nesse sentido, medidas para coibir falsas notícias são implantadas, e uma

delas foi apresentada pela comissária Marya Gabriel, em novembro de 2017, em uma conferência em Bruxelas, anunciando a criação de grupo de trabalho composto de especialistas para opinar sobre a desinformação, e ainda apresentou princípios seguidos pela abordagem europeia sobre o problema da desinformação. (RAIS, 2018)

Princípios estes que de um País para o outro podem ter efeitos bem diferentes, considerando a cultura, desigualdade social, e o principal, o acesso a educação ou a falta dele.

De acordo com Meneses (2019, s.p) “Há nesta altura mais de dez países, em diversos continentes, com leis ou projetos de lei para combater aquilo que de uma forma genérica é designado por desinformação ou, mais especificamente, por “fake news”.

Busca essa que se torna desigual quando em um país, há uma série de outros problemas para serem solucionados com maior urgência

Ainda, segundo Meneses (2019, s.p):

Nesta lista estão países como os Estados Unidos, a China, a Rússia, a Alemanha ou a França, o que não pode deixar de ser merecedor de múltiplas reflexões – “The more democratic a society, the more damaging fake news is”. Outros países nas mesmas circunstâncias são, por exemplo, as Filipinas, a Itália ou a Índia, segundo Hacıyakupoglu et al. (2018). Já a Comissão Europeia optou por um Código de Conduta, que agrega representantes das plataformas online, agentes da indústria da publicidade e líderes das redes sociais, sendo “a primeira vez que a indústria, a nível mundial, chega a um acordo voluntário de autorregulação para combater a desinformação”.

O que há de ser pensado é que em países muito mais desenvolvidos em vários aspectos comparados com o Brasil já estão com problemas na busca de uma solução, então medidas realmente eficazes podem demorar a chegar por terras tupiniquins.

4.2 Cenário Nacional no combate de notícias falsas

O Brasil como tantos outros países, busca meios para acabar com as notícias falsas. O tema se tornou atual no ano de 2018. De acordo com Rais (2018, p.96) “Isso tanto é verdade que a Polícia Federal criou um grupo de trabalho, em conjunto com o Tribunal Superior Eleitoral e Procuradoria-Geral da República, objetivando coibir as *fake news* nas eleições de 2018”.

No presente dia, por exemplo, falsas notícias sobre a cura da COVID-19 ou até mesmo sobre o seu contágio circulam livremente pela internet sem coação. Importante lembrar do caso de estupro recente em Santa Catarina, onde um site criou e divulgou o termo “Estupro culposo” que teria sido usado na sentença. Em poucas horas foi muito compartilhado, e ao ser questionado, o site se retratou sobre o termo.

No ano de 2014 foi instituído o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014, de acordo com Rais (2018, p.96) “que veio a dispor sobre princípios, garantias, direitos e deveres para uso da internet no Brasil, disciplinando em seu art. 19 a hipótese de responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

Denota-se que o Marco apresentou meios para um mundo virtual respeitoso, trazendo implicações por danos causados a quem usasse a ferramenta de forma adversa.

Ainda, no âmbito eleitoral, vieram as Leis 13.165/15, 13.487/17 e 13.488/17, para modificarem a lei Lei Eleitoral- Lei 9.504/97 (RAIS, 2018).

Percebe-se que o meio eleitoral é algo que seguidamente precisa de intervenção, seja com novas leis ou até mesmo a mudança de alguns pontos.

O Senador Ciro Nogueira apresentou o Projeto de Lei do Senado 473, de 2017, o qual acrescenta ao Código Penal o artigo 287- A, imputando detenção, de seis meses a dois anos, e multa, para quem divulga notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou quem afetem interesse público relevante.

Ainda em tramitação, o Projeto de Lei do Senado 473/17 encontra-se com o Senador Relator Rodrigo Pacheco. Em função de sua matéria, tramita com outros Projetos de Lei do Senado para alteração do Código Penal Brasileiro.

Também há o Projeto de Lei 26.630/20 apresentado pelo Senador Alessandro Vieira, o qual foi aprovado pelo Senado e atualmente aguarda revisão e votação da Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei em seus principais artigos traz questões de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, a fim de garantir segurança e ampla liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, com nítido amparo na Constituição Federal de 1988. O projeto ainda prevê um item destinado à transparência e na responsabilidade do uso das redes sociais e prevê, igualmente, um Conselho de Transparência e de Responsabilidade do uso da internet, bem como sanções aplicáveis.

Em uma breve análise, é possível notar que o Projeto de Lei incumbe aos responsáveis pelas redes sociais (e outros meios de comunicações conforme delimitado pelo próprio Projeto) uma maior responsabilidade com a criação dos perfis, sobre as mensagens encaminhadas de forma idêntica a um grande grupo de pessoas, entre outros atos que podem disseminar notícias falsas em massa.

Denota-se que há bons projetos em andamento. O problema está com a morosidade para aprovações e se existe interesse nessas pautas. Enquanto isso não acontece, notícias falsas ou tendenciosas continuam a ser disseminadas todos os dias e o povo, destinatário de tudo isso, fica desamparado, sem saber no que acreditar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar a evolução da notícia com a internet, os direitos e garantias nesse meio e também as sanções legais em casos de excesso. Tema de grande importância diante da atual sociedade que tem acesso a muita informação e em diversos casos com baixa qualidade e de forma parcial.

Em um primeiro momento viu-se que as notícias espalham-se como o vento devido ao avanço da internet. Nesse meio, surgiu a oportunidade perfeita com a criação de notícias para alterar a realidade dos fatos e que possa atingir o lado A, favorecendo o lado B. Conforme sua conceituação é uma nova maneira de falsificar, mentir, destruir com a credibilidade do inimigo. Sabendo que uma maioria da população no Brasil pouco busca a veracidade de uma informação, acreditando em tudo que é mandado no grupo do *Whatsapp* ou na rede social *Facebook*, compartilhando tudo o que está em

seus olhos e com apenas um *click* alcança muitos outros leitores, criam notícias falsas fazendo até o diabo virar santo ou vice-versa.

Posteriormente, abordou-se sobre o direito à liberdade de expressão, e sua diferenciação com a liberdade de informação. Enquanto a primeira representa a simples expressão do pensamento de quem às emite e não necessariamente a realidade dos fatos, a segunda está compromissada com a verdade e a fidelidade aos fatos. Ainda, em análise a um inquérito instaurado no STF de forma duvidosa, com decisões questionáveis, levantam dúvidas sobre um possível ataque a liberdade de expressão, tornando os membros da Corte intocáveis.

Finalmente, a título de fechamento intensificou-se na busca de soluções sobre o delito em comento, tanto nacionalmente como internacionalmente. Projeto de leis que visam colocar limite nos usuários da internet, na tentativa de colocar paz e veracidade no mundo virtual e de outros meios de comunicação, respeitando sempre o direito alheio. Ainda em tramitação, há projetos de lei que tenta tipificar o delito, descrevendo a pena e a série de atos que constituem o tipo penal. Há também, projetos que buscam por alterações na responsabilidade sobre o que é criado e divulgado em suas nas plataformas.

A antiga arte filosófica do pensar está sendo deixada de lado. Se já é difícil criar um rótulo que as pessoas realmente leiam em um alimento, sobre as informações não é diferente.

Antigamente o problema era a escassez de informações, hoje é seu excesso. Excesso que não carrega credibilidade. Velocidade em chegar, mas lentidão em checar. Não é algo realmente imparcial e que tenha apenas o simples objetivo de trazer a realidade. É um dilema em deixar de procurar por informações e ficar desinformado ou procurar e sair mal informado.

A verdade se tornou selecionada, onde a informação é tida como verdadeira se tem o viés ideológico e partidário do leitor, não levando em consideração a fonte ou qualidade. Um site criador de notícias falsas, um canal de televisão ou até mesmo no Youtube só existe devido ao seu público. O ciclo se encerra caso as fontes de compartilhamento (leitores) quebrem as conexões.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO TSE. **TSE atuou com celeridade no julgamento de processos sobre fake News durante as Eleições de 2018.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br>. Acesso em: 11/set/2020.

BOMFIM, C. **Alexandre de Moraes revoga decisão que censurou reportagens de ‘Crusóé’ e ‘O Antagonista’.** Disponível em: <https://g1.globo.com>. Acesso em: 29/Nov/2020.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 12/set/2020.

CARVALHO, G. A. C. L.; KANFFER, G. G. B. **O tratamento Jurídico das Notí-**

cias Falsas (fake news). Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 12/set/2020.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 11/set/2020.

DELMAZO, C.; VALENTE J. C. L. **Fake News nas redes sociais online: Propagação e reações à desinformação em busca de cliques.** Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt>. Acesso em: 01/out/2020.

DEROSA, C. **Fake News: Quando os jornais fingem fazer jornalismo.** Florianópolis: Estudos Nacionais, 2019.

HENRIQUES, M. **Entenda o inquérito do Supremo que investiga ameaças à Corte e veja os pontos polêmicos.** 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com>. Acesso em: 29/nov/2020.

MENESES, J. P. **Como as leis estão a definir (e a criminalizar) as fake news.** Disponível em: <https://journals.openedition.org>. Acesso em: 29/nov/2020.

MORAES, A. **Decisão no inquérito para a apreensão dos aparelhos eletrônicos e retirada de informações sobre.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29/nov/2020.

_____. **Decisão prorrogação do prazo do inquérito.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29/nov/2020.

RAIS, D. **Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito.** São Paulo: atlas, 2018.

ROCHA, R. V. **Liberdade de Expressão versus Direito à Informação: As consequências fático-normativas dos excessos cometidos por veículos de comunicação.** Disponível em: <http://repositorio.ufu.br>. Acesso em 11/set/2020.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de metodologia científica.** 9. ed. Lages, SC: PAPERVEST, 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei 473/17.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de notícia falsa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br>. Acesso em: 29/nov/2020.

_____. **Projeto de lei 26.630/20.** Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br>. Acesso em: 29/nov/2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. Disponível em: <https://stj.jus->

brasil.com.br. Acesso em: 26/nov/2020.

TORRES, L. **Pesquisa aponta que *Whatsapp* é a principal fonte de informação de 79% dos entrevistados.** Disponível em: <https://www.senado.leg.br>. Acesso em: 01/out/2020.

A EDUCAÇÃO COMO FORMA DE RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL EM SANTA CATARINA

Edvaldo Gonzaga Rocha¹
Joel Saueressig²
Diego Espinoza³
Cezar Augusto Galvão Brandt⁴
Diego Fernando Sá⁵

RESUMO

A aprovação das diretrizes nacionais para a oferta da educação em estabelecimentos penais em 2009 possibilitou o acesso dos reeducandos à educação e ao mesmo tempo tem gerado reflexões sobre a eficácia de um projeto político pedagógico para o sistema penitenciário brasileiro, em consonância com os dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e da Lei de Execução Penal. Nesse sentido, a legislação educacional e penal, favorece a articulação entre as ciências do direito penitenciário e da pedagogia com a finalidade de harmonizar dois campos profissionais distintos e ao mesmo tempo, neste contexto, com objetivos semelhantes. Tomando Foucault (1987) como inspiração teórica, agir de forma humanitária seria uma forma de resguardar a humanidade dos profissionais que exercem o poder, não somente em relação ao que cometeu o crime. A proposta de humanização requer condições ao estudo, trabalho, momentos de formação profissional e o direito à liberdade religiosa. Esses aspectos são capazes de contribuir para a ressocialização definitiva. Este estudo é baseado no contexto prisional de Santa Catarina. A socialização do PPP aos profissionais responsáveis pela educação neste ambiente pode ser um instrumento de educacional de ressignificar, o conceito historicamente atribuído ao criminoso, a partir da ressignificação da reabilitação penal através da educação carcerária no Brasil.

Palavras chave: Ressocialização. Educação Carcerária. Logística interna. Humanização. Ressignificação.

¹ Acadêmico da 10ª fase do curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Graduado em direito pela PUC\PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC\RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

⁵ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest.

EDUCATION AS A FORM OF RESOCIALIZATION IN THE PRISON SYSTEM IN SANTA CATARINA

Edvaldo Gonzaga Rocha¹
Joel Saueressig²
Diego Espinoza³
Cezar Augusto Galvão Brandt⁴
Diego Fernando Sá⁵

ABSTRACT

The approval of the National Guidelines for the Offer of Education in Penal Establishments in 2009 made it possible for reeducates to access education and, at the same time, has generated reflections on the effectiveness of a political pedagogical project for the Brazilian penitentiary system, in line with the provisions of the Law of Education Guidelines and Bases and the Penal Execution Law. In this sense, the educational and penal legislation, favors the articulation between the sciences of penitentiary law and pedagogy with the purpose of harmonizing two different professional fields and at the same time, in this context, with similar objectives. Taking Foucault (1987) as a theoretical inspiration, acting in a humanitarian way would be a way to safeguard the humanity of the professionals who exercise power, not only in relation to who committed the crime. The humanization proposal requires conditions for study, work, moments of professional training and the right to religious freedom. These aspects are capable of contributing to the definitive resocialization. This study is based on the prison context of Santa Catarina. The socialization of the PPP to the professionals responsible for education in this environment can be an educational instrument to resignify the concept historically attributed to the criminal, from the resignification of penal rehabilitation through prison education in Brazil.

Key words: Prison Education. Internal logistics. Humanization. Resignification

¹ Acadêmico da 10ª fase do curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Graduado em direito pela PUC/PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC/RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

⁵ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho busca elucidar os meios de ressocialização do indivíduo, os quais cumprem pena nos presídios, em especial dentro do sistema prisional de Santa Catarina.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato de ser garantido o ensino público em qualquer idade, especificamente, em prisões, como uma modalidade de inclusão educacional.

Primeiramente é interessante ressaltar a conceituação de crime e pena versus ressocialização, para que dessa maneira seja possível esclarecer os motivos de inserir um indivíduo ressocializado na sociedade, pois permeia a busca de dois eixos uma nova postura e oportunidade em relação ao apenado, e menos índices reincidências, efetiva reintegração social através da mudança de mentalidade, tanto da sociedade em relação ao apenado, como o ponto de vista do próprio em relação à sociedade, a qual muito acusam ser a causa de seus atos criminosos.

Assim, a justificativa deste estudo centra na necessidade de manter e ampliar as oportunidades educacionais no ambiente prisional, a fim de estimular a reinserção social e a aquisição de conhecimentos que dêem suporte aos reeducados para exercer uma profissão durante o período carcerário ou após entrarem em liberdade.

Por conseguinte, a problemática a que se direciona esta pesquisa, baseia-se nas limitações estruturais e físicas que a educação carcerária enfrenta no Estado de Santa Catarina, como a falta de mobilidade interna dos reeducando até a sala de aula, assim também o pouco conhecimento dos agentes em relação à importância do estudo e da proposta de ressocialização.

Partindo desse pressuposto, a pesquisa visa contribuir com reflexões junto aos profissionais envolvidos nesse contexto, buscando minimizar os transtornos relacionados ao acesso às salas de aula.

O problema a que se direciona esta pesquisa, baseia-se nas limitações estruturais e física nas quais a educação carcerária enfrenta no Estado de Santa Catarina, como a falta de mobilidade interna dos reeducandos até a sala de aula, assim também o pouco conhecimento dos agentes e da sociedade em relação à importância do estudo e da proposta de ressocialização. Partindo desse pressuposto, a pesquisa visa contribuir com reflexões junto aos profissionais envolvidos nesse contexto, buscando minimizar os transtornos relacionados ao acesso às salas de aula.

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral presente proposta centra-se na necessidade de reintegração física e mental do sujeito, junto aos seus familiares e com uma profissão, sendo este um diferencial nos presídios com a mesma visão e podem apresentar resultados mais positivos que os demais.

Como objetivos específicos, visa oportunizar a reflexão da reintegração social e o que isso implica, assim, garantir o cumprimento dos direitos e deveres do cidadão e especialmente, viabilizar um emprego para o sustento do sujeito e seus familiares.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvido, em um primeiro momento, o estudo do conceito de crime, pagamento da pena e conceito de socialização a fim de ressignificar as formas de penas que evoluíram com o passar do tempo.

Posteriormente, será analisada no segundo item, a reflexão referente à prisão

do corpo e ao mesmo tempo, do corpo, visto que, ambos ociosos, tornam-se um problema na vida do sujeito, seu contexto prisional e sua família.

Finalmente, em um terceiro item, superada a fase de explanação dos conceitos acerca do tema, abordar-se-á sobre as questões referentes às formas de ressocializar, dando-lhe suporte para o retorno ao convívio em família e sociedade, através da garantia de estudo e trabalho no período de pós-encarceramento.

A ressocialização e a crença nesta, já devem começar dentro do ambiente prisional, propondo neste contexto, oportunidades de recomeçar; como ofertas de estudo, trabalho e acompanhamento terapêutico. Neste momento, são oferecidas estas são possibilidades de integrar esse sujeito à sociedade, e nesse viés, em especial nas prisões do Estado de Santa Catarina, a “devolução de um ser regenerado”, agora com uma ressignificação em relação à sociedade, através de um atendimento humanizado.

2 CONCEITUAÇÃO E HISTÓRICO DE CRIME X CONCEITUAÇÃO DE RESSOCIALIZAÇÃO

O presente trabalho oferece uma reflexão das formas utilizadas pela estrutura penitenciária destinada à ressocialização dos detentos e a partir de agora, reeducando. Assim, com propostas de retorno social portando certificados de estudos e uma profissão, pois ambos darão suporte à vida social digna.

Muitos dos discursos pedagógicos ainda recaem sobre o aluno, os que aqui poderiam ter sido rotulados como “maus alunos” quando conviviam no ambiente educacional regular, no entanto, não é aqui o julgamento ao comportamento, relacionado à proposta de ressocialização, mas sim, dar tempo à reflexão e pensamento sobre o que poderia ser feito para ressignificar sua visão social e o preconceito da sociedade em relação ao reeducando.

Assim, será feito uma revisão referente à possibilidade de ressocialização através de práticas educativas que mantenham o interno ocupado através de momentos nos quais necessita envolvimento físico e cognitivo.

É necessário primeiramente entender na história a conceituação de crime. Dessa maneira, de acordo com o que reza a Lei de introdução ao Código Penal, em seu artigo 1º:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1940, s.p)

Em conformidade com a citação alocada considera-se crime, as infrações que a lei comina pena de reclusão ou detenção, bem como pena de multa, contravenção e infração penal, respeitando cada uma sua gravidade e aplicabilidade em conformidade com as determinações previstas em lei.

Prado (2005, p.225), remete a história comparada na busca da compreensão do que é crime:

A concepção tripartida tem como marco histórico o Código Penal Francês de 1791, segundo o qual os crimes lesavam direitos naturais (v.g., vida); os delitos violavam direitos originários do contrato social (v.g., propriedade) e as contravenções infringiam disposições de regulamentos de polícia.

De acordo com o mesmo autor, observa-se que já em 1791 na França, era prevista uma concepção de crime, como os atos que violavam direitos alheios. Assim, quando criminosos cometem delitos, o Estado aplicar-lhe uma pena como forma de punição, quando estes são reincidentes pelo mesmo crime, é um alerta ao Estado que a pena aplicada não teve o efeito educacional esperado.

No entanto, juristas defendem variáveis tipos de pena, para um cumprimento igualitário entre crime X pena, que no sistema carcerário muitas vezes é apenas para uma resposta à sociedade, um encarceramento sem fundamento, de uma decisão magistrada entre a dúvida e a pressão pública. Conforme traz Foucault (1987, p.339): “Se muito tempo antes do crime, muito tempo antes da acusação, podeis escrutar a vida do acusado, penetrar em seu coração, sondar seu âmago mais escondido, pôr a descoberto todos os seus pensamentos, sua alma inteira [...]”.

Isso demonstra que muitas vezes o que o sujeito sentiu e viveu durante todo o tempo anterior ao crime, souou para que este acontecesse, entretanto, mesmo que não se justifique atitudes contra o próximo para tentar compensar os crimes, torna-se mais compreensível ao entender os motivos que o preconizaram, ou simplesmente, representa uma forma de “poder” nunca antes conquistada ou sentida.

Beccaria (2014, p.24) remete que uma decisão deve ser fundamentada para encarcerar alguém. Dando ênfase ao proposto: “Assim, deve estabelecer, de maneira fixa, por que indícios de delito um acusado pode ser preso e submetido a interrogatório”. Assim, no contexto educacional, o foco é a reeducação, independente de qualquer julgamento ou culpa, pois esta função cabe somente à lei, sendo que o ambiente escolar prisional não deverá interrogá-lo sobre seus feitos.

Por conseguinte, o simples fato de estar em uma prisão, não significa culpabilidade do suposto criminoso, ficam as famílias, filhos, pais, irmãos com a esperança de um julgamento justo e humanizado perante a lei, após uma investigação concreta, pela parte policial, o mais rápido possível, para que no dia do seu julgamento esteja presente a seu favor, a imparcialidade.

Beccaria (2014, p.24-25) remete que não basta encarcerar na mesma masmorra um acusado e um criminoso já julgado:

A razão esta que no sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é que a prisão entre nos é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado.

O autor transmite a ideia que se encarcerar em uma prisão um cidadão que esta apenas sendo acusado de um crime, com criminosos já julgados e com anos de prisão, este acusado pode ao invés de ressocializar, transformar-se em criminoso de ainda maior periculosidade, e aprender as mais variadas artimanhas de presos que estão carregados de anos para cumprimento de pena, exemplo no Brasil à “lei dos 30”, ou seja,

o criminoso fica preso a pena máxima que é de 30 anos. Sendo assim, o Estado deve ter em mente o que teve de propostas de ressocialização em tantos anos de encarceramento.

3 ENCARCERAMENTO DO CORPO X PRISÃO DA ALMA NA PERSPECTIVA DA LIBERTAÇÃO

O encarceramento do corpo, por si só, já é um grande castigo, em dimensão ainda maior, o encarceramento da alma, pois, segundo Mittermaier apud Foucault (1987, p.20), “que o castigo, se assim posso exprimir, fira mais a alma do que o corpo”. Essa prisão nos dois sentidos é capaz de minimizar o ser humano e sua capacidade de resiliência e ressignificação.

Por isso, o ambiente atual do sujeito e a sociedade contribuem para que as oportunidades sejam eficazes nesse processo. Assim, com a modernização e humanização nos diversos setores, o cumprimento das penas reconfigurou seu sistema em relação ao pagamento das penas, ou seja, seus castigos são menos físicos, no entanto, abalam mais o psicológico, por isso, para a ressocialização é tão importante o apoio e compreensão por parte da sociedade. Foucault (1987, p.12) destaca:

Punições menos diretamente físicas, uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso acaso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.

Para que a sociedade compreenda sua função nessa tarefa de ressocializar, sem emitir juízos ou preconceitos, é necessário entender sobreressocialização, o sentido de “repartir a socialização”, o ato de lidar novamente com os outros, retomar a vida em grupo, em sociedade, na área do direito penal, ressocialização refere reeducação social do apenado durante e depois do cumprimento da pena (BRASIL, 1984).

O infrator tem o direito de após cumprir sua pena, de forma digna, ser reinserido a sociedade, apto a viver e obter sua subsistência de forma legal e igualitária sem preconceitos. O Portal da Secretaria de Educação do Estado de Santa Catarina (2016, p.23-24) destaca:

A educação de jovens e adultos é um dos principais meios para se aumentar significativamente a criatividade e a produtividade, transformando-as numa condição indispensável para se enfrentar os complexos problemas de um mundo caracterizado por rápidas transformações e crescente complexidade e riscos. O novo conceito de educação de jovens e adultos apresenta novos desafios às práticas existentes devido à exigência de um maior relacionamento entre os sistemas formais e os não formais e de inovação, além de criatividade e flexibilidade. Tais 24 Plano Estadual de Educação em Prisões desafios devem ser encarados mediante novos enfoques, dentro do contexto da educação continuada durante a vida. Promover a educação de adultos, usar a mídia e a publicidade local e oferecer orientação imparcial é responsabilidade de

governos e de toda a sociedade civil. O objetivo principal dever ser a criação de uma sociedade instruída e comprometida com a justiça social e o bem-estar geral.

Considerando a proposta, com a finalidade de obter maior eficácia para ressocializar o apenado, o Brasil obtém parcerias com organizações não governamentais (ONGs), empresas e setores da igreja, que de alguma forma contribuem para o trabalho de ressocialização, juntamente com a educação, trabalho e cultura. Essas práticas estão previstas na lei de execuções penais (LEP).

Considerando a cidade de Lages – SC onde o presídio masculino obtém uma co gestão com a empresa Reviver Administração Prisional que de uma forma humanizada tem como política de qualidade. Segundo o Portal da Reviver (2020, s.p):

A Reviver em conjunto com o poder público, tem praticado ações positivas que garantem o cumprimento de suas obrigações contratuais, pautadas na LEI DE EXECUÇÃO PENAL, pois cumprir uma pena não deve tirar do interno sua dignidade e condições de ser humano. Através de investimentos constantes, na capacitação de seus colaboradores, utilizando de tecnologia moderna, fornecedores qualificados e a melhora contínua de seus processos asseguram seus resultados e sua sustentabilidade. A REVIVER tem consciência de seu papel na sociedade, quer seja na geração de emprego, renda e tributos, contribuindo para que o detento cumpre sua pena com dignidade e segurança. Porque reviver é possível.

Ao comparar as diferenças dos resultados apresentados, em relação aos sujeitos que aceitam receber o ensino nas diversas áreas e os que não desejam participar desse projeto, destacam a diferença na ressocialização, visto que, os que participam das ofertas de ensino, têm menor reincidência de retornar à prisão, e no período que estão internos, permanecem com comportamento e emoções mais estáveis, não se envolvendo em conflitos, além de terem direito à remissão de pena.

Assim, a forma de ressocialização mais eficaz tem sido a oferta de ensino englobando momentos culturais, visto que, a educação no sistema prisional, além de o reeducando remir sua pena, ele também muitas vezes tem como oportunidade única de estudar, seja em nível fundamental, médio, técnico e graduação, que devolvem a cidadania ao reeducando, acrescentam muito no seu crescimento pessoal, tem uma inclusão social humanizada e quando saem da prisão tem sua inserção no mercado de trabalho.

É necessário entender que esta tipificada na lei 7.210 de 11 de julho de 1984, lei de execuções penais como um direito do preso, sob a luz do artigo 41 desta lei, inciso VI: “Exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas Anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena.” (BRASIL, 1984).

Essas oportunidades fazem com que o sujeito ressignifique seus próprios pensamentos, reveja seus atos e recupere sua auto-estima, pois ocupar-se no período de encarceramento, dá suporte para gerir suas emoções e manter-se ocupado. No entanto, oportunizar o encarceramento como, segundo Foucault (1987, p.29): “Força de trabalho só é possível se ele está preso num sistema de sujeição onde a necessidade é também um instrumento político cuidadosamente organizado, calculado e utilizado; o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso”, ou seja, es-

tando sujeito também às suas vontades e motivações pessoais versus a obrigatoriedade e pressão externas.

Por conseguinte, as atividades que devem ser exercidas no período de ressocialização, não devem ferir a integridade e dignidade humana, visto que o objetivo da proposta é justamente a reintegração física e mental, sendo este um diferencial nos presídios com a mesma visão e podem apresentar resultados mais positivos que os demais. O Portal da Secretaria de Educação do Estado de Santa Catarina (2016, p.24) destaca:

[...] o papel da aprendizagem ao longo da vida é fundamental para resolver questões globais e desafios educacionais. Aprendizagem ao longo da vida “do berço ao túmulo” é uma filosofia, um marco conceitual e um princípio organizador de todas as formas de educação, baseada em valores inclusivos, emancipatórios, humanistas e democráticos, sendo abrangente e parte integrante da visão de uma sociedade do conhecimento. Reafirmamos os quatro pilares da aprendizagem, como recomendado pela Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI, quais sejam: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a ser e aprender a conviver com os outros. Reconhecemos que aprendizagem e educação de adultos representam um componente significativo do processo de aprendizagem ao longo da vida, envolvendo um continuum que passa da aprendizagem formal para a não formal e para a informal.

Também os cursos Técnicos de corte de cabelo e de servente de pedreiro, junto aos demais cursos que dão suporte educacional, há um aumento significativo de resultados práticos em relação aos cursos oferecidos no Presídio Masculino de Lages – SC - têm um resultado extremamente visível e prático, onde o ex-detento cumpre sua pena de forma digna e sai com uma profissão capaz de inseri-lo no mercado de trabalho e com uma percepção de vida digna ao lado de sua família, deixando bons exemplos aos seus familiares.

Caso esse modelo de ressocialização torne-se conhecido, poderá influenciar outras localidades a buscarem investimentos para proporcionar qualidade de vida aos envolvidos.

Assim, elaboração de estratégias que reconfigurem cada vez mais o sistema prisional brasileiro, a fim de apresentar propostas humanizadas, deve considerar e preservar suas individualidades, culturas, conhecimentos, pensamentos e atitudes a fim de ressignificar a proposta de encarceramento “do corpo e da alma”, para novas oportunidades de novas e positivas motivações.

4 REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS EX-DETENTOS NA SOCIEDADE: REALIDADE OU UTOPIA

Cada reeducando que cumpre sua pena e “sai de cabeça erguida pela porta da frente” do ergástulo, leva consigo o conhecimento adquirido nos cursos que participou dentro da prisão, porém, esbarra em uma barreira freqüente e desoladora para quem precisa recomeçar, chamada preconceito, que transforma-se na dificuldade de conseguir trabalho, sendo que, muitos empresários vêm com olhos de incômodo ou obrigação o fato de ter que contratar uma pessoa que cumpriu pena.

A sociedade conta com ambientes formais e informais de educação, assim, as possibilidades de retomada da vida digna existem, no entanto, são limitadas muitas vezes a boa vontade.

No CEJA (Centro de Formação de Jovens e Adultos), o sujeito encontra a continuidade dos estudos, nas relações sociais, as oportunidades de interação e no trabalho, oportunidade de reintegração também social, além de conquistar o próprio sustendo e de suas famílias. Segundo o Plano Estadual de Educação em Prisões (2016, p.72):

Os sujeitos de direitos precisam ser compreendidos por eles mesmos e não por referenciais pré-estabelecidos. O incentivo à criação de ambientes educacionais, que tenham como princípio a alteridade, depende de relações de interação com o outro. É no diálogo e na valorização das diferenças existentes, que isso ocorre, pois o ser humano se constitui como inteiro.

Reconhecer o ser humano em seu direito à “cidadania”, “dignidade” e “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” são direitos previstos já no Artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e destinados a qualquer cidadão. Respeitar as tentativas de reinserção social é uma forma de oportunizar o retorno e convívio à sociedade. Em busca por melhores condições, muitos presídios apostam na oferta de ensino formal, a fim de oportunizar os estudos dentro e fora da prisão, no entanto, na prática, este retorno é diferente e discriminação e preconceito tornam-se habituais nos contextos em que o sujeito está envolvido. O que evidencia isso ainda mais é o Plano Estadual de Educação em Prisões (2016, p.72):

A trajetória histórica da educação em diversidade, e à inclusão, centra-se no pressuposto de que o direito à educação para todos deve ser garantido por meio da efetivação de políticas contra formas associadas à exclusão, em especial aquelas motivadas pelo preconceito, ou discriminação de natureza étnico-racial, de orientação sexual, de identidade de gênero, bem como, qualquer outra decorrente de conteúdos e condutas incompatíveis com a dignidade humana. Desta forma, a educação como se pretende, ideal, requer produção teórica e prática em estreita relação dialógica com as concepções de natureza social e política.

No entanto, muitas vezes, o preconceito permanece durante mais tempo nesse período de retorno, visto que as oportunidades para carreiras profissionais nem sempre acontecem. É preciso ampliar a oferta de políticas sociais para que o sujeito possa retomar a vida que antecedeu o crime, sem precisar voltar transgredir. Uma forma de amenizar esse problema seria que cada estado tivesse uma agência de oportunidades de emprego a ex-detentos, capacitando-os para o trabalho, aumentando as oportunidades de resiliência e motivando-os a manter a dignidade social e no trabalho.

O Art. 1º da Lei de Nº 7.210/84, intitulada Lei de Execução Penal, diz “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. O Art. 10º da mesma lei, determina que é dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, tendo como objetivo a prevenção do crime e a orientação do mesmo a retornar à convivência em sociedade.

Assim, a inclusão social garante-lhe a integração social, possibilitando-o criar novas expectativas e motivações a cerca de um futuro perdido que visualizava entre as paredes de um ergástulo, advindo de um sistema que apenas pune e pouco prepara para retornar à vida em sociedade, e assim, correr o risco de novas transgressões.

O trabalho é o meio pelo qual é facilitado esse acesso para o cumprimento dos valores constitucionais, pois, o mesmo é considerado principal forma de obtenção da dignidade humana, condição essa que é não pode ser vendida ou comprada e irrenunciável, quando não acontece inviabiliza o sustento das famílias, diminuindo, assim, a sua qualidade de vida, influenciando na vida de seus descendentes e estrutura familiar (CAFRUNI, et al apud BRANDÃO; FARIAS, 2013)

Apesar da existência de muitas ações em incentivos tanto dentro dos presídios, como no âmbito social, observa-se que o que é feito no Brasil em termos de apoio a ex-detentos ainda é pouco se comparado a outros países que oferecem estruturas de apoio para quem sai da prisão.

No Brasil, está evidenciado que as vagas ofertadas são caracterizadas como subemprego, devido à baixa qualificação desses sujeitos as oportunidades são para cargos de níveis mais baixos. Isso é nítido entre os semáforos, sendo que muitos dos que vendem balas, grampo de roupa ou até mesmo apenas pedem dinheiro são pessoas que estão de uma forma legal tentando a sua subsistência, que muitas vezes não conseguem e acabam cometendo infrações e delitos para sustentar o vício ou a família.

Propostas de melhores oportunidades de trabalho já existem. Uma delas está prevista na Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999, que diz respeito a uma instituição de cooperativas sociais para inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico através do trabalho, objetivando a promoção da dignidade da pessoa humana e a integração social dos cidadãos. Os egressos de prisões são reconhecidos, de acordo com essa lei, como pessoas que precisam de apoio para obtenção de um trabalho que garanta o seu sustento e a sua manutenção fora do presídio e, a partir daí, retornar ao convívio social (CABRAL; SILVA apud BRANDÃO; FARIAS, 2013).

As cooperativas, pela sua finalidade social entre sociedades empresárias, enquadra-se perfeitamente em um modelo de fornecimento de oportunidades de trabalho e emprego aos egressos do sistema prisional.

Também há a Lei de Licitação de Contratos de N° 8.666, de 21 de junho de 1993, também traz incentivos à reinserção desses cidadãos. Está previsto em seu art. 24 que a licitação torna-se dispensável na contratação de instituição destinada à recuperação social do preso. Assim, percebe-se a demonstração de apoio do Estado aos presos e egressos do sistema prisional no sentido da realização de um trabalho digno que tenha como principal propósito, a reinserção social não apenas do ex-detendo, mas sim, do ser humano. (CABRAL; SILVA apud BRANDÃO; FARIAS, 2013).

Partindo da necessidade de ressignificar as propostas e práticas de reintegração social, o Estado deveria valorizar e proporcionar incentivos fiscais, a fim de demonstrar a eficiência desse tipo de mão de obra a mais empresas parceiras que aceitam o desafio de incluir ex-detentos aumentando as chances de ressocialização embasadas em valores universais e em novas oportunidades no mercado de trabalho, deixando para trás rótulos negativos e assumindo a renovada postura de cidadãos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar a importância da efetivação dessas novas políticas públicas e a ressignificação dos conceitos de inclusão social, que abrangem também no mercado, é fundamental para a diminuição da criminalidade em todo País. A reintegração de detentos e ex-detentos só acontecera quando os governantes demonstrarem à sociedade civil a importância de nossas empresas receberem esses trabalhadores de forma respeitosa digna e sem preconceitos. Esta temática tem sido muito debatida no âmbito social e no Direito Penal e Criminal, além de perceber-se o interesse das autoridades em busca de tentar reverter a situação e oportunizar formas de reinserção social, diminuindo as possibilidades de reincidência nos crimes.

No primeiro item da presente abordagem foi possível refletir sobre o conceito de crime como a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção que o cumprimento da pena evoluiu com o passar dos anos, somado à inovação tecnológica, que transformou o contexto social a fim de que a sociedade reflita sobre o acolhimento, deixando de lado os rótulos, como “ex-presidiário” ou outros preconceitos.

Já em um segundo momento, abordou-se o encarceramento do corpo como também prisão da alma e as limitações que implicam nesse contexto, em que o corpo e a mente não podem permanecer ociosos, sendo que cabe ao sistema penitenciário aplicar a pena, muito além de um castigo, mas que os anos de trancafiamento sejam válidos para o sujeito humanizado e sua dignidade.

Finalmente em uma terceira abordagem, intensificou-se a idéia de que é fundamental que o sistema prisional proporcione meios de saber como agir e o que fazer ao sair da prisão. Assim, o apoio moral, capacitação acadêmica e capacitação para o trabalho, todos capazes de dar suporte à ressocialização.

Ao final, como resultado, salienta-se que é preciso haver uma reavaliação da forma como as prisões caracterizam os internos, muitas vezes, com celas lotadas, misturando sujeitos que cometeram distintas formas de crimes: assassinos, estupradores ou larâpios, atribuindo a todos o mesmo adjetivo, qual seja, bandido, sem considerar suas individualidades ou potenciais.

Repensar as formas de reintegração social e as oportunidades de emprego já deveria começar pela própria prisão, a fim de buscar contrariar o popular rótulo de “escola do crime” para ser “escola de reinserção social”. Por conseguinte, incentivos por parte do governo às empresas é fundamental neste processo, visto que, a falta de políticas públicas e o descaso com as já existentes, limita à sociedade e a ex-detentos o direito de vislumbrar novas perspectivas.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, J. M. F.; FARIAS, A. C. A. **Inclusão Social de Ex-Detentos no Mercado de Trabalho**: Reflexões acerca do Projeto Esperança Viva. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/f> Acesso em: 25/out/2020.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil**. (1988). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em:

Out/2020.

_____. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941.** Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7/12/194) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei de 3.688, de 3 de outubro em 1941). Disponível em:<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/jun/2020.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/jun/2020.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas.** São Paulo: Martin Claret, 2014.

FOCAULT, M. **Vigiar e Punir:** Nascimento da Prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

PRADO, L. R. **Curso Direito Penal Brasileiro:** Parte Geral, arts. 1º. a 120. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REVIVER. **Administração Prisional.** Disponível em: <https://www.reviverepossivel.com>. Acesso: 07/set/2020.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica.** 9. ed. Lages: Papervest, 2020.

SANTA CATARINA. Secretaria de Estado da Educação. Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania. **Plano Estadual de Educação em Prisões 2016 – 2026:** Educação, Prisão e Liberdade, Diálogos Possíveis. DIOESC, Florianópolis: 2017. Disponível em: www.sed.sc.gov.br. Acesso em: 01/jun/2020.

A TUTELA DA VIDA PRIVADA COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.709/18 - A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Elson Mateus dos Santos¹
Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi²
Caroline Ribeiro Bianchini³
Tatiana Zanghelini Ribeiro⁴

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a importância do direito à privacidade, analisar os principais aspectos da Lei nº13.709 de 2018, conhecida como a Lei Geral de Proteção de dados. Esta Lei visa regular as práticas de tratamento de dados pessoais no Brasil, bem como elencar as principais mudanças advindas com a Lei, como seus princípios norteadores, os direitos garantidos aos titulares de dados, e por fim apresentar críticas sobre alguns problemas decorrentes da Lei, como a ineficácia do processo de anonimização de dados, a omissão acerca do direito ao esquecimento, o problema envolvendo tecnologias de reconhecimento facial que estão a um passo de serem implantadas no país e podem colocar em risco as garantias relacionadas ao direito à privacidade.

Palavras-chave: Privacidade. Dados Pessoais. Tratamento de Dados.

ABSTRACT

The present paper aims to present the importance of the right to privacy, to analyze the main aspects of the Law No. 13.709 of 2018, known as the General Data Protection Law. This Law aims to regulate the treatment of personal data in Brazil, as well as to list the main changes resulting from this specific law, such as its guiding principles, the rights guaranteed to data subjects, and finally to present criticisms about some problems due to the law, such as the inefficiency of anonymization data process, the omission related to the right to be oblivion and the problem involving facial recognition technologies that are one step away from being implemented in the country and may endangering guarantees related to the right to privacy.

Keywords: Privacy. Personal data. Data Processing

¹ Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professora Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, Doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

³ Coordenadora e Prof. Mestre em Direito, do corpo docente do Centro Universitário UNIFACVEST.

⁴ Professora do Centro Universitário Facvest. Formada em Direito pela Uniplac, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UFSC, Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Facvest, Advogada e Professora Universitária.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente a evolução tecnológica tem mudado a forma como ocorre o tratamento de dados pessoais nas relações entre pessoas e empresas.

O que levou a surgir uma forma moderna de abuso: a divulgação, o compartilhamento e o comércio desenfreado de informações pessoais entre empresas detentoras de dados pessoais na Internet. O que representa uma violação de princípios constitucionais que visam proteger a vida privada das pessoas, e consequentemente, demonstra a necessidade do Estado em regular tais relações.

Neste ponto nasce o seguinte questionamento: o ordenamento jurídico brasileiro trouxe formas eficientes de proteger as vítimas das violações de privacidade e, assim como é capaz de atuar na prevenção e diminuição dos casos, além de buscar uma reparação?

O presente artigo observará o advento da Lei nº13.709 de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados a fim de verificar se esta Lei estendeu a proteção para a vida privada no âmbito do tratamento de dados pessoais.

Ainda, este artigo relata que a previsão Constitucional da proteção do direito à privacidade e como o ordenamento jurídico pretende garantir o direito à privacidade nas formas da Lei geral de proteção de dados, além de analisar as necessidades que motivaram a criação da Lei de proteção de dados, bem como seus institutos protetivos e ainda verificar quais sanções a Lei prevê para as empresas que a violem, e por fim os possíveis problemas que a lei se prontificou a resolver.

Por fim, verificar-se-á sobre os desafios a serem enfrentados pelo Poder Judiciário nos futuros casos concretos, e alguns problemas que acerbam o tratamento de dados, como a ineficácia de procedimento de anonimização de dados, bem como a omissão da Lei Geral de Proteção de Dados sobre o direito ao esquecimento, o uso de tecnologia de reconhecimento facial para fins de propaganda, e por fim, a natureza jurídica e a possibilidade de interferência política na Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

2. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A Lei Geral de Proteção de dados, surgiu com base no ordenamento jurídico dos países que integram a União Europeia e teve como motivação escândalos de espionagem e divulgações de dados pessoais de clientes envolvendo as empresas Cambridge Analytica e Facebook, conforme descreve Carvalho (2019, p. 21-30).

Estes escândalos geraram uma grande discussão acerca da proteção de dados pessoais, esta discussão culminou para a criação da *General Data Protection Regulation*, que regulamenta no âmbito da União Europeia sobre a segurança e proteção de dados na esfera pública e privada, cuja intenção é proteger a privacidade dos dados pessoais de cidadãos europeus.

No Brasil, uma situação similar envolvendo a empresa de telecomunicações Oi, que foi acusada de vender dados pessoais de seus clientes, tendo assim que arcar com uma indenização exorbitante a título de danos morais, e com isso trouxe a discussão sobre a necessidade de regulamentação do direito fundamental da vida privada

conforme Zanatta, (2015, p. 447-470). Percebe-se que a motivação para a criação de ambas as leis foi similar, pois tratam-se de abusos ou violações de grandes empresas que possuem informações pessoais e que não realizaram o devido tratamento de modo a proteger estas informações.

Foi então que em 14 de agosto de 2018, foi sancionada a Lei nº 13.709, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Conforme expõe o site de notícias Senado (2018, s. p.). Esta Lei objetiva apresentar medidas preventivas e protetivas na manutenção e tratamento referente aos dados pessoais privados dos cidadãos com o intuito de evitar violações e compartilhamento não autorizado desses dados.

Cabe ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro não deixou de regular as relações na internet, como visto anteriormente, tendo assim respaldo legal para a maioria destas relações, não havia até então uma Lei que tratasse exclusivamente sobre o tratamento de dados pessoais de maneira específica, obrigando o poder judiciário a julgar os casos concretos por analogia, comparando as relações de tratamento de dados com relações diversas, o que ocasiona instabilidade e desconfiança jurídica. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais surge com o intuito de suprir esta deficiência do poder Legislativo de modo que o poder Judiciário julgue uniformemente em todo o território nacional os casos envolvendo o tratamento de dados pessoais.

O objetivo central da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é proteger a dignidade dos titulares de dados e seus direitos básicos, além de determinar sanções por violações a estes direitos. Para tanto, a Lei, com o intuito de esclarecer e regular a matéria do direito digital, traz alguns conceitos pertinentes em seu artigo 5º e incisos. No inciso I, define dado pessoal como toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

O conceito mais importante deste artigo atribui-se ao de dado pessoal, pois é esta a informação primordial para qual a Lei é voltada, nota-se então que a Lei traduz de maneira clara e objetiva o seu conceito: qualquer informação que possa ser relacionada a uma pessoa natural. Destaca-se aqui, em uma definição mais ampla, trazida por Magro (2020, p.17), sobre a definição de dado:

Sem embargo da definição legal imposta, em termos técnicos, dado se refere a toda informação processada ou armazenada por um computador e expressada na forma de texto, clipes de áudio, programas de software e congêneres, guardados em arquivos/ficheiros e pastas contidos em seu disco rígido.

É necessário destacar que dado difere-se do conceito de informação, como demonstra Magro (2020, p. 17) ao dizer que “dados são fatos brutos que ao serem organizados de modo lógico, tornam-se informação, de modo que possuam um valor adicional comparado ao seu valor se individualmente considerados”. Entende-se então que uma informação nada mais é a que soma de dois ou mais dados correlacionados.

De acordo com a Lei entende-se por dado sensível aquele que se pode expressar uma informação mais íntima sobre a pessoa, das quais podem ser utilizadas com o intuito de discriminar a pessoa. Como exemplo, destaca-se a face humana, que ao ser captada por sistemas de reconhecimento facial podem ser utilizadas para identificar o gênero, raça, etnia, etc., das pessoas e utilizar estas informações para fins discriminatórios ou ilícitos.

Por esse motivo, a Lei vem para proteger ainda mais os dados pessoais sensíveis, afinal o dano decorrido de sua violação é maior que o de dados pessoais.

Deste modo, verifica-se que o objetivo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é garantir uma proteção abrangente aos cidadãos e nas situações que serão diretamente afetadas pelo tratamento e gerenciamento de dados, assim considerada pela Lei em seu artigo 5º, inciso X como toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. Destaca-se então, que o objeto da Lei Geral de Proteção de dados é regular como ocorrerá o tratamento de dados pessoais no âmbito nacional.

A Lei Geral de Proteção de Dados propõe regular todas as espécies de tratamento de dados pessoais, que são definidos como quaisquer informações relacionadas à pessoa natural identificada I (art. 5º, I), incluindo até mesmo aqueles que são considerados públicos ou tornados públicos pelos seus titulares. Estes dados públicos, apesar de estarem previstos de maneiras diferenciadas, encontram-se protegidos pela Lei, que prevê, no artigo 7º, § 3º, que “O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público.

Outro conceito importante é o apresentado à definição de dado anonimizado, que refere-se ao dado pessoal ao qual não se pode identificar o seu titular, bem como o procedimento de anonimização dos dados pessoais, na qual se entende por, através de procedimentos técnicos, eliminar direta ou indiretamente todo o vínculo entre um dado com a identificação do seu titular, sendo impossível de serem associados, conforme dispõe o artigo 5º, incisos III e XI da Lei Geral de Proteção de dados.

Enquanto nos dados pessoais sensíveis, a proteção positivada é maior, nos dados anonimizados ocorre o contrário, isso porque, logicamente, o fato da impossibilidade de identificação da pessoa relacionada ao dado representa um baixo potencial de dano àquele indivíduo.

Cabe ressaltar que após o procedimento de anonimização, caso este procedimento seja revertido, estes dados voltarão a ser considerados como dados pessoais, pois, é o que determina o artigo 12 da Lei Geral de Proteção de Dados: “os dados anonimizados somente serão considerados dados pessoais [...] quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido”. O objetivo do procedimento de anonimização é deixar um dado impossível de ser associado ao seu titular, e caso este procedimento seja ou possa ser revertido, estes dados pessoais serão novamente considerados pessoais para a aplicação da Lei.

A Lei Geral de Proteção de Dados, em seu artigo 5º, inciso XII traz o que vem a ser possivelmente um dos maiores avanços trazidos pela Lei, o consentimento do titular, que deve ser entendido como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Consentimento este que é essencial para que o tratamento possa se concretizar e, portanto, esta manifestação deve ser livre e inequívoca, podendo ainda ser revogada a qualquer momento, conforme será abordado posteriormente, no que diz respeito ao direito à eliminação dos dados pessoais.

Ressalta-se então que o objetivo da Lei é regular o tratamento de dados

possuais e conferir direitos e deveres tanto para os titulares quanto para os responsáveis pelo tratamento de dados. Esta regulamentação aplica-se tanto na esfera pública quanto privada, e não somente no ramo do direito digital, mas qualquer tipo de ambiente em que se dê algum tipo de tratamento de dados pessoais, ainda que físicos.

2.1 O direito à eliminação dos dados pessoais e a sua ineficácia

O artigo 5º da Lei Geral de Proteção de Dados pessoais, dispõe sobre a definição de tratamento de dados e de todas as possíveis operações que possam ser realizadas com esses dados desde a coleta, até a sua eliminação, ponto este de extrema relevância para esta parte do trabalho.

Segundo o texto da Lei, a eliminação dos dados pessoais deverá ocorrer sempre que for verificado o término do tratamento de dados, acontecimento este que se dará nas hipóteses previstas nos incisos do artigo 15 da Lei.

Deste modo, percebe-se que após o alcance da finalidade em que se fundamentou o tratamento de dados, estes devem ser eliminados em virtude do princípio da finalidade, pois uma vez atingida a finalidade, o armazenamento de dados é desnecessário. Outra hipótese é a eliminação dos dados por vontade do titular, que deve comunicar ao responsável pelo tratamento a sua vontade de revogar a permissão que concede o uso de suas informações pessoais. A Lei prevê também que a eliminação dos dados ocorrerá por determinação da autoridade nacional, sempre que houver violação a qualquer procedimento estabelecido pela Lei.

A concessão deste direito demonstra a preocupação do legislador em garantir a autonomia da vontade do titular dos dados, pois a partir de sua decisão poderá optar pelo término do tratamento a qualquer tempo, denota-se a importância da previsão deste direito de eliminação de dados, conforme elenca Pinheiro (2018, p.56-57). Verifica-se que o direito ao apagamento e o direito à portabilidade dos dados pessoais são os direitos com maior impacto sobre a operação de gestão do ciclo de vida dos dados pessoais nas organizações.

O instituto do direito ao esquecimento, é entendido como o direito de ser deixado em paz, direito de estar ou de ser deixado só, e garante ao indivíduo que as informações relacionadas à sua pessoa não se perpetuem indeterminadamente no domínio público, como define Maldonado (2017, p. 266). Deste modo, em consonância com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a Lei busca garantir aos indivíduos que estes decidam quais informações referentes à sua vida pessoal devem manter-se ao acesso de terceiros, evitando assim que a divulgação destas informações lhe cause desconforto ou aborrecimento.

Com o advento de qualquer Lei surgem desafios para a sua devida aplicação nos casos concretos, e com a Lei Geral de Proteção de Dados não vem a ser diferente, dentre estas complicações, verifica-se a ineficácia da anonimização dos dados pessoais, a ausência de previsão acerca do direito ao esquecimento, e a criação do órgão, que terá a função de fiscalizar a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, intitulado como Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Constitui o instituto da anonimização dos dados pessoais, o disposto trazido no art. 18 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o qual é conceituado como a

“utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo”, trata-se, portanto, de uma busca por assegurar um direito ao titular de dados pessoais para que estes dados percam a sua essência, sua função, que seria a de identificar a pessoa por trás dos dados.

Uma vez exigido pelo titular, o processo de anonimização será efetuado e todas as informações relacionadas ao titular serão desassociadas, conforme elenca o art. 18, inciso IV da Lei Geral de Proteção de Dados.

Destaca-se o direito de anonimização garantido ao titular dos dados pessoais, uma vez que a qualquer momento poderá requerer a anonimização de seus dados pessoais. Complementa-se que o Art. 12 da Lei, defende que “os dados anonimizados não serão considerados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização for revertido, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido”. Com esta questão, surge o problema ligado ao fato de que o legislador atribui uma certa flexibilidade ao utilizar os termos “meios técnicos razoáveis”, uma vez que estes meios podem não garantir a efetiva anonimização dos dados.

Os meios técnicos de anonimização de dados não são eficazes, e ao se tratar de um grande banco de dados, com muitas informações, (a citar um banco, ou até mesmo um órgão do Poder Público, por exemplo), estes meios se tornam ainda mais vulneráveis, uma vez que este processo ainda é um ideal longe de ser alcançado. Neste contexto, Bioni (2019, p. 191) esclarece sobre a anonimização de dados pessoais:

Não há um único método ou uma combinação perfeita ex ante para parametrizar o processo de anonimização, devendo-se analisar contextualmente como este deve ser empreendido para que os titulares dos dados anonimizados não sejam reidentificados, nem mesmo por quem procede à sua anonimização.

Percebe-se que a as técnicas de anonimização de dados pessoais encontram-se distantes de ter sua eficácia atingida, e por isso a lei deveria ter uma previsão melhor elaborada para os meios de anonimização, ao contrário da expressão “meios técnicos razoáveis” deveriam ser impostas medidas que de fato pudessem garantir uma anonimização mais efetiva, ou então retirar o termo anonimização do seu texto.

Existe ainda a possibilidade de uma empresa que possui dois ou mais bancos de dados anonimizados utilizar de algoritmos e sistemas que cruzem estes bancos de dados de modo que seja possível identificar o titular, seja de maneira acidental ou proposital, tornando assim a anonimização de dados impossível de ser praticada.

Surge a constatação de que é impossível anonimizar os dados pessoais de maneira eficaz e para tanto, outras medidas deverão ser observadas pelos agentes responsáveis pelo tratamento de dados e também pelos responsáveis pela fiscalização da Lei, de modo que o uso de banco de dados volumosos que constem como bancos anonimizados, atendam aos demais princípios trazidos pela Lei, ressaltando a transparência, a necessidade e que seja sempre demonstrado o consentimento dos titulares.

2.2 O Reconhecimento Facial como Meio de Invasão à Privacidade

Nesta parte busca-se demonstrar os perigos acerca da implementação de tecnologias, em particular, o reconhecimento facial para a divulgação desenfreada de publicidade, invadindo a privacidade das pessoas e violando princípios trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Para uma elucidação do conceito de reconhecimento facial, explica Almeida (2006 p. 19) que “a partir da face humana, é possível extrair características como as posições dos olhos, nariz e boca, que permitem localizá-la e, além disso, identificar uma pessoa” sendo possível então separar características específicas para então reconhecer pessoas com base nestas características.

Este reconhecimento aplicado ao uso de algoritmos permite que uma pessoa possa ser identificada a partir de uma câmera posicionada em um local determinado, conforme ressalta Almeida (2006 p. 23). Sendo assim, basta que uma câmera que supor-te a tecnologia seja instalada em um local público, para que possam ser coletados dados referentes às características fisiológicas das pessoas ou então serem reconhecidas.

O uso desta tecnologia vem se tornando cada vez mais adotado pelos mais diversos países do mundo, como demonstra uma matéria do site de notícias UOL (2019, s. p.) que declara que o governo da China acelera seus investimentos em vigilância em massa para ser capaz de saber, em tempo real, o que fazem seus 1,4 bilhão de habitantes. É inegável que a tecnologia de reconhecimento facial é uma tendência no mundo e com isso surge a necessidade de cautela para sua devida implementação.

As tecnologias de reconhecimento facial utilizam-se de um dado biométrico: a face, que já é reconhecido como dado sensível desde 2011 pela Lei nº 12.414 de 2011, e este entendimento foi reforçado na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que garante uma proteção maior aos dados sensíveis.

Uma vez entendido os aspectos gerais da tecnologia de reconhecimento facial, adentra-se ao seu uso como estratégia abusiva de violação à privacidade com o intuito de realizar o marketing desenfreado.

Preliminarmente, cabe ressaltar que uma relação consumerista já coloca o consumidor em uma situação de vulnerabilidade, pois o inciso I do art. 4º da Lei nº 8.078, de 1990 o Código de Defesa do Consumidor, determina que o consumidor é a parte frágil da relação jurídica de consumo e com o uso de tecnologias de reconhecimento facial a situação destes consumidores se torna mais crítica, pois analisando a face de uma pessoa e suas características físicas, é possível traçar um perfil e adequá-la a um produto ou serviço sem que este demonstre consentimento.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) protocolou uma ação civil pública, processo nº 1090663-42.2018.8.26.0100 da 37ª Vara Cível do Foro central Cível da Comarca de São Paulo, em face da concessionária ViaQuatro, que segundo o IDEC, instalou câmeras que reconhecem a presença humana e realizam uma identificação emocional baseada nas expressões faciais das pessoas que adentram ao metrô, a fim de usar estes dados coletados para demonstrá-los aos anunciantes, para que estes, acompanhem as reações das pessoas perante aos anúncios divulgados nas portas interativas dos metrôs.

Rafael Zanatta, líder do programa de direitos digitais do IDEC, em entrevista para o site de notícias online da folha de São Paulo ressalta que “trata-se de um caso

extremamente relevante não só pela quantidade de pessoas afetadas e pelo abuso de direito pela ViaQuatro, mas também por ser um tipo de prática que vai na contramão da nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais” (2018, s. p.).

É inegável a necessidade do consentimento do titular para a coleta dos dados pessoais sensíveis, pois estes refletem uma possibilidade de discriminação íntima e pessoal dos titulares, o que na ocasião acima, não foi respeitado, afinal o metrô é um transporte coletivo e que a maioria das pessoas que o utiliza não possuem outros meios de locomoção, estando sujeitas à violação da sua vida privada.

Outro ponto pertinente é o fato de que o reconhecimento facial ainda é uma tecnologia bastante falha, sujeita a erros e identificações equivocadas, que podem causar dano e constrangimentos aos indivíduos.

Para Lima, em entrevista para o site de notícias Crypto ID (2019, s. p.) a tecnologia é suscetível a falhas:

A privacidade é, sim, o principal fundamento para que esse sistema não seja muito bem visto por muitos. [...]No meio dessa onda de “*disrupção*” e de “*inovação desenfreada*”, o fato é que o sistema de reconhecimento fácil é absurdamente falho. Falho a ponto de ter sido recentemente banido na cidade de São Francisco/EUA (coração do Vale do Silício e sede das mais famosas empresas de tecnologia do mundo). [...] O motivo do banimento foi a privacidade (do receio com um Estado opressivo, na linha do que vem acontecendo na China), e também o seu mau funcionamento e baixa confiabilidade, já comprovados em diversos estudos ao redor do mundo.

É evidente o risco de dano ao direito à privacidade perante a implementação deste tipo de tecnologia, pois além da ausência de consentimento, estas falhas podem reconhecer de maneira equivocada e gerar dano aos indivíduos.

Em uma notícia apresentada pelo site de notícias da Rede Globo de Televisão G1, no Rio de Janeiro, uma mulher foi detida por engano depois de uma falha no sistema de câmeras com tecnologia de reconhecimento facial identificando-a como foragida (2020, s. p.).

Neste caso, demonstra-se a necessidade de uma fiscalização crítica acerca da implementação de tecnologias envolvendo a coleta e tratamento de dados sensíveis, inclusive pelo poder público, a fim de evitar discriminação e violação, não só ao direito à privacidade, mas dos direitos humanos e até mesmo aos princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito, conforme sustenta o art. 6º, inciso IX da Lei Geral de Proteção de Dados.

Outra situação similar ocorreu em outubro de 2019, no estado de São Paulo, em um evento voltado ao público cristão, que segundo o site de notícias da revista Exame, as instituições religiosas presentes fecharam negócios com empresas que atuam com monitoramento e reconhecimento facial, e que sem o consentimento expresso, usam esta tecnologia para vigiar fiéis (2019, s. p.). Situação onde claramente um grupo de pessoas tiveram sua privacidade violadas, pois sequer foram avisadas do monitoramento previamente.

Na mesma matéria, há ainda o relato do diretor executivo da empresa contratada pelas igrejas, que diz que “Dados como sexo, idade, frequência, horário de chegada, motivos prováveis de atraso e muitos outros são analisados e apresentados em

relatórios. Conseguimos definir em nossas métricas até mesmo se alguém precisa de uma visita pastoral?”. Com base nestas situações verifica-se que a tecnologia de reconhecimento facial é uma tendência a ser aplicada cada vez mais na sociedade, e com isto surgem desafios a serem enfrentados pelo Poder Judiciário, caso estas tecnologias sejam implementadas sem a devida fiscalização e sem a observância dos princípios fundamentais acerca do direito à inviolabilidade da vida privada, bem como os demais trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados.

2.3 O direito ao apagamento e o direito ao esquecimento

Ocorre que, no tocante ao âmbito da proteção de dados, uma vez que as informações pessoais são armazenadas em massa na rede mundial de computadores, e este armazenamento em sua grande maioria, é vulnerável a ataques de hackers e má gestão no tratamento de dados, conseqüentemente, poderão ocorrer vazamentos destes dados pessoais e uma vez vazadas estas informações se torna impossível controlar o seu paradeiro garantindo que elas sejam excluídas.

A Lei Geral de Proteção de Dados deveria possuir disposição expressa relacionada ao direito ao esquecimento, pois como já foi demonstrado, são assuntos que se harmonizam, e que merecem observância legal. De fato, em seu artigo 17, inciso VI, a Lei prevê o direito ao apagamento ou direito à eliminação com o conseqüente término do tratamento de dados, o que não pode ser confundido com o direito ao esquecimento, visto que são dois direitos que por mais similares que pareçam, não refletem a mesma coisa.

Acerca do direito ao apagamento, ou à eliminação dos dados pessoais, explica Zuffa (2020, p 95):

A conferência do direito à eliminação dos dados pessoais demonstra a preocupação do legislador em garantir a autodeterminação do titular de dados pessoais, bem como a sua liberdade de escolha, que poderá optar pelo término do tratamento a qualquer momento, exigindo do controlador o apagamento dos dados pessoais que o mesmo obtiver.

Constata-se então que o direito ao apagamento está diretamente ligado ao término do tratamento de dados, podendo ser considerado um fator natural que ocorrerá após o encerramento do tratamento de dados. Enquanto que o direito ao esquecimento se torna mais abrangente, atingindo a história passada dos titulares, merecendo assim uma previsão específica na legislação sobre dados, o que não ocorreu de fato, tendo nesta questão o legislador se omitido, pois não há uma parte específica que trate na Lei sobre o direito ao esquecimento.

Esta previsão específica seria de suma importância, uma vez que nada no direito é absoluto, e com o direito ao esquecimento não vem a ser diferente, portanto uma solução seria uma inclusão da previsão para este direito nesta Lei específica, pois existe a necessidade de ser abordado no âmbito da proteção de dados pessoais, qual é o alcance do direito ao esquecimento, bem como suas limitações e mitigações, de modo que a previsão deste direito traria mais segurança jurídica para o Poder Judiciário ao aplicar a lei nos casos concretos.

A Lei Geral de Proteção de dados, por si só, é insuficiente para a efetivação da implementação, fiscalização, e aplicação de sanções administrativas para o tratamento de dados no Brasil, para tanto, demonstra-se necessária a criação de uma autoridade reguladora para uma devida fiscalização da lei.

Inicialmente, a Lei Geral de Proteção de Dados previa a criação de um órgão, cujas atribuições estariam relacionadas principalmente à fiscalização e aplicação da Lei, conforme explica Castro (2020, p. 211):

Nesse sentido, em linhas gerais, observa-se que o conjunto de Leis de proteção de dados trata [...] da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Em consonância à necessidade de uma autoridade reguladora trazida pelas legislações estrangeiras, devendo este órgão zelar, implementar e fiscalizar a aplicação da referida Lei (art. 5º, inc. XIX da LGPD).

Foi então que, em 2018, através da Medida Provisória nº 869, que posteriormente originou a Lei nº 13.853/19 que foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, popularmente conhecida como ANPD.

A Lei Geral de Proteção de Dados prevê a criação de um órgão de natureza transitória, ou seja, inicialmente seria criado um órgão pertencente à Administração pública direta, sendo assim diretamente subordinada à presidência da República e decorridos dois anos, este órgão seria transformado em uma autarquia.

A sua função de fiscalização da Lei, trará segurança jurídica no tocante ao controle de investigações e aplicação de sanções para os que violem a Lei Geral de Proteção de Dados, o órgão será dotado de autonomia para tomada de decisões, sendo responsável pela criação de seu próprio estatuto de diretrizes internas.

O problema surge com a subordinação da autoridade nacional de proteção de dados ao Poder Executivo, precisamente ao Presidente da República, essa subordinação foi recepcionada negativamente, uma vez que esta subordinação pode prejudicar a atuação autônoma do órgão.

Neste sentido, Castro (2020 p. 215) faz uma crítica acerca da independência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados:

[...] nota-se que a natureza transitória da Autoridade Nacional de Proteção de Dados como órgão da administração pública vai de encontro àqueles preceitos, uma vez que não restam salvaguardados os requisitos inerentes à atuação autônoma e independente da ANPD, o que a prejudica em seu papel de tutela dos dados pessoais.

Percebe-se a partir desta crítica, que a proteção de dados pode ficar fragilizada, em decorrência da ausência de autonomia da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, uma vez que diretamente subordinada ao Presidente da República, podendo este interferir politicamente no zelo, na fiscalização e na implementação da atividade de tratamento de dados regida pela Lei Geral de Proteção de Dados.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados possui natureza transitória e após o decurso de dois anos, esta poderá ser convertida em autarquia de regime especial, conforme previsão no art. 55-A §§1º e 2º da Lei 13.853/19.

Subentende-se que até o decurso de dois anos da criação da Lei que institui

a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, esta deverá ser transformada em uma autarquia em regime especial, ou seja, se tornará uma agência reguladora e esta terá uma natureza que se encaixa melhor aos moldes do órgão previsto na Lei nº 13.853/19, conforme demonstra Castro (2020, p 221):

[...] constata-se que a natureza jurídica de agência reguladora consiste em um instituto jurídico brasileiro próximo ao ansiado a uma Autoridade de proteção, uma vez que concederia mais independência à atuação da Autoridade de Proteção, sendo, aparentemente a intenção do legislador, uma vez que, reitera-se, o legislador, na Lei nº 13.853/19 dispôs de comandos como se a Autoridade já fosse dotada da natureza jurídica de agência reguladora.

A partir deste entendimento, contata-se que a natureza jurídica de uma agência reguladora teria uma maior independência, porém, ainda se mantém um ponto desfavorável a este regime, como aponta Lima, (2015, p.369):

[...] desfavoravelmente, deve-se considerar que sob esse regime não haveria a possibilidade de fiscalizar o Poder Público, tendo em vista a supervisão exercida pelo ente público criador sobre ela, não estando apta, portanto, a tutelar os tratamentos realizados por este ente.

Tendo a natureza de agência reguladora, existe a possibilidade de o Poder Público estar blindado de fiscalizações acerca do tratamento de dados, e consequentemente, a Lei seria ineficaz, pois o Poder Público é o ente mais atingido pela Lei Geral de Proteção de Dados, uma vez que possui e realiza o tratamento de todos os cidadãos.

Uma possível solução para este problema em torno da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados é que a transformação deste órgão para uma agência reguladora deverá ser precedida de uma nova Lei, conforme o previsto no art. 37, XIX da CF que dispõe que “somente por Lei específica poderá ser criada autarquia”, e com esta nova Lei, uma previsão deverá constar a não supervisão do órgão federal instituidor.

Em razão à natureza do tema, Castro (2020, p 221) estabelece que a autonomia e independência à Autoridade de Proteção é essencial para uma devida tutela acerca do tratamento de dados e garantia dos direitos advindos com a Lei Geral de Proteção de Dados. Ressalta-se então que a transformação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados é necessária, mas como o artigo 55-A da Lei 13.853/19 prevê, esta transformação poderá, ou não ocorrer de maneira satisfatória.

Destaca-se a ideia da instituição de membros tanto do poder público e privado, como meio de solucionar o problema que gira em torno da atuação perante ao tratamento de dados efetuado pelo poder público, ocasionando em uma transparente e efetiva proteção aos dados dos cidadãos. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados deve ser transformada para uma agência reguladora, com a exceção de ter assegurada a ausência de controle perante o Poder Executivo Federal, corroborando a tese defendida da autonomia deste órgão para a tomada de decisões evitando assim a subordinação e consequentemente, interferência política em sua administração.

Resta demonstrado que a anonimização de dados é um processo que a Lei deveria ter apresentado uma regulação mais completa, pois se trata de um procedimento falho e ineficaz. Foi demonstrado também que as tecnologias de coleta de dados para

fins de reconhecimento facial ferem princípios trazidos pela lei, como o consentimento e transparência, e para tanto, deveriam ser implementadas com uma observação e fiscalização assídua, destaca-se que a Lei foi omissa acerca do Direito ao esquecimento e que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, quando criada, deverá seguir um modelo específico de órgão da administração pública para que exerça sua devida finalidade.

3. CONCLUSÃO

Este artigo objetivou analisar o direito à privacidade e sua consonância e harmonia com o advento da Lei Geral de proteção de dados, tema de grande relevância, uma vez que esta trará impactos que afetará não só o ordenamento jurídico, mas toda a sociedade, inclusive no aspecto econômico e social.

Uma das constatações obtidas foi a de que o Advento da Lei Geral de proteção de dados é um avanço para as práticas de tratamento de dados, pois a lei trouxe segurança jurídica, ao regulamentar especificamente como deverá ocorrer o tratamento de dados e quais os direitos que os titulares possuem e as obrigações para os agentes controladores ou mesmo sanções para a não observância da lei. Consequentemente, foi observado que o Direito à Privacidade foi ampliado, atingindo assim os dados pessoais enquanto forem objeto de tratamento por terceiros e o Poder Judiciário utilizará de uma lei específica para julgar os casos concretos neste âmbito.

Destaca-se a problemática do presente trabalho, pois preliminarmente foram abordadas as técnicas de anonimização de dados, nas quais a Lei deveria ter conferido uma abordagem mais ampla, devido à ineficácia e vulnerabilidade destas técnicas. Outro problema abordado neste capítulo, foi a não previsão do direito ao esquecimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o que se demonstra uma omissão grave, uma vez que no âmbito do tratamento de dados ocorrem vazamentos e deve ser garantido aos titulares o direito de seguirem suas vidas após estes vazamentos. Ainda neste capítulo, foi demonstrado a iminência do avanço da tecnologia de reconhecimento facial, que se demonstra ser uma ferramenta sujeita a erros e que pode operar de modo a coletar uma quantidade considerável de dados pessoais sensíveis sem o consentimento das pessoas, colocando em risco os direitos trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados. Por fim, o terceiro capítulo é encerrado com o problema da possibilidade de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados sofrer contenção e interferência política, uma vez que o órgão terá uma natureza jurídica que a condiciona em subordinação ao Poder Executivo, e esta subordinação, tira a independência do órgão, que fiscalizará também os tratamentos de dados realizados pelo poder público.

Obteve-se assim, como resultado que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais estendeu e ampliou o direito à privacidade, bem como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no ordenamento jurídico brasileiro. Obteve-se como resultado também que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais trouxe segurança jurídica para o ordenamento jurídico brasileiro e esta segurança trará impactos positivos na esfera econômica e social, uma vez que a economia nacional tem como elemento essencial o tratamento de dados, e que até então, no ordenamento jurídico brasileiro não existia um regulamento específico, que determinasse como deveria ocorrer este tratamento.

Analisados os pontos pertinentes acerca do texto da lei foi verificado que é uma Lei benéfica para os titulares de dados pessoais, pois a estes são garantidos os direitos, enquanto que para as empresas, ela é restritiva, pois estas ainda deverão arcar com os custos relacionados à políticas de segurança da informação e adequação ao devido tratamento de dados estabelecidos pela Lei. Em contrapartida, às empresas que se adequarem, serão selecionadas pelo mercado, afinal as pessoas buscarão pelas empresas demonstrem transparência sobre o tratamento de dados realizado. Ainda no que tange ao advento da lei, ressalta-se a segurança jurídica que se alcança, pois com uma Lei específica, o Poder Judiciário poderá tratar dos casos envolvendo violações aos direitos protegidos por ela de maneira harmônica e padronizada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, O. C. P. **Técnicas de processamento de imagens para localização e reconhecimento de faces**. USP, 2006. Disponível em <<https://teses.usp.br>>. Acesso em 18/mai/2020.

BIONI, B. R. **Proteção de Dados Pessoais – A Função e os Limites do Consentimento**. São Paulo: Editora Forense, 2019.

BRASIL. Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 18/mar/2020.

_____. **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>> Acesso em: 18/mai/2020.

_____. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18/mai/2020.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 4/nov/2019.

_____. **Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19/mai/2020.

CARVALHO, L.; et al. Desafios de Transparência pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: **Anuais do VII Workshop de Transparência em Sistemas**. SBC, 2019.

CASTRO, m. E. B. **Proteção de dados - Fundamentos Jurídicos**. Editora Jus PODIVM, 2020.

CRYPTO ID. Portal de notícias: **Sociedade da Vigância**: Reconhecimento facial e Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <<https://cryptoid.com.br>>. Acesso em 27/mai/2020.

EXAME. Portal de notícias. **Sem consentimento expresso, igrejas usam tecnologia para vigiar fiéis**. 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br>>. Acesso em 26/05/2020.

FRAZÃO, A. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo, Thomson Reuters – Revistas dos Tribunais, 2019.

FRAZÃO, A. **Fundamentos para a proteção dos dados pessoais**. Noções introdutórias para a compreensão da LGPD, São Paulo, Thomson Reuters– Revistas dos Tribunais, 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. Portal de notícias: **Concessionária é alvo de processo por leitura facial no metrô de SP**, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br>> Acesso em 18/mai/2020.

GDPR. **General Data Protection Regulation**. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu>>. Acesso em 02/ago/2019.

G1. Portal de notícias. **Aumento do uso de reconhecimento facial pelo poder público no Brasil levanta debate sobre limites da tecnologia**. Disponível em: <<https://g1.globo.com>>. Acesso em 22/mai/2020.

MAGRO, A. R. **Proteção de dados - Fundamentos Jurídicos**. Editora Jus PODIVM, 2020.

MALDONADO, V. N. **Direito ao Esquecimento**. São Paulo: Novo Século, 2017.

PINHEIRO, P. P. **Proteção de dados pessoais**: comentários à lei N. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SENADO, Notícias: **Sancionada com vetos lei geral de proteção de dados pessoais**. Publicado em 15/ago/2018, atualizado em 16/ago/2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br>>. Acesso em 19/mai/2020.

UOL. Portal de notícias. **A sociedade mais vigiada do mundo**: como a China usa o reconhecimento facial. Disponível em: <<https://www.uol.com.br>> Acesso em 18/mai/2020

ZANATTA, R. **A proteção de Dados entre Leis Códigos e Programação**: os limites do marco Civil da Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2015. Disponível em: <<https://www.researchgate.net>> Acesso em: 05/mai/2020.

ZUFFA, F. S. **Proteção de dados - Fundamentos Jurídicos**. Editora Jus PODIVM, 2020.

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 96/2017 QUE BUSCA LEGITIMAR A VAQUEJADA SOB A ÉGIDE DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL BRASILEIRO

Emerson Rodrigo Rosa de Moraes Ando¹

Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi²

Luiz Claudio Araujo Schneider³

Laura Maria Bertoti Kuster⁴

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo mostrar o surgimento da vaquejada, como foi sendo adaptada e ganhando status de esporte. Ainda tem o objetivo de explanar a respeito da luta dos defensores dessa prática, em torná-la um patrimônio cultural imaterial brasileiro. Nesse sentido, é preciso especular quais são os quesitos que precisam ser preenchidos para ganhar esse título. Será apresentada a Emenda Constitucional nº 96/2017, que acrescenta o § 7º ao artigo 225 da Constituição Federal que determina que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais. Ainda, o julgamento da ADI 4983/CE, que resultou na inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará, por entender que os animais envolvidos nesses eventos sofrem crueldade, o que contraria o artigo 225 §1º, inciso VII da CF/88.

Palavras chave: Vaquejada. Patrimônio cultural. Legalidade. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The current work aims to show the emergence of running bull, how it was being adapted and getting sport status. It still has the objective of explaining about the struggle of the defenders of this practice, in making it an intangible cultural heritage in Brazil. In that matter, it is necessary to speculate what are the requirements that need to be fulfilled to get this qualification. Constitutional Amendment number 96/2017 will be presented, which adds § 7 to article 225 of the Federal Constitution that determines it is not considered cruel as sporting practices that use animals. Also, the judgment of ADI 4983 / CE, which resulted in the unconstitutionality of Law 15.299/2013 in the State of Ceará, as it understands that animals involved in events like these suffer cruelty, which goes against Article 225 §1, item VII of CF/88.

Keywords: Bull Running. Cultural heritage. Legality. Unconstitutionality.

¹ Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, Disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professora Docente do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST. Doutoranda em Políticas Públicas na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI.

³ Profº especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Processo Civil. Mestre em Ambiente e Saúde. Advogado.

⁴ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifacvest e Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade do Estado de Santa Catarina.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho apresenta como tema: (In)constitucionalidade da emenda constitucional 96/2017 que busca legitimar a vaquejada sob a égide da proteção do patrimônio cultural imaterial brasileiro.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato de ter sido editada a Emenda Constitucional nº 96/2017, que busca legitimar a Vaqueja com base na Lei nº 13.364/2016, que eleva essa prática à condição de manifestação cultural, embasada nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988, que garante e defende as manifestações culturais.

O conflito de normas que será demonstrado é de suma importância para a sociedade, pois pode envolver violação de direitos fundamentais, que são considerados cláusulas pétreas no nosso ordenamento jurídico, as quais são invioláveis. Isso corresponde à problemática do presente artigo.

Tem como objetivo geral, averiguar respostas para o presente problema, buscar entender o contexto histórico da vaquejada e analisar a sua constitucionalidade nos dias atuais.

Como objetivos específicos, verificar-se-á quais os fundamentos que foram usados para torná-la um Patrimônio Cultural, se existe crueldade em seus eventos, se a prática deve ser considerada ilegal ou legal, e por conseguinte se deve ser declarada inconstitucional.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo.

A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvida numa primeira parte, um estudo voltado para sua evolução histórica, para entender seu surgimento, dando ênfase na grande importância econômica que a prática esportiva tem hoje para a sociedade.

Posteriormente, em uma segunda parte, será analisada a Lei nº 15.299/2013, que determinou a prática da vaquejada como legal, no Estado do Ceará, o que resultou em seguida na ADI 4983 CE, declarando sua inconstitucionalidade, e também a Lei nº 13.364/2016, que determina seu reconhecimento como Patrimônio Cultural.

Na terceira parte, será analisada a Emenda Constitucional nº 96/2017, que acabou acrescentando o §7º, ao artigo 225 da CF/88, permitindo a utilização de animais em práticas desportivas, dessa forma, entrando em conflito com o mesmo artigo em seu § 1º, inciso VII, que proíbe práticas que submetam animais à crueldade, o que gerou um típico efeito backlash no poder legislativo com intuito de tornar legal a prática da vaquejada.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DA PRÁTICA DA VAQUEJADA

Para entender a evolução da vaquejada, se faz necessário uma análise histórica acerca de sua origem.

Nesse contexto, os animais eram marcados e criados soltos no sertão nordestino, não existiam cercas, os peões tinham que adentrar na mata cerrada, enfrentando os perigos e obstáculos, escapando de arranhões de espinhos e ponta de galhos, para capturar os bois e conduzi-los para os currais das fazendas, para fins de manejo do gado. Essa prática fez com que surgisse a vaquejada (OLIVEIRA, 2016).

Ou seja, sua origem é resultado de um trabalho desenvolvido pelos vaqueiros profissionais da região, quando da necessidade de reunir o gado para eventual assistência e controle do rebanho.

Com base em pesquisas, é possível perceber que essa prática já ocorria há anos. Conforme expõe, Oliveira (2016, s.p):

Alguns pesquisadores descobriram que, muito antes de 1870, já se praticava vaquejada no Seridó Potiguar. Uma indicação para isso era a existência dos currais de apartação dos bois, que deram origem ao nome da cidade Currais Novos, também no Rio Grande do Norte. Esses currais foram feitos em 1760. E era entre 1760 e 1790, que acontecia, nessa cidade, a apartação e feira de gado. Foram dessas apartações que surgiram as vaquejadas. Em meados de 1940, alguns vaqueiros nordestinos começaram a tornar públicas suas habilidades, na corrida do Mourão, que começou a ser uma prática popular na região.

Portanto, foram os resquícios de um trabalho árduo, que ganharam publicidade e se tornaram uma espécie de entretenimento ao público, dando origem à vaquejada.

Com o passar dos anos alguns fazendeiros nordestinos passaram a promover algum tipo de vaquejada, os vaqueiros tinham que pagar uma taxa que era revertida para a premiação e organização do evento (OLIVEIRA, 2016).

Dessa maneira, a vaquejada ganha uma maior atenção, e vai se tornando cada vez mais popular. Todavia, é interessante entender também como surgiu técnica de derrubada do boi, que de acordo com, Bezerra apud Gordilho e Figueiredo, (2016, s.p):

O gado era tanguido na base do traquejo, como era chamada a prática ou o jeito de conduzi-lo para os currais. Quando era encontrado um barbatão da conta de um vaqueiro da fazenda-sede, ou da conta de vaqueiro de outra fazenda, era necessário pegá-lo de carreira. Barbatão era o touro ou novilho que, por ter sido criado nos matos, tornara-se bravo. Depois de derrubado, o animal era peado e enchocalhado. [...] Se o vaqueiro que corria mais próximo do boi não conseguia pegá-lo pela **bassoura**, o mesmo que rabo ou cauda do animal, e derrubá-lo os companheiros gritavam: - Você botou o boi no mato! (grifo do autor)

Portanto, em virtude do meio de vida da época, sem outros meios ou aparatos, se fazia necessário o uso de artimanhas como a derrubada do boi para a manutenção do rebanho.

Atualmente a vaquejada é uma competição que ocorre dentro de uma arena, o objetivo é perseguir o boi e derrubá-lo puxando-o pelo rabo, semelhante à prática usada com os bois ariscos criados no mato, como já demonstrado. Dessa forma Cavalcante (2017, s.p), explica:

Na vaquejada, dois vaqueiros, cada um montado em seu cavalo, perseguem o boi na arena e, após emparelhá-lo com os cavalos, tentam conduzi-lo até uma região delimitada, onde deverão derrubar o boi puxando-o pelo rabo. Se o boi, quando foi derrubado, ficou, ainda que por alguns instantes com as quatro patas para cima antes de se levantar, o juiz declara ao público “Valeu boi!” e a dupla recebe os pontos. Se o boi caiu, mas não ficou com as patas para cima, o juiz anuncia “Zero!”, e a dupla não pontua.

Assim essa prática aos poucos foi ganhando popularidade e se tornou um evento gigantesco, o qual movimenta uma fortuna por ano, com premiações milionárias e um público enorme. Vem crescendo cada vez mais todos os anos, tornando-se um grande atrativo para investidores do setor. É o que expõe Savanachi (2016,s.p):

Arenas lotadas, com média de público superior a 80 mil pessoas por noite. Premiações milionárias, que movimentam cerca de R\$14 milhões por ano. Competidores que podem ganhar até R\$150 mil vencendo uma prova, são tratados como celebridades.[...]. “No nordeste, esse esporte é a verdadeira paixão, que cresce cerca de 20% ao ano”, afirma o especialista na competição e responsável pelo site Portal Vaquejada, Fabio Leal. Fato é que as tradicionais festas nos últimos anos se transformaram em um negócio milionário, reunindo empresários, criadores de cavalos e empresas. Entre premiações, shows e publicidade, estima-se que as festas girem em torno de R\$50 milhões por ano.

Os números acima por si só mostram o quão grande e lucrativo se tornou esse evento, e o quanto ele movimenta a economia. O que desperta o interesse de muitas pessoas ligadas ao evento em mantê-lo ativo. Isso pode afetar diretamente o Patrimônio Cultural Imaterial Brasileiro dentro de sua conceituação e visão jurídica, que não pode ser interpretado de forma errada.

O Patrimônio Cultural Imaterial é de suma importância para a preservação da identidade de um povo. Para Vieira (2016, p.17): “O patrimônio imaterial, portanto diz respeito às manifestações culturais envolvendo visões de mundo, saberes, práticas, relações sociais e simbólicas e experiências associadas às identidades dos grupos humanos que compõem a sociedade brasileira”.

Ou seja, são as manifestações folclóricas, danças, conhecimentos, tradições, cultura de um povo que faz manter viva sua identidade, o que merece uma especial atenção no que se refere à proteção dessas características. É nesse sentido que a Convenção da UNESCO, para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial de 2003, ratificada pelo Brasil em 2006, traz em seu art. 2º a seguinte definição:

Artigo 2 [...]

1 Entende-se por “patrimônio cultural imaterial” as práticas, representações, expressões, conhecimento e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de

identidade e continuidade, e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural e imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável.

A convenção traz o conceito de patrimônio cultural imaterial, ressaltando a importância em sua preservação e continuidade para as gerações futuras, e sua interação com a natureza. Na legislação brasileira a cultura está amparada também na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 215 e 216, conforme o texto a seguir:

Art. 215. O estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais. V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988, s.p).

Ou seja, é dever do Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, apoiando e incentivando, seja de natureza material ou imaterial.

3 VAQUEJADA SUA CONCEITUALIZAÇÃO E LEGALIDADE

É notória a busca incansável pela legalização dessa prática, por parte dos seus apoiadores, na tentativa de legitimação do evento como patrimônio cultural imaterial, o que vem gerando vários debates envolvendo conflitos de normas.

A vaquejada teve grande ênfase a partir da edição da Lei nº 10.220, de 11 de abril de 2001 que traz o seguinte texto em seu artigo 1º:

Art. 1º Considera-se atleta profissional o peão de rodeio cuja atividade consiste na participação, mediante remuneração pactuada em contrato próprio, em provas de destreza no dorso de animais equinos ou bovinos, em torneios patrocinados por entidades públicas ou privadas.

Parágrafo único. Considerem-se como provas de rodeios as montarias em bovinos e equinos, as vaquejadas e provas de laço, promovidas por entidades públicas ou privadas, além de outras atividades profissionais da modalidade organizadas pelos atletas e entidades dessa prática esportiva. (BRASIL, 2001, s.p)

O evento passa então a ser considerado como prática esportiva, e o peão como atleta, conforme determina a supracitada Lei.

Logo, o governo do Ceará editou a seguinte Lei nº 15.299/2013, no intuito de regulamentar a prática da Vaquejada, deixando expressamente em seus artigos 1º e 2º o seguinte texto:

Art.1º Fica regulamentada a vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará.

Art.2º Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual a dupla de vaqueiro a cavalo persegue o animal bovino, objetivando dominá-lo. (CEARÁ, 2013, s.p)

Assim a supracitada lei determina os critérios para a competição, porém não deixa garantias de que o animal não irá sofrer, uma vez que os requisitos da competição para obter pontuação é de que o boi seja perseguido e derrubado mediante uma tração forte no rabo do animal.

Questionamentos sobre essa prática já haviam sido feitos antes. Segundo Guedes (2016, p.08): “[...] passou a ser questionada a partir da década de 2010, por ativistas dos direitos dos animais em virtude dos maus tratos aos bois, que muitas vezes têm o rabo arrancado ou sofrem fraturas na queda”.

Nota-se que os questionamentos são pertinentes, pois a crueldade é imensa, a ponto de o animal ter o rabo arrancado durante a queda.

O que é diversão para as pessoas, torna-se martírio para os animais, que passam por situações de extremo sofrimento físico e psicológico.

Conforme parecer técnico emitido pela doutora Prada apud Leitão, (2002, p.23), aponta os danos causados ao animal depois de ser violentamente puxado pelo rabo.

[...] A cauda dos animais é composta, em sua estrutura óssea, por uma sequência de vértebras, chamadas coccígeas ou caudais, que se articulam umas com as outras. Nesse gesto brusco de tracionar violentamente o animal pelo rabo, é muito comum que disto resulte luxação das vértebras, ou seja, perda da condição anatômica de contato de uma com a outra. [...] Volto a repetir que além da ocorrência de dor física, os animais submetidos a esses procedimentos vivenciam sofrimento mental.

São atrocidades como estas que causam indignação às pessoas que se importam realmente com o bem estar dos animais, e que por sua vez, repudiam atos tão cruéis como estes, realizados simplesmente para fins de entretenimento do público.

3.1 A inconstitucionalidade da Lei 15.299, de 08 de janeiro de 2013, que regula a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará.

A derrubada do boi, mediante uma tração forte no rabo do animal, é uma peculiaridade da vaquejada.

Portanto, a crueldade é inerente a esta prática, não podendo ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, uma vez que em seu artigo 225 traz expresso o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dando a devida proteção aos animais.

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

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

[...]

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 à crueldade. (BRASIL, 1988, s.p)

Logo, destaca-se que além de garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o texto veda as práticas cruéis aos animais, cabendo ao poder público zelar por isso.

Ademais, o direito ao meio ambiente é um direito fundamental de terceira geração, que vai além dos interesses do indivíduo (LENZA, 2019).

Ou seja, o meio ambiente é um direito de todos, característica do direito difuso, que merece uma ampla proteção.

Sendo assim, a Lei 15.299 de 08 de janeiro de 2013, regulamentando a Vaquejada como atividade desportiva e cultural no Estado do Ceará está em discordância com a Carta Magna referente à crueldade aos animais.

Logo, a Procuradoria Geral da União ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983 CE, no Supremo Tribunal Federal, contra a supracitada Lei, conforme segue a ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR – JULGAMENTO DEFINITIVO. 1. Esta ação direta de inconstitucionalidade tem como objetivo a Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a ‘vaquejada’ como prática desportiva e cultural. A racionalidade própria ao Direito direciona a aguardar-se o julgamento definitivo. Aciono o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.869/99. Providenciem as informações, a manifestação do Advogado Geral da União e ao parecer do Procurador-Geral da República. 3. Publiquem. (Brasília, 27 de julho de 2013. Ministro MARCO AURÉLIO. Relator).

Desse modo, a supramencionada ADI, que trata de um assunto delicado e de grande repercussão, foi recebida e encaminhada para julgamento.

A decisão definitiva veio em 06 de outubro de 2016, sendo declarada pelo STF, a inconstitucionalidade da lei 15.299/2013, seguindo o voto do relator proferindo o seguinte acórdão:

ADI4983/CE. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pela Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. Brasília, 06 de outubro de 2016. MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR. (STF, 2016, p.02).

Portanto, a decisão do relator foi seguida pela maioria dos Ministros, mantendo assim o direito dos animais resguardado.

Em seu voto na supracitada ADI, o Ministro Marco Aurélio (2016), entendeu que a verdadeira tortura prévia em que o animal é submetido, inclusive choques, para que saia em disparada para viabilizar a perseguição não condiz com o disposto no artigo 225, §1º, inciso VII, da Carta Magna.

Ou seja, a legalização da vaquejada é incompatível com a norma legal, não podendo ser permitida tal prática. Decisão semelhante já foi acordada na ADI 3.776-5, movida pelo Procurador-Geral da República, contra a Lei 7380, de 14 de dezembro de 1998, do Estado do Rio Grande do Norte, que autorizava a criação e competição de aves das raças combatentes, conforme ementa:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande Do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. “Rinhas” ou “Brigas de galo”. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, §1º, VII da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regule, sob o título de práticas ou atividades esportivas com aves de ditas combatentes, as chamadas “rinhas” ou “brigas de galo”. (MINISTRO CEZAR PELUZO – RELATOR, STF, 2007, p. 716). (grifo do autor)

Nota-se que a proteção aos animais está intrínseca no bojo da Carta Magna, desse modo não podendo ser desrespeitada.

Destaca-se também o artigo 32 da lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas lesivas ao meio ambiente:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – detenção, de três meses a um ano e multa.

§ 1º incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos

§ 1º -A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) anos a 5 (anos), multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.(BRASIL, 1998, s.p)

Portanto, a Lei supramencionada vem a ser um reforço junto à Constituição Federal, para resguardar a integridade física e mental dos animais.

3.2 Lei 13.364, de 29 de novembro de 2016, que reconhece a vaquejada como Patrimônio Cultural Imaterial Brasileiro.

Não obstante, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, no mesmo ano é publicada a Lei nº 13.364/2016, que eleva a vaquejada a condição de manifestação

cultural nacional, a qual teve alteração pela Lei nº 13.873/2019, agora reconhecendo a vaquejada como manifestação cultural nacional.

A Lei 13.364/2016 traz o seguinte texto:

Art. 1º. Esta lei reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais, eleva essas atividades a condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção do bem-estar animal. (Redação dada pela Lei nº 13.873/2019). (BRASIL, 2019, s.p).

Desta forma é notória a tentativa do legislador em legalizar essa prática buscando classificar o evento como um Patrimônio Cultural Imaterial Brasileiro, tendo como base legal a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 215 e 216, e a Convenção da Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial de 2003.

Todavia, vale salientar que, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), é o responsável por proteger e promover os bens culturais do País:

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) é uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Turismo que responde pela preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro. Cabe ao Iphan proteger e promover os bens culturais do País, assegurando sua permanência e usufruto para gerações presentes e futuras. (IPHAN, 2014, s.p)

Sendo o órgão responsável por proteger e promover os bens culturais, obviamente se manifestou sobre o assunto.

Em um ofício enviado ao Presidente do Senado Renan Calheiros, em 08 de novembro de 2016, o Iphan se nega a reconhecer a vaquejada como patrimônio cultural, assim demonstra Boga (2016, s.p, grifo do autor):

[...]

3. Assim, o Iphan apoia e valoriza todas as formas e as manifestações culturais presentes nas comunidades brasileiras, mas não reconhece como constitucional o Projeto de Lei nº 1.767/2015 que *eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, a condição de manifestação cultural nacional e de **patrimônio cultural imaterial do Brasil*** visto que **não atende** os princípios e procedimentos da tão bem consolidada política de patrimônio imaterial, [...]

6. Desta forma, o Iphan confirma o apoio e a valorização de todas as manifestações culturais do país, mas ressalta que a declaração do título de “Patrimônio Cultural” é atribuição **exclusiva** deste Instituto. Além disso, a aprovação de Leis dessa natureza pelo Legislativo Federal provocará um esvaziamento da política de preservação de patrimônio cultural imaterial já consolidada no âmbito do Iphan e que é modelo para diversos países, como um dos sistemas mais avançados do mundo.

No referido documento, além de não reconhecer a vaquejada como patrimônio cultural, o Iphan ressalta ainda, que a declaração desse título é atribuição exclusiva do órgão, tornando assim, por analogia hierárquica, a Lei 13.364/2016, inválida.

4 EMENDA CONSTITUCIONAL 96/2017

Quando declarada pelo STF a inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013, que regulamentava a vaquejada no Estado do Ceará, causou grande reação no meio político.

Diante disso, o Congresso Nacional em uma tentativa desesperada para defender os interesses daqueles que se beneficiam com a prática de atividades de barbárie com animais, promulgou a Emenda Constitucional nº 96/17 (LAMOUNIER, 2017).

Ou seja, uma manobra para defender e manter os interesses econômicos, sedimentando a vaquejada sob a proteção da Constituição Federal de 1988.

Logo, a referida emenda acrescentou o parágrafo 7º no artigo 225 da Constituição Federal o seguinte texto:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 96, DE 6 DE JUNHO DE 2017.

Art. 1º. O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do § 7º.

Art. 225[...]

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. “(NR). (BRASIL, 2017, s.p).

Assim a mencionada Emenda Constitucional 96/2017, vai em sentido contrário à decisão do STF já proferida na questão da inconstitucionalidade envolvendo a prática da vaquejada.

Todavia, em questionamento, o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5728). A Entidade argumentou que a EC 96/2017, fere o artigo 225 parágrafo 1º inciso VII, da Constituição Federal, o qual prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e veda a submissão de animais a tratamento cruel. Alegou também, afronta ao artigo 60 parágrafo 4º, inciso IV, do aludido dispositivo legal, que não pode ser objeto de deliberação proposta de emenda que tende a abolir cláusulas pétreas, por ser direito fundamental de proteção aos animais. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Nesse contexto, os argumentos usados na ADI 5728, deixa claramente evidenciado a afronta à Constituição Federal de 1988.

Referente às cláusulas pétreas, segundo Gonzaga e Roque (2012, p.93) “Os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, isto é, não pode haver proposta de emenda constitucional tendente a aboli-los (art. 60, § 4º, IV, da CF/1988)”.

Nesse viés, a EC 96/2017, está em desacordo com a CF/88, contrariando um direito já garantido, mostrando um total desrespeito à Carta Magna.

Pois bem, seguindo a mesma linha de raciocínio, Bonavides apud Rocha; Bitencourt, (2020, s.p) “entende que o direito a um ambiente equilibrado constitui direito fundamental de terceira geração, fundado na solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado do altíssimo teor de humanismo e universalidade”.

Logo, as alegações usadas, são muito bem embasadas na Constituição Federal de 1988, e protegidas pela mesma, a qual merece respeito e obediência não se admitindo

qualquer tentativa de manipulação.

Todos os argumentos apontados na ADI 5728, tiveram apreciação da Procuradora-Geral da União.

Assim, Raquel Elias Ferreira Dodge, manifestou-se da seguinte maneira em seu parecer: “opina a Procuradora-Geral da República pelo conhecimento e, no mérito, pela procedência do pedido formulado a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96, de junho de 2017”. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018).

Dessa maneira, seguindo o mencionado parecer, e aguardando julgamento espera que seja declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017.

4.1 Efeito *Backlash*

O efeito *Backlash* pode ser interpretado como uma reação forte, contra uma decisão de grande repercussão.

O sentido dessa palavra refere-se a um contragolpe brusco em um sistema mecânico, como um conjunto de rodas. Um exemplo clássico é de uma carretilha de vara de pesca, quando o peixe fisga de maneira brusca e inesperada, a roldana vai girar tão rápido que causará um emaranhado de fios, causando uma situação desagradável ao pescador (LENZA, 2019).

Ou seja, o efeito *backlash*, é a reação que ocorre diante de um resultado não esperado, causando um descontentamento a um grupo de pessoas, e dessa forma gerando algum tipo de resposta. Esse efeito pode ser associado também a uma reação forte frente a uma decisão judicial de grande repercussão, como o caso da Emenda Constitucional 96/2017.

No entendimento de Nunes Junior (2019, s.p):

A palavra *backlash* pode ser traduzida como uma forte reação por um grande número de pessoas a uma mudança ou evento recente, no âmbito social, político ou jurídico. Assim o “efeito *backlash*” nada mais é do que uma forte reação exercida pela sociedade ou por outro poder a um ato (lei, decisão judicial, ato administrativo etc.) do poder público.

Portanto, são de decisões geralmente delicadas e de grande repercussão, que geram o referido efeito *backlash*.

É possível percebê-lo perante a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade da lei 15.299/213 que regulamentava a vaquejada, por considerar que o evento submetia os animais à crueldade. Essa decisão causou uma forte reação no meio político e social, resultando na edição da Emenda Constitucional de nº 96/2017, com isso acrescentado o § 7º no artigo 225 da Constituição, segundo o qual “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais [...]”. (NUNES JUNIOR, 2019, s.p)

Assim sendo, a decisão proferida pelo STF teve uma enorme repercussão, causando o efeito *backlash* numa parcela da sociedade, que em contrapartida acabou pressionando o meio político também, que obteve como resposta a EC 96/2017.

4.2 Princípio da vedação ao retrocesso

O princípio do retrocesso parte da premissa que direitos já alcançados não podem ser retirados ou diminuídos.

Segundo Lenza (2019, s.p): “[...] deve ser observado o princípio da vedação ao retrocesso, isso quer dizer, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effetli-quel*”.

Ou seja, não pode uma Lei ou Emenda Constitucional tirar ou diminuir direitos já adquiridos e consagrados.

No que tange aos direitos fundamentais, o direito ambiental é considerado um dos princípios fundamentais dentro da Constituição Federal, onde comporta a proteção aos animais, vedando o tratamento cruel, sendo assim um direito já adquirido que deve ser respeitado (MALTEZ e CUSTÓDIO, 2020).

Dessa maneira, o direito fundamental presente na cláusula pétrea contida no artigo 60,§4, inciso IV é inviolável.

Todavia, a EC 96/2017 fere esse direito quando insere o § 7º, ao artigo 225 da Constituição Federal. Desse modo, deve ser considerada inconstitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho teve como objetivo analisar a Emenda Constitucional nº 96/2017 que, acrescentou o §7º, ao artigo 225 da CF/88, a qual permite a utilização de animais em práticas desportivas não sendo considerada prática cruel.

Percebe-se que, em um primeiro momento, essa prática originou-se do trabalho desenvolvido por vaqueiros da região nordestina do Brasil, numa época difícil sem muitos recursos em que os animais eram criados soltos. O método usado para reunir o gado, para fins de manejo, era o de se lançar atrás do animal muitas vezes em meio à mata. Com o passar do tempo se tornou uma forma de entretenimento, foi crescendo consideravelmente e hoje é um evento gigante que movimenta uma fortuna por ano.

Secundariamente, entendeu-se que com a evolução da sociedade, é necessário evoluir as Leis. A CF/88 proíbe crueldade aos animais, mesmo assim o governo do Ceará tentou regulamentar a Vaquejada por ser um evento rentável, o que não foi admitido pelo STF, porque contradiz as normas da Carta Magna. Evidentemente restou sua inconstitucionalidade. Ainda com relação ao reconhecimento do Patrimônio Cultural, enquanto o órgão competente, que é o IPHAN, não reconhecê-lo, o título não terá validade. Da mesma forma que esse título não pode ser usado para manipular o sistema jurídico.

Ademais, no que diz respeito ao último item analisado, resta evidente o conflito de normas no próprio artigo 225, em que a EC. Nº 96/2017, adicionou o §7º que autoriza a utilização de animais na vaquejada. O mesmo artigo também veda a crueldade em seu §1º inciso VII. Portanto, configura-se um efeito *backlash*, em razão da inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013 que regulamentava a vaquejada.

Como resultado da análise observa-se o conflito evidente de normas, pois uma já consolidada proíbe a crueldade, e a outra legaliza. Dessa forma, deve olhar-se

para o princípio do não retrocesso, quando uma norma não pode ser emendada para suprimir um direito já alcançado.

Com relação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, sendo cláusula pétrea torna-se inviolável não podendo ser emendada, conforme artigo 60,§4, inciso IV da CF/88.

Logo a EC nº 96/2017 deve ser declarada inconstitucional devendo ser retirada do ordenamento jurídico Brasileiro.

REFERÊNCIAS

AURELIO, M. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 CEARÁ**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 20/out/2020.

BOGÉA, K. S. **Ofício nº852/2016-PRESI/IPHAN**. Posicionamento do IPHAN sobre o reconhecimento Rodeio e da Vaquejada como manifestação cultural pelo Legislativo Federal. Disponível em: <<https://oholocaustoanimal.files.wordpress.com>>. Acesso em: 21/out/2020.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20/out/2020.

_____. **Emenda Constitucional nº 96, de 06 de junho de 2017**. Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06/mai/2020.

_____. **Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03/nov/2020.

_____. **Lei nº 10.220 de 11 de abril de 2001**. Institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03/nov/2020.

_____. **Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016**. Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais, eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro, e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar do animal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20/out/2020.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 1767 de 2015**. Eleva o rodeio bem como suas manifestações artístico-culturais, à condição de patrimônio cultural imaterial do Brasil. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br>>. Acesso em: 21/out/2020.

CAVALCANTE, M.A.L. Breves comentários à EC 96/2017 (Emenda da Vaquejada), **Dizer o Direito**. 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br>>. Acesso em: 16/set/2020.

CEARÁ. **Lei nº 15.299 de 08 de janeiro de 2015**. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br>>. Acesso em: 19/out/2020.

GUEDES, M. H. **As Grandes Vaquejadas**. 1. rd. Vitória – ES, Clube de Autores (Managed), 2016. Disponível em: <<https://books.google.com.br>>. Acesso em: 01/mai/2020.

GONZAGA, A. A.; ROQUE, N.C. **VadeMecum jurídico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GORDILHO, H. J. S.; FIGUEREDO, F. J. G. A vaquejada à luz da Constituição Federal. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org>>. Acesso em: 13/Nov/2020.

IPHAN. **Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br>>. Acesso em: 21/out/2020

LAMOUNIER, M.A. **A Emenda Constitucional nº 96/2017 e a manobra do congresso nacional**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 04/nov/2020.

LEITÃO, G. **A Voz dos Sem Voz**. Fortaleza: INESP, 2002. Disponível em: <<https://www.al.ce.gov.br>>. Acesso em: 03/nov/2020.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquemático**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br>>. Acesso em: 04/nov/2020.

MALTEZ, R.T.; CUSTÓDIO, R.M. **Análise da (in)constitucionalidade da emenda constitucional 96/2017 em face da vedação de tratamento cruel contra animais (CF, Art. 225, §1º, VII)**. Disponível em: <<https://revistadireito.emnuvens.com.br>>. Acesso em: 05/nov/2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5728**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br>>. Acesso em: 03/nov/2020.

NUNES JUNIOR, F.M.A. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br>>. Acesso em: 02/nov/2020.

_____. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br>>. Acesso em: 02/nov/2020.

OLIVEIRA, A. **Como surgiu a vaquejada**, Cursos CPT, 2016. Disponível em: <ht-

<tps://www.cpt.com.br>>. Acesso em: 16/set/2020.

PARIS. Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial 2003. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br>>. Acesso em: 21/out/2020.

RIO GRANDE DO NORTE. **Lei 7.380, de 14 de dezembro de 1998**. Autoriza a criação, a realização exposições e as competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre) para preservar e defender o patrimônio genético da espécie “Gallus Gallus”. Disponível em: <<http://www.al.rn.gov.br>>. Acesso em: 18/nov/2020.

ROCHA, R.R.C; BITTENCOURT, F.A. **Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à manifestação cultural na vaquejada após a emenda constitucional 96/17**. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br>>. Acesso em: 04/nov/2020.

SAVANACHI, E. **Dinheiro Rural**. O Milionário mundo da Vaquejada. Disponível em: <<https://www.dinheirorural.com.br>>. Acesso em: 16/set/2020.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - liminar-julgamento definitivo**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 20/out/2020.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 CEARÁ**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 20/out/2020.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.776-5 Rio Grande do Norte**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br>>. Acesso em: 18/nov/2020.

_____. **ADI 5.728 questiona emenda constitucional que permite a pratica da vaquejada**. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 03/nov/2020.

UNESDOC. **Livraria digital**. Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. Paris, 17 de outubro de 2003. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org>>. Acesso em: 21/out/2020.

VIEIRA, L. R. **Registro e Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial no Brasil**. Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/ Senado, setembro/2016 (Texto para Discussão nº 211). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br>>. Acesso em: 17/nov/2020.

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL CATARINENSE

Gabriel Athayde¹
Joel Saueressig²
Diego Borges Espinoza³
Cezar Augusto Galvão Brandt⁴
Luiz Claudio Araujo Schneider⁵

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a realidade do sistema prisional brasileiro, abordando a evolução da pena através do tempo, além de um breve relato sobre a evolução do sistema prisional e ainda citando alguns problemas e possíveis soluções do sistema prisional brasileiro, sempre com um olhar sobre o modelo de co-gestão adotado pelo estado de Santa Catarina. Objetivando analisar se estas parcerias entre o Estado e o privado, trazem benefícios à sociedade.

Palavras-chave: Pena. Sistema Prisional. Ressocialização. Terceirização.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the reality of the Brazilian prison system, addressing the evolution of the sentence over time, in addition to a brief report on the evolution of the prison system and also citing some problems and possible solutions of the Brazilian prison system, always with a look at the co-management model adopted by the state of Santa Catarina. Aiming to analyze whether these partnerships between the State and the private sector, bring benefits to society.

Key Words: Penalty. Prison System. Resocialization. Third Party.

¹ Acadêmico da 10ª fase do curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Facvest.

⁴ Graduado em direito pela PUC/PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC/RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

⁵ Profº especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Processo Civil. Mestre em Ambiente e Saúde. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema as parcerias público-privadas do sistema prisional Catarinense.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato de que grande parte da população tem dúvida se este modelo de parceria é benéfico para estado e para o recluso.

Isso corresponde à problemática do presente artigo. É benéfico para sociedade este modelo de parceria?

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral mostrar pontos negativos e positivos, bem como, trazer um exemplo já presente no estado.

Como objetivos específicos analisar a ressocialização do apenado.

A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvida uma primeira parte voltada na evolução da pena e do sistema prisional.

Posteriormente, serão analisados os problemas encontrados pelo Estado para gerenciar o sistema prisional.

Finalmente, em um terceiro momento será abordado sobre os modelos de parcerias público-privadas, bem como os resultados gerados para a sociedade como um todo.

2 A EVOLUÇÃO DA PENA E DO SISTEMA PRISIONAL

O sistema prisional nem sempre foi como hoje se encontra nos dias atuais, pois, como a sociedade está em constante movimento, há uma transformação de ideias e formas de ser interpretado, variando conforme as necessidades de cada tempo e local.

Nas palavras de Coulanges (1961, p.494):

Não está na natureza do direito ser absoluto e imutável. O direito se modifica e evolui, como qualquer obra humana. Cada sociedade tem seu direito, que se forma e se desenvolve com ela, que juntamente com ela se transforma, e que, enfim, segue sempre a evolução de suas instituições, de seus costumes, de suas crenças.

Portanto, o direito deve acompanhar a evolução da sociedade.

Observando por um olhar mais amplo e filosófico o cárcere sempre existiu. Sua finalidade, porém, não era a de hoje destinava-se à guarda de escravos e prisioneiros de guerra. Em matéria penal, servia, basicamente, para a custódia de infratores à espera da punição. (CARVALHO FILHO, 2002)

Antes de entrar na esfera de terceirização, faz-se necessário realizar uma análise, mesmo que resumidamente do contexto histórico das prisões e do sistema prisional, pois o direito de punir sofreu muitas transições ao longo dos anos, em um primeiro momento era exercido pelo particular, nas fases da vingança privada e divina, está vingança era aceita na época, pois não havia uma sociedade organizada, em virtude do o

surgimento do Estado, passou a ser exercida por ele, tornando-se o único detentor do uso da força, denominado este período de vingança pública, e por fim o período humanitário da pena que surgiu com o surgimento do iluminismo. (CORDEIRO, 2006)

Em outros termos, chega um momento, em que a sociedade deve repudiar tais atrocidades cometidas nas prisões e o preso passa a ser tratado como um ser humano.

2.1 A pena através do tempo

Para entender o ato de punir, faz-se necessário abordar alguns fatos históricos para que se compreenda a evolução da pena.

As penas surgiram antes mesmo de serem instituídas as prisões, ainda que possua diferenças terminológicas entre pena e prisão, o caminho das duas se completa, dito que a pena surgiu a partir da convivência em sociedade, enquanto a prisão, cujo objetivo era guardar o infrator até a aplicação de seu castigo, surge a partir do século XVIII. (SOUZA, 2005)

Oliveira apud Kloch e Motta (2008, p.15) trazem que:

A etimologia do termo pena é originário do latim *poena*, com a derivação do grego *poine*, que significa dor, castigo, punição, expiração, penitência, sofrimento, trabalho, fadiga, submissão, vingança e recompensa. A etiologia da aplicação da pena se alcança por meio da preocupação em vingar, reparar e manter a sociedade organizada, mesmo que para isso a crueldade e atos desumanos tivessem que servir de exemplo. Os povos antigos também aplicavam penas, mas as suas formas e execuções eram tão diversificadas quanto as suas culturas.

Em síntese, o cárcere sempre existiu, acontece que a sua finalidade que é mutável, ajustando a evolução da sociedade.

2.1.1 Fase da Vingança Privada

Na fase da vingança privada, não acreditava-se na necessidade de existir um sistema prisional, haja vista que a execução do criminoso era imediata, naquela época a sociedade não estava em um grau elevado de organização, ou seja, a figura do Estado não existia, as pessoas se aglutinavam-se em tribos ou clãs, ligados apenas pelos laços sanguíneos. Deste modo, quem causasse dano a qualquer membro do grupo, era punido pela própria vítima ou de seus familiares. (CORDEIRO, 2006)

Segundo Oliveira apud Souza (2005, p.14):

Esta fase é marcada pelo fato de que, quando um crime era cometido, ocorria a reação da vítima (vingança individual), dos familiares (vingança coletiva) e até do grupo social ou tribo da vítima (vingança da paz social), onde o infrator era banido da comunidade, fato que o deixava à mercê de outros grupos, que lhe infligiam a morte.

Percebe-se que a necessidade de se manter o grupo social forte, daí a necessi-

dade de limitar os exageros que ocorriam na vingança privada.

Com o fenômeno do desenvolvimento social, no período neolítico, surge a lei de talião, com o objetivo de evitar a extinção das tribos. A lei utilizava-se da máxima “olho por olho dente por dente”. Analisando a natureza de talião, inicialmente parecendo bárbaro, a pena aplicava-se apenas ao infrator, de maneira retributiva e proporcional. (SOUZA, 2005)

Em outros termos explana Nogueira (2006, p.12) assim como Passamini (2010, p.20):

Com o Código de Hamurabi (Babilônia) surge, então, o que se convencionou chamar de “lei de talião”, que visava evitar a dizimação das tribos, limitando a retaliação por um mal sofrido apenas à utilização da vingança privada. O talião também adota na Índia (Código de Manú), era caracterizado pela aplicação de uma pena de proporção semelhante à ofensa, considerado um avanço, pois proibia a vingança contra famílias inteiras e também a destruição dos bens pertencentes a quem causasse a agressão. Foi estabelecido com o talião um antecedente do princípio. Na sequência, formula-se o sistema composicional, no qual a ofensa ou crime eram compensados sob a forma de ressarcimento monetário ou em bens, de acordo com as normas estabelecidas de antemão, fossem elas regras escritas ou consuetudinárias. Revoga-se, pois, o talião, dando fim às vinganças enquanto reparação de um dano. Até esse momento, a pena era basicamente aplicada com um caráter pessoal, fazia parte da esfera privada, seu desenvolvimento culminará na sua transposição para o plano estatal.

Em suma, nos primórdios da civilização, não havia sociedade devidamente organizada, os homens formavam tribos ou clãs, baseados em laços sanguíneos. O que imputasse dano a alguém seria punido mediante ação da própria vítima ou de tribos.

2.1.2 Fase da Vingança Pública

Percebe-se que, com a cultura e ideias já desenvolvidas e com o surgimento da figura Estado, as penas passaram a ser conduzidas pelas legislações e aplicadas pelos entes do estado.

Em outros termos “neste período o Estado avocou para si a responsabilidade de punir os infratores a partir do pacto social, onde cada particular abre mão de uma parcela de sua liberdade para que o Estado tenha soberania para gerir os assuntos de interesse coletivo.” (ROUSSEAU apud SOUZA, 2005, p.17)

Segundo Cordeiro (2006, p.14):

No início da Idade Média, no considerado “período das trevas”, quando o politeísmo já parecia varrido da cultura ocidental, o soberano – sob a condição de representante de Deus na Terra – exercia um poder absoluto e incontestável. O direito de punir a ele pertencia com exclusividade, tendo o rei o poder de vida e de morte sobre cada um de seus súditos. Aquele que infringisse as leis era tido como inimigo do próprio soberano, devendo permanecer na prisão até seu julgamento final, quando

seria condenado à morte ou à prisão perpétua. A prisão tinha uma finalidade meramente custodial. A punição tinha o duplo condão de proteger não só a segurança e a autoridade do soberano, como também de intimidar os demais ao cometimento de crimes.

No início do século XIX, comparando aos dias atuais, a aplicação das penas formava um verdadeiro espetáculo, eram utilizados os métodos mais impiedosos, os “apenados” eram destituídos de sua dignidade, humilhados publicamente onde o próprio povo ao mesmo tempo em que era observador era também partícipe destas atrocidades. Em síntese, trazem Kloch e Motta (2008, p.21):

O cumprimento das penas neste período ainda era precário, os trabalhos forçados eram obrigatórios aos presos e condenados, onde se construam prisões, pontes, estradas e eram condenados a serem servos de navios, sendo o trabalho atribuído como conduta de suplício.

Como se percebe, ainda nesse período o cumprimento de penas ainda era de forma bastante rudimentar com trabalhos forçados e afins.

Beccaria (2002, p.41), complementa:

Submeter um acusado ao suplício, para descobrir se é culpado de outros delitos além daquele de que é acusado, é fazer este vergonhoso raciocínio: “És culpado de um crime; é, portanto, possível que tenhas praticado outros cem. Tal suspeita me preocupa; quero estar certo; vou usar minha ‘prova da verdade’. As leis vão te fazer pensar pelos delitos que praticastes, pelos que podereis praticar e por aqueles de que te quero considerar culpado”. [...] Contudo se ficou provado que o suplício não é um meio certo de verificar a verdade.

Com o passar do tempo, gradativamente o suplício foi deixando de ser utilizado como forma de punição, aparecendo em seu lugar a prisão, os trabalhos forçados, a deportação e até mesmo a guilhotina e o enforcamento.

2.1.3 A humanização das penas

Com o advento do Estado liberal, surge métodos mais humanos de punição, a pena acaba se afastando a sua característica religiosa.

Com o surgimento do iluminismo, e a manutenção dos pensamentos feita pelos filósofos, provocam mudanças que vão ao encontro da dignidade humana, transformando assim a forma como era vista a pena e as prisões. (KLOCH e MOTTA, 2008). O nascimento do Iluminismo e do racionalismo foi fundamental para a evolução das prisões. Conforme cita Carvalho Filho (2002, p.21):

A prisão torna-se então a essência do sistema punitivo. A finalidade do encarceramento passa a ser isolar e recuperar o infrator. O cárcere infecto, capaz de fazer adoecer seus hóspedes e mata-los antes da hora, simples acessório de um processo punitivo baseado no tormento físico, é substituído pela ideia de um estabelecimento público, severo, regula-

mentado, higiênico, intransponível, capaz de prevenir o delito e ressocializar quem o comete. É uma mudança histórica gigantesca – ainda que muitas vezes essas últimas características se estejam asseguradas no papel.

Com a influência iluminista crescendo, o jus puniendi deixa limitar-se ao soberano para pertencer a toda a sociedade, ali representada pelo Estado, ao qual cabia punir aquele que infringisse as normas, rompendo assim o pacto social. (CORDEIRO, 2006). Souza (2005, p.21) complementa a lição acerca do Iluminismo:

Deste modo, a contribuição do iluminismo foi essencial para a mudança dos paradigmas atribuídos à pena, retirando-lhe o caráter meramente expiatório e atribuindo-lhe uma função de regeneração do apenado, visando a sua recuperação, respeitando, sobretudo, o direito à vida e as condições dos condenados. Tal fato comprova que a história é apenas um ciclo de acontecimentos lógicos. As concepções dominantes são derrubadas por um pensamento insurgente, que altera a conjuntura e revela uma nova ideologia.

Deste modo, inicialmente no contexto histórico da pena, esta possuía um caráter unicamente retributivo, uma vez que visava somente castigar o infrator pelo delito cometido. Seguindo-se do momento em que adquiriu o caráter preventivo, de modo a evitar o cometimento de uma nova infração por parte do criminoso.

2.2 Sistema prisional: evolução

Como abordado anteriormente, a função da prisão não é mais a mesma com o advento do Iluminismo, tem como ideia principal a recuperação do apenado.

De fato, frente a evolução do sistema correccional, nasceram novos modelos visando à estruturação e organização de um sistema prisional propriamente dito, que oferecesse condições mínimas aos detentos, além de ressocializá-los. (SOUZA, 2005)

Em outros termos a prisão deixa de ser apenas um depósito de seres humanos aguardando execução, passa a ser um sistema em que, no mesmo tempo que é instrumento de segurança, também pune, (re)socializa e (re)educa o condenado. (KLOCH e MOTTA, 2008)

Conforme supra citado, várias foram as ideias e alternativas impostas para amenizar os problemas do sistema prisional, entretanto, nota-se que alguns conceitos e as atrocidades aplicadas em tempos atrás, permanecem, propendendo a piorar cada vez mais.

3 ALGUNS DOS PROBLEMAS DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

É comum a visão de que a prisão existe por ser indispensável. Tendo surgido com o objetivo de humanizar as penas, até o atual momento não existe outra forma capaz de suprir a sua utilização que seja capaz de manter a segurança da sociedade.

Para Santos em entrevista a Penitenciária Industrial de Joinville (2008, p.01):

A situação atual do Brasil, referente à política de administração penitenciária, é bastante preocupante. [...] A superlotação, tanto em presídios, cadeias públicas e delegacias, trazem outros em sua esteira, como a falta de atendimento à saúde, péssima alimentação, corrupção do sistema entre outros, sendo que, dessa forma, o objetivo maior, que é a ressocialização do apenado para que ele possa retornar ao convívio em sociedade apto a este relacionamento, muito raramente é alcançado.

Em síntese, o Brasil encontra-se na atual situação, pois seu sistema prisional possui mais problemas do que soluções para o seu fim, que é ressocializar o apenado para que possa voltar a “viver” em sociedade.

3.1 A situação do sistema prisional brasileiro hoje com a visão na Lei de Execução Penal

O sistema prisional brasileiro tem como finalidade ressocializar aquele que lá cumpre sua pena, porém, nota-se que constantemente, através dos noticiários que hoje, são mais problemas que soluções para este recomeço do preso.

Enquanto se busca uma solução para estancar o aumento da criminalidade, sem eliminação sumária do infrator, surgem discussões referentes ao sistema prisional, cuja etiologia reflete na eficácia ou não da atual gestão (KLOCH e MOTTA, 2008). Isso aumenta os debates acerca da melhoria dos sistemas carcerários que deve levar em conta todos os fatores para se justificar.

3.1.1 A Lei de Execução Penal

Para complementar as normas trazidas no Código Penal, foi criada, em 1984, a Lei de Execução Penal (LEP), visando a aplicação das penas privativas de liberdade, normatizando também as regras gerais do regime prisional.

Fernandes (2000, p.144) explica que:

A descrição mais detalhada sobre as normas prisionais brasileiras – ou pelo menos suas aspirações para o sistema prisional – pode ser encontrada na Lei de Execução Penal (LEP), Adotada em 1984, a LEP é uma obra extremamente moderna de legislação; reconhece um respeito saudável aos direitos humanos dos presos e contém várias provisões ordenando tratamento individualizado, protegendo os direitos substantivos e processuais dos presos e garantindo assistência médica, jurídica, educacional social religiosa e material. Vista como um todo, o foco dessa lei não é a punição mas, ao invés disso, a ressocialização das pessoas condenadas.

Logo em seu 1º a LEP traz que seu principal objetivo é assegurar a efetivação da sentença ou decisão criminal, assim como proporcionar condições para a reinserção do apenado na sociedade. Seguramente o artigo acima mencionado em seu texto legal, diz que: “Art.1º a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do

condenado e do internado.” (BRASIL, 1984, s.p)

Além das assistências garantidas ao apenado, ele possui garantia relacionadas à progressão do regime, contudo, são notáveis os problemas que dificultam a sua aplicação, seja por questões judiciais como por falta de estrutura, desta forma, muitas vezes os apenados cumprem suas penas em condições insalubres, o que dificulta ou praticamente impossibilita o processo de ressocialização, objetivo primordial da privação de liberdade.

3.2 A falência do sistema prisional brasileiro e possíveis soluções

A prisão tornou-se a melhor maneira de “punir”, desde o início do século XIX, pois naquela época acreditou-se que poderia ser a melhor forma de regeneração do criminoso.

Contudo, é sabido que ainda há pensamentos contrários, não havendo muitas esperanças sobre o sistema prisional brasileiro, é notório que a prisão está em crise, essa crise atinge o objetivo ressocializador que é um dos princípios da pena privativa de liberdade.

O Brasil, de acordo com censo realizado pelo IBGE, possui mais de 211 milhões de habitantes, deste montante, 16% se refere a população carcerária, se fizer o cálculo este valor corresponde a 773 mil presos, e não para por aí, 461 mil é o número de vagas, ou seja, um déficit de 312 mil vagas que deveriam existir para comportar tamanho número. (BARBIERI, 2019). Não é de hoje que é abordado a deficiência dessas vagas no sistema prisional, conforme traz Fernandes (2000, p.163):

A grave superlotação é talvez o mais básico e crônico problema afligindo o sistema penal brasileiro. Há mais de uma década, autoridades prisionais do Brasil estimaram que o país necessitava de 50.934 novas vagas para acomodar a população carcerária existente. Desde então, embora alguns esforços tenham sido feitos para resolver o problema, a disparidade entre a capacidade instalada e o número atual de presos tem apenas piorado.

Frequentemente é noticiado nos jornais sobre as superlotações atingindo seus níveis mais desumanos, com presos amontoados em grupos, sem condições básicas para ali ficarem. Outro fator que agrava o fracasso da prisão é a reincidência, conforme aborda Bitencourt (2004, p.161):

Um dos dados frequentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência. [...] Porém, os países latino-americanos não apresentam índices estatísticos confiáveis (quando os apresentam), sendo esse um dos fatores que dificultam a realização de uma verdadeira política criminal. [...] Inegavelmente, a prisão exerce alguma influência no fracasso do tratamento do recluso. Mas as causas responsáveis pelos elevados índices de reincidência não são estudadas cientificamente.

Conforme abordado anteriormente, por mais que o preso possua seus direitos resguardados, contudo, ficam apenas no papel, como por exemplo a saúde, os estabele-

cimentos penais em sua grande maioria não dispõe de pessoas capacitadas e nem equipamentos adequados para os atendimentos médicos, odontológicos e farmacêutico; Até mesmo a assistência jurídica, que por diversas vezes não é aplicada, e é de fundamental importância para o rumo da execução da pena; A educação, que tem influência positiva na readaptação do preso ao convívio social.

Passanami (2010, p.45) aborda um julgado no extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, em que o relator diz que com a terceirização seria a melhor opção para reversão do caos em que se encontra o sistema prisional:

Não tem direito nenhum – o que constituiria precedente perigosíssimo, colocar nas ruas indivíduos em início de condenação, simplesmente porque a Administração Penitenciária está falida, não tem onde colocá-los – a aguardar vaga em regime aberto, como alternativamente pleiteia. Já avacalhando o Sistema Prisional, essa seria a gota d'água faltante para estourá-lo de uma vez, a dano da população ordeira.[...] Não se inicia a privatização dos presídios – porque os lunáticos acham que a soberania é indelegável, a ser assim nem a limpeza das escadarias do Fórum Central poderia vir a ser terceirizada -, única forma de moderar os gastos públicos (cada vagabundo encarcerado custa aos cofres públicos cerca de dois mil reais por mês. Num sistema privatizado custaria a metade, e a qualidade do serviço se elevaria aos níveis de decência, de ponto afastada a corrupção existente) e obter resultados palpáveis e corretos, com o fim da política do “faz de conta” (faz de conta de que o réu está preso, quando no regime aberto; de que há lugar onde colocá-lo, com os rigores dos sistema carcerário e não numa Delegacia do Distrito, onde cabem vinte e são colocados duzentos, quais feras enjauladas:[...]). (TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Habeas Corpus. HC n. 402.314/6 – Capital – Impetrante: Bela. Pérsia Jabur – Paciente: R.F.C. – Rel. Luiz Ambrá)

Esta é apenas hipótese levantada, todavia, alguns Estados preocupados com o aumento da criminalidade já adotam este modelo.

4 PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL CATARIENSE

Mesmo que o sistema prisional de um modo geral apresente-se falido, não existe outro método para a aplicação das penas privativas de liberdade. Como evidenciado até agora, o melhor sistema prisional é aquele que garanta os direitos previstos da Constituição Federal ao apenado, especialmente no que se refere ao tratamento em que é submetido. O modelo que se apresenta ser mais possível é aquele em que o Estado executa os serviços prisionais em co-gestão com a iniciativa privada. (KLOCH e MORTA, 2008)

Conforme dados do Departamento de Administração Prisional, Santa Catarina tem 17,2 mil reeducandos, destes 48% trabalhando, e 1,8 mil estudando (DEAP, 2017), é um dos estados brasileiros que aderiu a modalidade de co-gestão em algumas de suas unidades prisionais, tendo umas destas parcerias como modelo nacional no tratamento ao apenado.

4.1 Privatização ou terceirização (co-gestão)

Outra alternativa é o setor privado tomar conta da gestão das penitenciárias ou participar em parcerias público-privadas ou, ainda, a terceirização. Privatização, nada mais é que a transferência das empresas estatais e atividades por ela exercida para o setor privado, obedecendo às mais variadas formas de transferência do capital aos particulares.

A privatização diferencia-se da terceirização devido no sentido de que, na terceirização a empresa privada exercerá suas funções apenas nas atividades do Estado, dentro do sistema prisional, como por exemplo, os serviços relacionados a alimentação e demais assistências. Enquanto que na privatização, o Estado não teria mais função alguma, o particular, cuidaria de todas as funções.

4.1.2 Terceirização

Terceirizar consiste na contratação de uma empresa por outra prestadora de serviços, visando uma forma de minimizar os problemas pertinentes ao encarceramento.

Por este modelo de terceirização/co-gestão, o Estado e a iniciativa privada são co-responsáveis pela administração e pelo gerenciamento da prisão, ou seja, o diretor da prisão é nomeado pelo Estado conforme os funcionários de seu quadro, enquanto realização dos demais serviços fica incumbido à empresa privada (CORDEIRO, 2006).

Em suma, o regime de co-gestão é a delegação para empresas privadas a execução de serviços como alimentação dos apenas, bem como higiene, atendimento médico, vestuário, assessoramento jurídico, formação educacional e profissionalizante dentre outros suportes que ficam de responsabilidade da empresa.

4.2 O sistema de parceria adotado por Santa Catarina

Santa Catarina é um dos estados que aderiu à terceirização de alguma de suas unidades prisionais, seu contrato se baseia na Lei 8.666/93 ou Lei das Licitações.

Gasparini (2011, p.473), ao falar dessa parceria entre o Estado e privado, explica que:

Por ser contrato, ainda que administrativo, envolve, no mínimo, duas partes, ou seja, os contratantes ou parceiros. De um lado, o parceiro é a Administração Pública direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a cargo dos quais está o serviço ou a obra a ser tocada em parceria com o particular. De outro lado, o parceiro é a empresa privada, pessoa jurídica constituída inteiramente por particulares, sob égide do Direito Privado.

Para conseguir esta concessão o particular tem de respeitar os dispositivos elencados na lei, conforme o artigo 7º da Lei de Licitações.

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I- projeto básico;

II- projeto executivo;

III- execução das obras e serviços.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I- houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II- existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III- houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

IV- o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso. (BRASIL, 1993, s.p)

Em suma, a Lei nº 8.666/93 (Lei das Licitações), que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da CFRB/1988, estabelece regras básicas para as licitações e contratos da Administração Pública, como visto o art. 7º, o qual explica que a contratação de qualquer serviço ou obra pública deve acontecer através de licitação, há também a necessidade de conter algumas especificações no contrato de concessão, como a responsabilidade por danos ocorridos no estabelecimento prisional, bem como outros próprios da administração.

4.3 Alguns exemplos de parcerias público privadas no sistema prisional de Santa Catarina

Conforme dados do Departamento de Administração Prisional (DEAP), o estado de Santa Catarina é dividido em 7 regionais, somando ao todo 51 unidades prisionais, as unidades de Joinville, Itajaí, Tubarão e Lages, trabalham com o modelo de co-gestão terceirizada.

Duas empresas prestam serviço ao estado neste sistema de co-gestão, a Montesinos Sistema de Administração Prisional Ltda., que é vinculada ao grupo ON-DREPSB, e a REVIVER, que inclusive presta serviço ao Presídio Masculino de Lages.

4.4 Resultados gerados por estas parcerias

Este sistema de parceria público-privado vem trazendo resultados positivos quanto a ressocialização do preso, que já é o maior benefício que estas parcerias podem resultar.

Neste modelo, o preso acaba por se profissionalizar, possibilitando-se renda para sua família, obtendo resultados satisfatórios em relação a taxa de reincidência que chega aos 2%, sendo que no sistema Estatal “tradicional” esse índice chega a 80%, com investimentos similares. A principal das conquistas compreendidas pelas parcerias foi a humanização da pena, os presos são tratados como seres humanos. (CUBAS JÚNIOR; MOURA e GUEDES, 2011)

Conforme foi abordado no capítulo 4 (quatro) deste artigo, é notório que o Estado não consegue garantir sozinho as assistências e os direitos elencados na LEP, em compensação, nesta forma de parcerias públicas e privada as prerrogativas da LEP, são garantidas, pois os apenados têm acesso a uma boa alimentação, vestuário e sistema de saúde básica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho viu-se a evolução histórica da pena e do sistema prisional. Foi abordado também as modalidades de parcerias público privadas, foi trazido os resultados que elas trazem para o Estado. Concluiu-se que em um primeiro momento que a pena passou por diversas modificações assim como o sistema prisional.

Secundariamente, entendeu-se o sistema prisional possui muitos problemas, que foi deixado de lado sua função, que além de executar a pena serve para ressocializar o apenado, foi abordado também sobre a superlotação no Brasil, ficou claro que o número de presos é maior que o número de vagas criadas pelo Estado.

Ficou evidente ainda que, a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal, possuem garantias aos presos, para sua recolocação na sociedade, porém, o Estado mostra-se inerte em garantir estas figurando apenas no papel.

E ainda, no que diz respeito ao último item analisado, foi abordado a inserção destas parcerias dentro sistema prisional de Santa Catarina, explicitado como funciona o modelo de cogestão.

Como resultado da análise, percebe-se que o modelo de administração público-privado no sistema prisional de Santa Catarina traz benefícios para a população, os presos conseguem amparar financeiramente sua família além de aprender uma profissão, através dos trabalhos que são disponibilizados, ao fim da pena diversas vezes já sai empregado, a sociedade tem como um todo tem o benefício da ressocialização do preso, o custo benefício acaba por ser menor, ou seja, mesmo que investimento inicial seja alto, entende-se que o preso, tendo seus direitos garantidos, reflete no seu retorno social, impactando positivamente aos cofres públicos a longo prazo.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BITENCOURT, C. R. B. **Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2020.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2020.

_____. **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>. Acesso em: 28/mar/2020.

CARVALHO FILHO, F. **A Prisão.** São Paulo: PubliFolha, 2002.

COULANGES, F. **A Cidade Antiga.** São Paulo: Edameris, 1961

CORDEIRO, G. C. **Privatização do Sistema Prisional.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

CUBAS JÚNIOR, E. S.; MOURA, M. E. C., GUEDES, T. M. **Terceirização e Parce-
rias Público-Privadas:** Alternativas para Amenizar alguns dos Problemas Enfren-
tados pelo Sistema Penitenciário Brasileiro. Disponível em: <[http://www.criminal.mppr.
mp.br](http://www.criminal.mppr.
mp.br)> Acesso em: 19/out/2020.

BARBIERI, L. F. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm
condenação.** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com>. Acesso em: 19/out/2020.

FERNANDES, N. **A Falência do Sistema Prisional Brasileiro.** São Paulo: RG Edi-
tores, 2000.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2011.

KLOCH, H.; MOTTA, I. D. **O Sistema Prisional e os Direitos da Personalidade do
Apenado com Fins de Res(socialização).** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

NOGUEIRA, S. D. **Vitimologia.** Brasília: Jurídica, 2006.

PASSAMANI, A. **A gerência dos estabelecimentos penais pela iniciativa privada:**
uma alternativa. Trabalho Monográfico, UNIVALI, 2010.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica.** 9.
ed. Lages: Papervest, 2020.

SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL E SOCIOEDU-
CATIVA. (Governo de Santa Catarina). DEAP. **SC O SISTEMA PRISIONAL EM
NÚMEROS.** Infográfico, 2019. Disponível em: <https://www.deap.sc.gov.br>. Acesso
em: 04/set/2020.

SOUZA, R. L. **A Terceirização do Sistema Prisional Brasileiro.** Trabalho Monográ-
fico, UNIPLAC, 2005.

GARANTISMO PENAL *VERSUS* O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Jenifer Gabriele Borges¹

Joel Saueressig²

Diego Borges Espinoza³

Cezar Augusto Galvão Brandt⁴

RESUMO

O trabalho tem por objeto a análise da teoria do “Direito Penal do Inimigo”, segundo a concepção e metodologia de Günther Jakobs, e a análise da teoria do “Garantismo Penal”, conforme a concepção e metodologia de Luigi Ferrajoli. Assim, o presente artigo apresenta o tema “Garantismo Penal versus o Direito Penal do Inimigo”. Empregar-se-á a palavra “Versus” com a ideia de contraditar as teorias. Como delimitação do tema será apresentado a ideia central de cada teoria, suas principais características e princípios norteadores. O método e a técnica de pesquisa a ser utilizada será bibliográfica e documental, por meio de consulta à legislação, doutrinas e jurisprudências. A metodologia utilizada foi dividida em método de abordagem, através do método dedutivo, partindo de uma ideia geral para um assunto em particular. As teses abordadas do Garantismo Penal e do Direito Penal do Inimigo serão temas centrais e gerais, com o intuito de tecer uma discussão entre as teorias.

Palavras chave: Direito Penal. Garantismo Penal. Direito Penal do Inimigo.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the theory of “Criminal Law of the Enemy”, according to the concept and methodology of Günther Jakobs, and to analyze the theory of “Criminal Guarantee”, according to the conception and methodology of Luigi Ferrajoli. Thus, this article presents the theme “Penal Guarantee versus the Enemy’s Criminal Law”. The word “Versus” will be used with the idea of contradicting theories. As a delimitation of the theme, the central idea of each theory, its main characteristics and guiding principles will be presented. The research method and technique to be used will be bibliographic and documentary, through consultation of legislation, doctrines and jurisprudence. The methodology used was divided into approach method: through the deductive method, starting from a general idea for a particular subject. The theses addressed in the Penal Guarantee and the Criminal Law of the Enemy will be central and general themes, in order to weave a discussion between the theories.

Key words: Criminal Law. Criminal Guarantee. Criminal Law of the Enemy.

¹ Acadêmica da 10ª fase do curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Facvest.

⁴ Graduado em direito pela PUC\PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC\RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, no Brasil, as informações dão conta de que os índices de criminalidade aumentam de forma exponencial, um fator preocupante que assola a sociedade. Fato que se constitui em uma constante ao decorrer da história brasileira. O fenômeno da criminalidade no Brasil, se desenvolve de tal forma que o sistema penal por si só não consegue ter sucesso na repressão e escoação dos níveis criminais, devido a características peculiares.

Assim, o intuito deste trabalho é buscar fundamentações, bem como a pesquisa sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo versus a Teoria do Garantismo Penal, haja vista estas doutrinas tratarem da penalização dos crimes no que tange o tratamento de quem comete um delito.

As teorias tratadas, podem ser consideradas contraditórias e até mesmo antagônicas, pois defendem dois pontos distantes no tratamento daquele que comete um crime. Busca-se uma explicação para essa contradição ou ao menos, pontuar pressupostos a fim de melhorar o entendimento sobre o tema.

Inicialmente, serão traçadas as linhas e ideias fundamentais da teoria do Garantismo Penal, de autoria de Luigi Ferrajoli, teoria esta, embasada nos direitos de primeira geração, que tem a liberdade do indivíduo como marco fundamental de defesa. Luigi Ferrajoli, um jurista italiano e um dos principais teóricos do Garantismo, conhecido sobretudo por suas formulações no âmbito do Direito e do Processo Penal, tem a posição de um “direito penal mínimo”, uma vez que tanto os crimes como as penas devem ser os estritamente necessários para os fins de prevenção.

Subsequentemente, apresentar-se-á a teoria do Direito Penal do Inimigo, conceito introduzido pelo jurista alemão Günther Jakobs, professor de direito penal e filosofia do direito, esta teoria baseia-se em três pilares fundamentais: 1º) A antecipação da punição. 2º) A desproporcionalidade das penas dentre os indivíduos que cometem o crime. 3º) A relativização ou até supressão de certas garantias processuais, que se fundamentam na diferenciação entre o cidadão que, segundo o autor cometeu um “erro”.

Devidamente fundamentadas ambas as teorias, ante a necessidade de um “frente a frente” entre o “Garantismo Penal e o Direito Penal do Inimigo”, o artigo se aprofundará no tema desenvolvendo uma discussão. Empregou-se a palavra versus, originária do latim como sendo um advérbio com função de “chocar” as duas teorias num contraponto teórico, pois apenas de forma dialética será possível a construção e ressignificação do seu real objetivo inicial.

Assim, a presente pesquisa é fundamental para o mundo acadêmico e jurídico, pois o Direito é uma ciência dialética que está sempre em transformação e em intensa movimentação, diante da evolução social, cultural e histórica das demandas dos tribunais. O estudo deste tema no mundo acadêmico, assim como suas implicações jurídicas e sociais, é sem dúvidas o motivo pelo qual o direito penal deve ser constantemente estudado e colocado a prova, nas mais diversificadas perspectivas possíveis, não amarrando-se apenas na norma penal tipificada, para que quando um crime seja cometido, a persecução penal tenha início e fim, com a aplicação da pena justa e correta ao caso concreto, avaliando cada caso, sem abusos nem falhas.

O Direito Penal busca proteger os homens das ações e omissões de outros homens, sendo assim, entender estas teorias pode traduzir os sentimentos daquele que infringe a lei, bem como, da vítima.

2 GARANTISMO PENAL

O Direito Penal, não pode ser conceituado sem antes estabelecer uma ligação entre as medidas de manutenção da ordem e a busca pela paz social. Está diretamente ligado a sociedade e é o mais dinâmico dos ramos do Direito, aquele que se traduz em dois polos distintos, de um lado a segurança e de outro a liberdade do cidadão.

Portanto, não há possibilidade de uma sociedade existir sem que o Direito Penal esteja presente, de igual forma não há como contestar o dever do Estado de intervir para evitar que danos ao patrimônio e a vida das pessoas. Assim dentro de um Estado Democrático de Direito é imprescindível existirem limites às pessoas e ao poder do Estado.

Nesse viés surgiu o Garantismo Penal, a partir dos estudos, pensamentos e reflexões do jurista italiano Luigi Ferrajoli, o qual, em sua teoria adotou garantias e concedeu ao cidadão, o que segundo Mendes (2013) construiu a ideia de direito penal como um limitador ao poder punitivo, distanciando-se, portanto, do antigo entendimento segundo o qual o direito penal era, na verdade, a regulamentação do referido poder estatal.

A expressão garantismo no meio jurídico é considerada nova, em razão dela ter sido inserida no âmbito do direito penal, na Itália, nos anos 70, conforme destaca o próprio Ferrajoli citado Machado (2018, s.p):

A expressão garantismo foi introduzida no léxico jurídico no contexto italiano dos anos 1970, mais especificamente no âmbito do Direito Penal”. Machado ressalta que muito embora possa ser estendida a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais, nesse sentido, o garantismo seria sinônimo de “Estado Constitucional de Direito.

Nas palavras de Mendes (2013, s.p) o pensamento garantista é de que:

O direito penal não deve servir apenas à pessoa ofendida pela conduta delituosa, mas também ao infrator, sendo que este deve ser protegido em face das reações advindas de seu ato, sejam estas reações informais, públicas ou privadas. Com efeito, por essa ótica pode-se dizer que um sistema penal garantista não serve apenas para prevenir os injustos delitos, mas também os castigos injustos.

Assim, a teoria do Garantismo Penal baseia-se em uma antítese entre a liberdade do homem e o poder que decorre do Estado, assim o garantismo defende o aumento da liberdade do homem, diminuindo a força estatal, ou seja, deve se ampliar a esfera de liberdade do indivíduo e diminuir ao patamar mínimo necessário o poder do Estado.

A teoria em si, tem como marco histórico a obra “Direito e Razão” de Luigi Ferrajoli, sob a qual se construiu a ideia de direito penal como limitador do poder punitivo do Estado, e que tem como pressuposto a proteção de direitos de primeira geração, fundamentando-se nos direitos fundamentais previstos nas Constituições, faz com que Catapan (2016, s.p) explique que isso significa que “o direito de punir do Estado não pode se sobressair aos direitos individuais de cada indivíduo”.

Sobre a origem do garantismo, Mendes (2013, s.p) explica:

A origem da teoria garantista no campo penal como possível resposta à chamada crise da legalidade, diante da qual se passa a consignar como garantista um determinado modelo normativo de Direito compatível com a estrita legalidade, própria do Estado de Direito, que deve caracterizar-se pelo poder mínimo, o intuito de diminuição da violência e prevalência da liberdade e restrição da função punitiva do Estado.

Assim, Luigi Ferrajoli formulou uma verdadeira teoria jurídica, estendível a todos os ramos do Direito e influente, sobretudo, no Constitucionalismo. A teoria do garantismo penal tem como pressupostos a guarda dos direitos humanos de primeira geração, lembrando que os direitos humanos são direitos naturais garantidos a todos os indivíduos, dessa forma, Carvalho (2008, p.01) elucida:

Para realizar uma digressão histórica com intuito de fundar os pressupostos do modelo jurídico-penal de tutela dos direitos fundamentais, é mister preocupar-se com a afirmação de alguns valores e categorias que serão lapidares no processo de construção dos direitos humanos, entendidos estes, desde uma perspectiva garantista, como elementos de legitimação externa dos Estados democráticos de direito. É necessário ressaltar, todavia, que tal eleição fornecerá elementos justificadores de um modelo jurídico-penal contratualista e liberal, tendo em vista que a especificidade histórica da ilustração é caracterizada pela intensa busca de limites ao Estado frente à liberdade individual, bem como pela elaboração de critérios de participação do cidadão no espaço público. Assim, pode-se afirmar que as principais manifestações do direito no câmbio do Ancien Régime à modernidade encontram-se no direito e processo penal e nos direitos políticos. Nesse contexto, o direito penal e o direito processual penal atuariam como parâmetros de tutela à liberdade, sendo que os direitos políticos possibilitariam os canais de acesso do cidadão às decisões sobre as ‘regras do jogo’. Este rol de direitos e garantias asseguradas pelo pensamento ilustrado propiciou a noção contemporânea de direitos de primeira geração (direitos individuais), estruturando a base de legitimidade do garantismo jurídico.

Na busca por novos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais e da democracia, a teoria garantista propõe uma releitura de três dimensões da esfera jurídico-política que subordinam a prática penal, assim traz Carvalho (2008, p.96):

(i) a revisão crítica da teoria da validade das normas e do papel do operador jurídico (plano da teoria do direito); (ii) a redefinição da legitimidade democrática e dos vínculos do governo à lei (plano da teoria do Estado); e (iii) a reavaliação conceitual do papel do Estado (plano da teoria política). São esses os (sub)campos fundamentais de uma teoria geral do garantismo como parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva.

Ao explicar o garantismo, Moraes (2006, p.129) salienta que essa teoria prega que “a única função capaz de legitimar a intervenção penal é exclusivamente a prevenção geral negativa, não apenas com o intuito de prevenir futuros delitos, mas de prevenir reações informais públicas ou privadas arbitrárias”, portanto, Hireche citado por Moraes (2006, p.129) corrobora afirmando:

A pena não serve só para prevenir os injustos delitos, senão também os castigos injustos; que não se ameaça com ela e se a impõe só *ne peccetur*; senão também *ne punietur*; que não tutela só a pessoa ofendida pelo delito, e sim também ao delinqüente, frente às reações informais públicas ou privadas arbitrárias. Grifos no original.

Portanto, o garantismo defende a igualdade de tratamento, ou seja, a pena existe não apenas com o intuito de ressarcir o mal causado, mas também como forma de se evitar a pratica de injustiças, dessa forma há a previsão legal, a qual pode ser considerada como base garantista e é defendida por Ferrajoli (2002, p.32) através do princípio da legalidade, logo:

O que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito. Com tal concepção, podem ser obtidos dois efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal. O primeiro é a garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que, ao ser punível somente o que está proibido na lei, nada do que a lei não proíba é punível, senão que é livre ou está permitido: por jus entende Hobbes a liberdade que a lei me confere para fazer qualquer coisa que a lei não me proíba de deixar de fazer qualquer coisa que a lei não me ordene. O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como “tipos objetivos” de desvio e, enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa de “tipos subjetivos” de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas.

É importante ressaltar que a maioria dos doutrinadores entende que a Constituição Federal Brasileira é garantista. A utilização do garantismo, é vista como uma ferramenta teórica, destacada em face da Constituição de 1988. Trataria de ser um modelo universal, o qual transforma-se em um objetivo e deve ser seguido por todos os operadores do Direito. Assim, os direitos fundamentais devem ser observados, haja vista sua previsão constitucional.

Diante disso, Catapan (2016, s.p) entende que “por todas essas razões, o Estado não pode agir desproporcionalmente, deve evitar excessos ou falhas na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional”. Mas que quando se torna necessário a restrição deles, que seja visada a proporcionalidade.

Dessa forma, Freitas citado por Magalhães (2011, s.p) explica que:

Experimenta-se na atualidade a era do Direito Penal Constitucional, sendo certo, portanto, que o sistema punitivo deve ser enérgico sob os ditames da Carta Magna. Neste contexto, não se pode olvidar o aco-

lhimento constitucional de direitos fundamentais de todas as espécies, gerações ou dimensões, e não somente de direitos individuais ligados ao binômio liberdade-propriedade. Não há liberdades ou direitos absolutos e assim ocorre para o bem da subsistência harmoniosa em sociedade.

A teoria garantista baseia-se na figura do Estado, nas relações de poder, como o lado “mau da força” e por isso presa pelo aumento da liberdade do homem, ou seja, considera-se que o Estado ceifa a liberdade das pessoas e por isso precisa ser garantido esse direito a cima do poder punitivo estatal, pode-se dizer que através do garantismo penal há um propósito de proteger uma parcela da sociedade que quase sempre incide no cometimento de infrações penais, o que acarreta uma proteção através dos benefícios do aparato punitivo do Estado.

O que pode gerar, segundo Filho (2017, s.p), uma consequência de deslealdade processual, na qual o réu e seu defensor utilizam-se de todos os meios possíveis para “atrapalhar a marcha processual”, com ações sempre visando a não condenação, que podem ser praticadas a qualquer custo, ressalta o autor que “o Judiciário observa tais condutas extremamente ‘antiéticas’ e as trata como se fosse direito do réu praticá-las, chancelando tais atos”.

Isso posto pelas palavras de Bedê Júnior e Senna citados por Filho (2017, s.p):

Garantismo penal não é sinônimo de impunidade. Não pode significar deslealdade processual nem absolvição a qualquer custo. Combate-se com veemência o abuso do poder de punir do Estado e repete-se o erro com o abuso do direito de defesa, tentando-se criar nulidades inconsistentes, utilizando-se de manobras claramente procrastinatórias ou alegando-se prejuízo para a defesa sem comprovação efetiva alguma.

O objetivo do Garantismo Penal seria resgatar os princípios fundamentais dos direitos penais e processuais penais, que foram esculpido e no decorrer dos anos foram esquecidos em razão do sistema como se criasse um escudo protetor do cidadão contra o Estado, como aponta Ferrajoli (2002, p.671):

Estes princípios, todos eles formuláveis como proposições de implicação ou condicionais, estão na realidade ligados entre si. É, pois, possível formulá-los, separar os princípios fundamentais daqueles considerados derivados e ordená-los dentro de sistemas ou modelos axiomáticos mais ou menos complexos e exigentes, conforme aqueles estejam incluídos ou excluídos em cada um desses sistemas ou modelos.

Todo entendimento de Luigi Ferrajoli, foi baseado em dez princípios axiológicos ou axiomas, sendo um panorama para o sistema garantista, Ferrajoli pondera (2002, p.74) “trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfazível.” Os axiomas são aquilo que trabalhamos em um Estado social democrático de direito, se bem aplicado essas máximas se tornam irrecusáveis, sendo eles descritos por Ferrajoli (2002, p.75):

Denomino estes princípios, ademais das garantias, penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou

da conseqüencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

O Garantismo Penal destaca que é necessário proteger o réu, preservar os seus direitos e garantias fundamentais, no entanto, o autor do garantismo não deixa de se sensibilizar com o ofendido, embora proteja o qual será desfavorecido no decorrer da ação apontando para o denunciado, esclarece Ferrajoli citado por Ramos e Chaves (2020, s.p):

O direito penal mínimo também tem a função de ser lei de proteção do mais fraco, ou seja, tutela dos direitos fundamentais de quem se encontra em posição de inferioridade contra a violência arbitrária do lado mais forte na relação. Por seu turno, o lado mais fraco da relação não é estático, de sorte que “no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e, por fim, no momento da execução, é o réu.”

Desta forma, o que o autor tem por objetivo expressar, rebatendo os princípios fundamentais é assegurar a racionalidade e seguridade, limitando o poder punitivo do Estado e maximizando a tutela da pessoa humana, quanto mais garantismos forem observados, mais garantista o Estado será. Isto não significa um formalismo vazio na aplicação da lei, consiste em respeitar as garantias penais e processuais que não são obstáculos a responsabilização penal, mas sim, um obstáculo a condenação de inocentes, sem deixar de ter responsabilização penal para quem realmente comete crimes.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO

No ano de 1985, Günter Jakobs que era discípulo de Welzel, tido como um dos mais respeitados e polêmicos juristas da época, idealizou o funcionalismo sistêmico pautado na Teoria dos Sistemas de Luhmann, tentou fixar limites materiais à criminalizações no estágio prévio à lesão a bem jurídico, por meio do par conceitual “Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo”. Luiz Greco (2005) demonstra que para Jakobs é possível caracterizar o Direito Penal segundo a imagem de autor da qual ele é parte, ele se preocupava em proteger a norma jurídica.

À vista disso, Gomes (2005) explica que Jakobs foi o criador do funcionalismo sistêmico, o qual sustenta que o Direito Penal tem a função primordial de proteger a norma. Gomes (2005), salienta que em 1999 Jakobs abandonou claramente sua postura descritiva do denominado Direito Penal do Inimigo, passando a empunhar a tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento.

Assim, a noção inicial é apresentada por Jakobs e Meliá citados por Moraes (2006, p.157-158):

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ser limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.

Com isso, o Direito Penal do Inimigo está sustentado em duas distinções essenciais, um postulado de política criminal, opera-se uma separação entre o Direito Penal de Cidadãos e o Direito Penal de Inimigos, o que poderia significar uma distinção entre pessoas e não-pessoas para o Direito Penal, ou seja, o Direito Penal do Cidadão e do Inimigo, o que constitui dois “tipos ideais” que dificilmente se apresentarão na realidade de modo puro, ou seja, no Direito Penal do cidadão há de ser encontrados alguns dispositivos próprios do Direito Penal do Inimigo e, com relação a este último, o indivíduo não-pessoa será ao menos formalmente tratado como pessoa alguma vez, pois no processo penal lhe serão concedidos direitos e garantias próprios do cidadão.

Desta forma, a teoria do direito penal do inimigo apresenta uma distinção entre indivíduos, o inimigo e o cidadão que cometem crimes, e que o Estado aplica normas visando eliminar riscos e danos futuros, ou seja, o Estado pode agir diante de pessoas que cometeram um crime ou pessoas que são delinquentes, os quais devem ser impedidos através da coação de destruir o ordenamento jurídico.

Aqueles que ameaçam a sociedade, o Estado deve tratar como inimigo, quem não traz segurança a sociedade não deve ser tratado como um indivíduo comum. Jakobs e Meliá citados por Callegari e et al (2007, s.p) expõem:

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.

Considerava insuficiente a modo de como as coisas eram, e pressupunha oportuno dar uma resposta para sociedade, devendo trabalhar o direito penal comum, para o cidadão, se o indivíduo se comportava de acordo como dele se esperava. Através de um deslize poderá cometer um erro, mesmo se desviando da norma expressa, poderia ser tratado como um cidadão comum, dando-lhes direitos e garantias para viver em sociedade para responder o seu processo.

Já o inimigo, se vale do sistema para continuar delinquindo, utilizando-se dos direitos e garantias para praticar crimes. Jakobs define ele como um indivíduo que não se submete a regras. Moraes (2006, p.09) traz:

O ‘inimigo’ é o indivíduo que cognitivamente não aceita submeter-se às regras básicas do convívio social. Para ele, dirá JAKOBS, deve-se pensar em um Direito Penal excepcional, de oposição, um Direito Penal consubstanciado na flexibilização de direitos e garantias penais e

processuais. Há que se pensar em um novo tratamento que a sociedade imporá àquele que se comporta, cognitivamente, como seu inimigo. Um tratamento que não se amolda às diretrizes do Direito Penal clássico, mas que poderia ser, em tese, legitimado constitucionalmente.

O Direito Penal do Inimigo dentro da teoria tem por destinatários certos indivíduos que são considerados como fontes de perigo, criminosos habituais e que por isso, são parcialmente despersonalizados pelo Direito, com vistas a combater determinada forma de delinquência. Esses indivíduos não são mais que entes perigosos, a serem privados de direitos e garantias individuais próprios dos cidadãos, as pessoas. Portanto se torna oportuno a explicação, no que tange a tese de Jakobs, de Gomes (2005, p.02), segundo a qual:

Dois Direitos Penais: de acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.

A primeira lição que se deve retirar dos escritos de Jakobs dispõe sobre a tese de que o Direito Penal do cidadão e do inimigo segundo Silveira (2012, p.03) “não podem ser descritos como duas esferas, contrapostas ou isoladas entre si”, ou seja, dois polos de um único objeto, ressaltando que são formas de exibição de duas tendências opostas em só contexto jurídico-penal.

Com isso, é fundamental a explicação de Moraes (2006, p.298):

É inegável que a apresentação da teoria do GÜNTHER JAKBOS foi feita, inicialmente, em tom crítico, denunciando a contaminação da legislação em todo o mundo por instrumentos e parâmetros diversos do modelo clássico-iluminista. Em um segundo momento, tal concepção crítica foi tomada como inevitável e, posteriormente, legitimada por diversos Estados, após os atentados terroristas dos últimos anos. A terminologia utilizada de forma intencionalmente pejorativa, crítica e irônica por GÜNTHER JAKOBS, se de um lado traz a vantagem de evidenciar uma dogmática e uma política criminal que se transformava às ocultas, de outra carrega a desvantagem de ensejar generalizações. É preciso, pois, cautela ao se taxar determinado mecanismo penal ou instrumento processual como típicos de ‘Direito Penal do Inimigo’, máxime porque é inegável que os novos paradigmas da modernidade reclamam parâmetros diversos para o enfrentamento da criminalidade.

A teoria está diretamente ligada de como o crime vem se modificando, de

como a sociedade evolui e o mesmo se molda através de condutas que infringem as normas do ordenamento jurídico Moraes (2006, p.11) através das palavras de Bevilacqua já dissera que “o crime também luta para viver. Resiste, modifica-se, transforma-se, adapta-se às novas condições, se adelgaça ou se contrahe, segundo as necessidades, porém persiste ainda que combatido”.

Atualmente as pessoas já não toleram a forma de como os crimes e a violência vem crescendo, causando o sentimento de preocupação e revolta na sociedade chegando ao ponto de querer justiça, mesmo que inconscientemente, tratando-se de uma característica do homem, esclarece Moraes (2002, p.11):

A definição do momento pré-paradigmático que se apresenta, reconhecendo a crise de referências do homem ‘*light*’ e a maneira como a atual configuração da sociedade vem reclamando mudanças ao Direito Penal permitirão antever que uma espécie de ‘Direito Penal do Inimigo’ já está presente na legislação de todo o mundo, sem que esteja devidamente separado do ‘Direito Penal Cidadão’, caso essa convivência seja logicamente possível.

Todo indivíduo que busca ser um cidadão “de bem” vivendo de forma a não cometer crimes, contribuindo para a harmonia coletiva, acaba se desgastando com os avanços criminais, e mesmo sem perceber, deseja o Direito Penal do Inimigo como forma de punição para tratar os desiguais, aqueles que não buscam igualdade do convívio pacífico e trazem consequências muitas vezes irreparáveis devendo ter um sansão justa ao cometido.

Ninguém contesta que o Estado deve intervir para evitar danos para o patrimônio e vidas das pessoas, contudo, dentro de um Estado Democrático de Direito até mesmo os direitos devem ter limites. Nesse contexto, percebe-se que mesmo o direito penal do inimigo não estando explicitamente na Constituição, está presente de forma indireta.

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO *VERSUS* O GARANTISMO PENAL

Após uma apresentação superficial das teorias aqui tratadas, esbarra-se na discussão central desta pesquisa: a Teoria do Direito Penal do Inimigo versus a Teoria do Garantismo Penal.

Estas duas correntes, dentro de seus parâmetros e justificativas de defesa dão aporte suficiente para serem defendidas e utilizadas, pois auxiliam o Direito Penal na construção das leis, bem como, da aplicabilidade de uma pena justa e correta ao caso concreto cometido.

O Garantismo Penal se traduz na ideia de segurança, proteção, tutela, acautelamento ou defesa de direitos ou bens individuais frente a possíveis agressões advindas de outros indivíduos e, principalmente, do poder estatal, o garantismo levanta a bandeira da tutela da liberdade como fundamento social.

O Direito Penal do Inimigo, considera uma parcela social como inimiga do Estado, os criminosos habituais, defendendo o que acarretaria um tratamento diferente a esses delinquentes, ou seja, a aplicação da sanção seria mais incisiva, de igual forma

teria o Direito Penal do Cidadão, no qual a pessoa que cometesse uma conduta isolada, teria benefícios da lei, acarretando em uma pena mais tênue. Desta forma, haveria uma diferenciação no trato de condutas, ou seja, um Direito Penal pra quem comete crimes corriqueiramente e um para quem comete um “erro”, o que de certa forma poderia acarretar lesão aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Quanto a isso Moraes (2006, p.298), é incisivo ao considerar que a possibilidade de existir uma forma diferente de tratamento criminal, no qual teria se um trato diferente para o “inimigo” do Estado, potencializaria a criminalização dos mesmos, assim:

É inegável que grande parte do Direito Penal da normalidade (‘Direito Penal do Cidadão’) vem sendo contaminado e entrelaçado com regras típicas do modelo de ‘Direito penal do Inimigo’. Sem uma clara delimitação, os excessos e a falta de razoabilidade nas medidas adotadas vêm colocando em risco o próprio conceito de Estado Democrático de Direito. Assim, afinar o discurso para legitimar racional e excepcionalmente uma política criminal diferente ao ‘inimigo’, dificultaria a criminalização sorrateira e às ocultas, como tem ocorrido e como fatalmente continuará ocorrendo e, de outra parte, fomentaria a busca de uma alternativa ao superado modelo penal-clássico, com a fixação de limites para o desenvolvimento de tendências autoritárias.

Já Filho (2017) contrapõe-se a Moraes e salienta que há um “falso garantismo” se lançando silenciosamente sobre a justiça brasileira, e cita Maia, o qual já havia alertado sobre o perigo da manipulação da teoria garantista, há mais de dez anos. Logo Filho (2017, s.p) traz:

Em virtude de tal vazio ontológico, cremos que uma teoria comprometida com os ideais democráticos, com bem nos colocam Cláudio Souto e João Maurício Adeodato, pode ser manipulada por ideologias totalmente distintas do ideal do autor [...]. Seria muito desagradável ver uma teoria gerada a partir de ideais não democráticos ser manipulada por ideologias distintas, que se utilizam de uma forma peculiar de inserção do seu discurso no meio social.

Assim, segundo o autor haveria uma manipulação da teoria e desta forma uma teoria sem ideais democráticas não seria uma boa forma de o direito penal se fundamentar. De igual forma, Zaffaroni é crítico a teoria do Direito Penal do Inimigo, e ao ser citado por Gomes (2005, p.05):

O Direito Penal da era da globalização caracteriza-se (sobretudo) pela prisionização em massa dos marginalizados. Os velhos inimigos do sistema penal e do estado de polícia (os pobres, marginalizados etc.) constituem sempre um “exército de reserva”: são eles os encarcerados. Como o sistema penal funciona seletivamente consegue-se facilmente alimentar os cárceres com esse “exército” de excluídos.

Contrapondo-se a esse modo de pensar, Silveira (2012, p.35) explana que:

O direito penal do inimigo (e as teses de JAKOBS) ganharam contornos extraordinariamente distorcidos em nosso ensino jurídico, muito por conta, diga-se a verdade, de seu tom provocativo. De qualquer maneira, há muita “crítica” (com aspas propositais) por parte de quem não compreende o autor, muitas vezes por falta de leitura, e tentam lançar seu discurso a um Direito cujo pensamento seria um retrocesso, que puniria um sujeito “porque ele é judeu; negro; cigano; homossexual; deficiente físico”, como pretende alguns autores.

Assim, o autor ressalta que o tratamento que o Direito Penal do Inimigo teve e foi distorcido do seu real sentido, as críticas envolvendo o assunto tem tons extremos, o que não contribuiu para bom entendimento da teoria de Jakobs no sistema de ensino jurídico. No tocante a esta discussão acerca da legitimidade de se flexibilizar garantias penais e processuais, Moraes (2006, p.299) ressalta que é “imperioso reconhecer que legislações voltadas à aplicação de sanções alternativas à prisão, romperam princípios básicos do Direito Penal iluminista, como o contraditório, o exercício da ampla defesa e o devido processo legal”.

Contudo, Masson (2011, p.93) é ímpar na seguinte colocação “sempre que se pretende um duelo, uma disputa ou, de modo geral, iniciar um movimento de inquietação, deve-se escolher alguém ou alguma entidade para mostrar inconformismo com a situação que se pretende modificar”.

Assim, as teorias descritas, ao mesmo tempo se contrapõem e se completam, pois não há como haver equilíbrio criminal se não haver garantias paralelas a coação, fundamentos basilares das duas teorias. De um lado há o infrator da norma penal e do outro o bem comum, a certeza de se ter garantias que posterguem a aplicação da sanção penal, pode sim fomentar a prática de novas condutas delituosas.

Mas, esse infrator não pode ser tratado como simples inimigo do Estado e ser declarado guerra contra ele, porém que ele saiba que quando cometer uma conduta criminosa o aparato judicial, saberá conduzir o processo na busca de uma pena justa, que seja proporcional ao ato cometido e que busque a não retomada de novas práticas criminais.

Contudo, sua complexidade, diversidade e fundamentos de defesa de cada teoria. Os doutrinadores debruçam esforços na defesa teórica das teorias, porém há de se consentir que não deve haver distorções com o intuito de fomentar um mal entendimento uma da outra, pois os Direitos Humanos são de todos e não podem ser invocados apenas por uma parcela da sociedade.

5 CONCLUSÃO

Vive-se em uma sociedade indignada que contabiliza fatores e sentimento de insegurança e medo, exausta com o aumento da criminalidade e que por isso exala um clima de vingança. Não há como negar a sensação de que não há saídas para resolver a criminalidade, e desta forma passam a exigir leis mais duras, penas mais severas e até a redução do amplo direito de defesa dos acusados.

Os acusados dispõem do amplo direito de defesa, ou seja, de toda e qualquer forma possível de defesa. Infelizmente, essa ferramenta pode gerar deslealdade proces-

sual, na qual o réu e seu defensor utilizam-se de todos os meios possíveis para de certa forma atrapalhar a persecução processual, com ações sempre visando a não condenação, que podem ser praticadas a qualquer custo, condutas extremamente antiéticas e que são tratadas, como se fosse direito do réu praticá-las, haja vista a garantia da liberdade ser fundamento processual.

Não há como haver equilíbrio criminal se não houver o medo da coação estatal, mas a dignidade da pessoa humana deve prevalecer e assim atrelar garantias fundamentais a esta coação. Pois, de um lado há o infrator que comete um crime e deve ser respeitado, porém deve se considerar também a vítima e o Estado. O que não poderia acontecer, é o que ocorre no cometimento de uma infração, se ter a certeza de garantias que posterguem a aplicação da sanção penal, e desta forma a reincidência no cometimento de crimes.

Antes de mais nada, é importante ressaltar que a devoção extremada a uma ideologia não é ponto de partida, muito menos fundamento confiável para qualquer que seja a teoria defendida ou atacada, melhor dizendo, não há como formatar uma teoria utilizando-se apenas fundamentos radicais e extremados independentemente se positivos ou negativos.

O ordenamento jurídico brasileiro abrange muitos benefícios processuais sempre pautados nas garantias de liberdade do indivíduo, desta forma a discussão antagonica entre o Garantismo Penal e o Direito Penal do Inimigo, sustentam polos diferentes, um com a garantia da liberdade do indivíduo como premissa maior e do outro a possibilidade de haver indivíduos em condição potencial de ser inimigo do Estado, em razão do cometimento redundante de crimes, assim o Garantismo tratando todos iguais e o Direito Penal do Inimigo diferenciando o criminoso habitual do cidadão que comete um “erro”.

Conclui-se na análise do presente artigo, que não há, pelo menos neste momento, como considerar uma teoria sobreposta a outra, existe sim como se posicionar frente a uma situação hipotética, por exemplo a vítima de um delito vai ser sempre adepta do Direito Penal do Inimigo, pois ela quer que quem cometeu o crime pague pelo mal feito, mas em contraponto quem comete um crime sempre será Garantista, visto que pretende obter a sua liberdade frente ao Estado. Como estudado, a Constituição Federal é baseada nos direitos fundamentais de primeira geração, o que enraíza o Garantismo Penal ao Direito Penal, o que justifica a quantidade de benefícios penais.

Há de se buscar um equilíbrio entre as teorias, sem posições extremas, para que na condução dos processos exista a busca pela pena justa, que seja proporcional ao ato cometido, que busque a não retomada de novas práticas criminais, que seja efetiva e que seu resultado chegue aos tribunais.

REFERÊNCIAS

CALLEGARI, A. L.; GIACOMOLLI, N. **Direito Penal do Inimigo, noções e críticas**. 2007. Disponível em: <<http://www.esmeg.org.br>>. Acesso em 23/out/2020.

CATAPAN, L. **Garantismo penal e o direito penal do inimigo**. 2016. Disponível em: <<https://catapan.jusbrasil.com.br>>. Acesso em 12/set/2020.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer, Sica Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FONTES, P. G. G. **Os estudos de Ferrajoli sobre Filosofia do Direito e o garantismo penal**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br>> . Acesso em 21/nov/2020.

GOMES, L. F. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal)**. 2005. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 11/set/2020.

GRECO, L. **Sobre o chamado Direito Penal do Inimigo**. 2005. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br>> . Acesso em: 11/set/2020.

MACHADO, L. M. **Garantismo penal e investigação criminal**: um diálogo necessário. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 20/set/2020.

MAGALHÃES, V. C. **O garantismo penal integral**: Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br>>. Acesso em: 12/set/2020.

MENDES, F. P. **Garantismo penal**: uma ciência do direito, uma ideia filosófica e um assunto de direito processual. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br>> . Acesso em: 22/set/2020.

MORAES, A. R. A. **A Terceira Velocidade do Direito Penal**: o ‘Direito Penal do Inimigo’. Vol. 1. Dissertação de mestrado Direito Penal – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2006.

RAMOS, B. V.; CHAVES, Á. G. O. **O Garantismo Penal Integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. 2020. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 21/set/2020.

SILVEIRA, M. P. **Direito Penal do Inimigo, (o debate) de Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá**. 2012. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 12/set/2020.

SOBREIRA FILHO, W. P. **Supergarantismo brasileiro**: instrumento retórico da impunidade. 2017. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 17/set/2020.

A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Jessica Vaz Santos¹

Caroline Ribeiro Bianchini²

Diego Fernando Sá³

Miriam Lisiane Schuantes Rodrigues⁴

RESUMO

O presente artigo apresenta como objetivo analisar a possibilidade do reconhecimento de novos vínculos dentro da realidade socioafetiva *post mortem*. A pesquisa inicia com um breve estudo sobre os Princípios Norteadores do Direito de Família e ainda as Origens e Evoluções do Direito de Família. A seguir, passa-se ao estudo das espécies de filiações, atualmente consagradas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como dos elementos caracterizadores da parentalidade socioafetiva e a comprovação *post mortem* da socioafetividade. Diante do reconhecimento do estado de filho, busca-se a igualdade entre estes, quanto aos direitos pessoais/ sucessórios. A partir de estudos doutrinários e da análise das decisões judiciais que formam o atual entendimento dos Tribunais, é realizado um panorama geral da evolução do direito de família, que leva a uma nova visão do instituto da filiação, chegando à delimitação das principais características da paternidade socioafetiva.

Palavras-Chave: Socioafetividade. Provas. Família. Afeto.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the possibility of new relations within the socio-affective reality post mortem. The survey starts with a brief study about the principles, that guide family law and the origins and evolutions of the Family right. Next, this work proceed to the study of the species of filiation currently considered. In the Brazilian legal system, as well as the elements that characterize parenting socio-affective and post mortem evidence of socio-affectivity. From the recognition of the son's state equality is sought among them, in personal rights/ successions. Starting of doctrinal studies and analysis of judicial decisions that form the current understanding of the Courts an overview of the evolution of family law is carried out, leading to a new vision of the institute of the sonship, arriving at the delimitation of the main characteristics of the paternity socio-affectivity.

Key words: Socio-activity. Evidences. Family. Affection.

¹ Acadêmica do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Profª Mestra em Direito do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Facvest.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest. Especialista em Direito Tributário pela Univali e Mestre em Direito do trabalho pela UCS.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como objetivo institucional cumprir requisito para a conclusão do curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest.

O tema adotado se relaciona com a Filiação Socioafetiva. Trata-se de uma matéria que envolve o direito de família, as relações de afeto e o reconhecimento da filiação em momento posterior ao óbito, já que a manifestação de vontade do “de cujus” não foi feita formalmente em vida.

Nesse contexto, ainda quando estava em vigência o Código Civil de 1916, vislumbrou-se a necessidade de se amparar o direito de família no que diz respeito as diferentes formas de filiação, quando o Código Civil de 1916 contemplava apenas a família biológica e formada somente pelo casamento. Era preciso estabelecer uma forma de buscar o reconhecimento e a isonomia entre as diferentes espécies de família que vem se constituindo. Pois após tantas mudanças no direito de família pode-se dizer que está é formada pelos laços afetivos de amor, carinho, cuidado, vigilância, convivência e respeito. A nova definição do conceito de família baseia-se na afetividade, pais não são apenas os genitores.

Com o advento do Novo Código Civil de 2002, em especial no art. 1593 admitiu-se a contemplação das diferentes espécies de arranjos familiares, ou seja, o parentesco se dá por outra origem, tal como a afetiva e não apenas a que advém da biológica. Dessa forma, a pesquisa tem início com a evolução do direito de família e a possibilidade do reconhecimento de novos vínculos.

A pesquisa apresenta como objetivo geral verificar a possibilidade de reconhecimento de novos vínculos dentro da realidade socioafetiva *post mortem* e como objetivos específicos abordar uma nova visão do conceito de família, analisar a evolução legislativa no direito de família, apresentar jurisprudências acerca do reconhecimento da filiação socioafetiva, identificar os requisitos exigidos para comprovação da afetividade *post mortem*, e por fim analisar a aplicabilidade nos tribunais.

No desenvolvimento do estudo foi empregado o método dedutivo, sendo aplicada pesquisa bibliográfica e documental, através de análise de doutrinas e decisões judiciais sobre o tema da monografia.

2 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Há novas estruturas parentais, uma delas é a parentalidade socioafetividade. A princípio, como anteriormente explicado se reconhecia apenas a filiação biológica e civil, estabelecida pela adoção, havia uma distinção jurídica entre os filhos havidos ou não do casamento. Tal estrutura passa por uma grande transformação, e a Constituição de 1988 rompe com antigos paradigmas.

Nas palavras de Gonçalves (2017, p. 36)

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art.226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O se-

gundo eixo transformador “encontra-se no §6º do art.227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designação discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derrogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”.

Essas mudanças só foram possíveis, pois o direito brasileiro mudou consideravelmente a partir da Constituição de 1988, e as relações parentais não estão pautadas exclusivamente na condição biológica. Ultrapassada a discriminação entre homens e mulheres e a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, um novo status de filiação se configura, diante de novas posturas sociais, sobrepondo o afeto acima de conceitos jurídicos.

Assim para Gama, (*apud* Dias 2016, p. 640): “[...] paternidade, maternidade e filiação não decorrem exclusivamente de informações biológicas ou genéticas - dá-se relevo a sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetiva, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade, para o fim de estabelecer relações de parentesco.”

Logo, o afeto é o fio condutor destas relações, por isso está presente e edificado no direito de família.

2.1 Reconhecimento da Socioafetividade *Post Mortem*

O reconhecimento da socioafetividade tem aplicabilidade nos casos em que a vontade de ter outrem como filho tenha sido ampla e inequivocamente demonstrada.

Prelaciona Moura, citado por Gonçalves, (2017, p. 482): “[...] o reconhecimento tem natureza declaratória. Serve apenas para fazer ingressar no mundo jurídico uma situação que existia de fato”. Assim apesar da ausência de se efetuar o reconhecimento ainda em vida nada obsta que o reconhecimento aconteça *post mortem*.

No mesmo sentido Pereira, (2017, p. 407): “[...] o ato de reconhecimento é declaratório. Não cria a paternidade: apenas declara uma situação fática, de que o direito tira consequências”. Pois a paternidade/ maternidade socioafetiva embora não tenha expressa previsão legal é uma realidade.

Segundo Dias (2016, p. 733): “[...] é juridicamente possível a ação declaratória de filiação socioafetiva ser proposta após o falecimento de quem desempenhou as funções de pai”.

Desse modo, estamos diante da possibilidade que a doutrina convencionou chamar de adoção póstuma que pode ser realizada após a morte ainda que não tenha um processo de adoção em curso, desde que fique demonstrada vontade inequívoca de adotar.

Assim segundo Gonçalves (2017, p. 482): “Com o reconhecimento, o filho ingressa na família do genitor e passa a usar o sobrenome deste. O registro de nascimento deve ser, pois, alterado, para que dele venham a constar os dados atualizados sobre sua ascendência”.

Logo, a doutrina reconhece a importância do reconhecimento dos laços afetivos que desencadearam alguns efeitos, tais como: o direito ao nome patronímico, alimentos e a sucessão. Ainda a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do

Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE REGISTRAL E BIOLÓGICA. DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA. O reconhecimento da paternidade genética e socioafetiva é um direito da personalidade. [...] o vínculo de afeto entre a investigante e o pai registral não pode afastar os direitos decorrentes da filiação, sob pena de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. [...] com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso. (TJ-RS - Apelação Cível: AC 70074023318, Rel. Des. Jorge LuisbfDall’Agnol, julgado em 20 de julho de 2017, 8ª Câm. Cível).

No mesmo sentido, o Desembargador Antoninho Lopes, manteve a decisão de reconhecer a filiação socioafetiva póstuma, vejamos:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA. GARANTIA PREVISTA NO ORDENAMENTO. ART.1.593 DO CÓDIGO CIVIL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

1.Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva na medida em que esta pretensão encontra respaldo no art.1.593 do Código Civil.

2.Nos termos do art.284 do Código de Processo Civil, verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo dec10 (dez) dias. 3. Recurso provido. Sentença cassada. (TJDF, AC 20130510142167 0014041-34.2013.8.07.0005, 4º T., Rel. Des. Antoninho Lopes, j. 11/06/2014).

Dessa forma, enquanto perdurar a omissão no ordenamento jurídico, quanto ao reconhecimento da socioafetividade *post mortem* a doutrina e a jurisprudência se encarregam de proteger e reconhecer ou não este direito. Pois, de acordo com o enunciado nº 7 do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) A posse de estado de filho pode constituir paternidade e maternidade.

2.2 O Direito Sucessório Decorrente da Filiação Socioafetiva

Sucessão é o ato de transferir a outrem herança, direitos e obrigações, em razão da lei, legado, codicilo ou testamento. Assim dá-se seguimento a relações jurídicas pré-existentes. Nas palavras de Pereira (2017, p. 10)

A palavra “suceder” tem o sentido genérico de virem fatos e fenômenos jurídicos “uns depois dos outros” (sub + cedere). Sucessão é a respectiva sequência.

No vocabulário jurídico, tomase a palavra na acepção própria de uma

peessoa inserirse na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de outra pessoa, e, por metonímia, a própria transferência de direitos, de uma a outra pessoa.

Suceder é o ato de transferir direitos a outrem, o que ocorre no momento da morte do “de cujus”, segundo o princípio da *Saisine* consagrado no art. 1.784 do CC. Segundo Pereira (2017, p. 442): “[...] que, a partir de 2002, o cônjuge sobrevivente é herdeiro nas hipóteses previstas no art. 1.829 do Código Civil”. Assim, o direito brasileiro se encarregou de estabelecer quem seriam os herdeiros legítimos e os facultativos que seriam chamados a suceder na falta dos primeiros.

Logo, os descendentes, ou seja, a primeira classe seriam os herdeiros legítimos em concorrência com o cônjuge sobrevivente, nos termos do art. 1829, I do CC. E as demais classes ascendentes e colaterais serão excluídos a suceder na existência dos primeiros.

E uma vez firmado o reconhecimento do estado filiativo, através da declaração judicial os direitos dos filhos (as) socioafetivo podem ser exercidos. Pois será considerado herdeiro necessário, nos termos do art.1.845 do CC. De acordo com Gonçalves (2017, p. 482)

[...] A retroatividade do estabelecimento da filiação tem sua aplicação mais importante, com efeito, sob o ângulo patrimonial, no âmbito do direito sucessório, pois “o filho que obteve o reconhecimento de seu estado quando seu pai já havia falecido, nem pelo atraso no estabelecimento da filiação deixa de ser herdeiro dele; e herdeiro em igualdade de condições com os demais filhos, se existirem, e que já estavam registrados antes”.

Assim, terá direito ao nome e conseqüentemente direito ao patrimônio, concorrendo com os herdeiros legítimos (filhos consanguíneos) por uma parte da herança. Segundo Vampré citado por Pereira (2017, p. 448): “[...] o autor considerava o nome como “poder de individualizar-se e tem, portanto, caráter de direito pessoal, inauférível, imprescritível, inalienável e absoluto (erga omnes)”. Reforça, ainda, a natureza pública do direito ao nome, sempre ligado a um dever”.

Fartos são os meios para demonstrar o vínculo socioafetivo, tais como: provas documentais e testemunhal que comprovem a tese de que havia manifesto desejo de ter o outro como se filho fosse.

Preenchidos os requisitos da socioafetividade, o autor da ação poderá participar da sucessão como herdeiro, afastando a alegação mais frequente que é o interesse apenas na herança. Desse modo Dias (2017, p. 819)

O adotado adquire os mesmos direitos e obrigações como qualquer filho. Direito ao nome, parentesco, alimentos e sucessão. Na contramão, também correspondem ao adotado os deveres de respeito e de obediência. Os pais, por sua vez, têm os deveres de guarda, criação, educação e fiscalização. Art. 1596 do CC: Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Portanto, segundo o art. 227, § 6º da CF, bem como do princípio da igualdade

entre os filhos é proibida qualquer discriminação. O filho adotado, o socioafetivo e o biológico terão os mesmos direitos sucessórios, pois uma vez declarada a filiação desta decorrem os efeitos patrimoniais. Como ensina Gonçalves (2017, p. 455)

O art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90): “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

Logo, fixada a filiação todos os direitos e deveres advém naturalmente. Neste sentido o enunciado nº 6 do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). “Enunciado 06 - Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental”. Assim aquele que é reconhecido como filho, deve ser reconhecido como herdeiro.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, já proferiu decisão no sentido de reconhecer o direito sucessório decorrente da parentalidade socioafetiva. Vejamos:

Direito processual civil – Direito de família – Ação de investigação de maternidade, cumulada com retificação de registro e declaração de direitos hereditários – Impossibilidade jurídica do pedido – art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil – [...] Direito Civil – Apelação – Maternidade Afetiva – atos inequívocos de reconhecimento mútuo – testeamento – depoimento de outros filhos – parentesco reconhecido – recurso desprovido. A partir do momento em que se admite no Direito Pátrio a figura do parentesco socioafetivo, não há como negar, no caso em exame, que a relação ocorrida durante quase dezenove anos entre a autora e a alegada mãe afetiva se revestiu de contornos nítidos de parentesco, maior, mesmo, do que o sanguíneo, o que se confirma pelo conteúdo dos depoimentos dos filhos da alegada mãe afetiva, e do testamento público que esta lavrou, três anos antes de sua morte, reconhecendo a autora como sua filha adotiva (TJMG; Ap. Cível 1.0024.03.186.459-8/001; 4ª C.C.; Rel. Des. Moreira Diniz; publicado em 23.3.2007).

No presente julgado constatou-se que existia uma relação afetiva, por este motivo o recurso foi desprovido, pois através do depoimento dos filhos da alegada mãe afetiva, bem como a disposição de última vontade desta comprovou-se a socioafetividade.

Em sentido oposto ao julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais o Tribunal de Justiça de São Paulo indeferiu o requerimento do autor que pretendia se habilitar em um inventário na condição de herdeiro. Pois os documentos juntados foram insuficientes para comprovar a afetividade. Vejamos:

INVENTÁRIO – DECISÃO QUE INDEFERIU HABILITAÇÃO DE PRETENZA HERDEIRA – Alegada adoção de fato e estado de filiação decorrente de socioafetividade – Documento juntado insuficiente para atribuir tal condição sem outras provas a corroborá-lo, ou assumir força de testamento por falta de requisitos legais – Descabe discutir no inventário questões de alta indagação a demandar a produção de provas – Pretensão relegada às vias próprias – Acerto da decisão que não admitiu o ingresso de pessoa que não ostenta a condição de herdeira – Recurso

desprovido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2124715-90.2017.8.26.0000; Relator (a): Percival Nogueira; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Sebastião - 1ª VARA CÍVEL; Data do Julgamento: 04/10/2017; Data de Registro: 04/10/2017).

Logo, ao autor da demanda incumbe provar a existência de fatos constitutivos de seu direito, e no presente caso as provas foram insuficientes para se comprovar o estado de filiação decorrente da socioafetividade.

Segundo Pereira (2017) o reconhecimento pode se dar de forma voluntária ou por imposição legal, porém os efeitos em qualquer dos casos serão os mesmos, tanto em deveres quanto as obrigações.

Assim, diante o exposto e face os julgados e as visões doutrinárias supra-mencionadas conclui-se que é de suma importância a análise do caso concreto, e cabe realçar que as regras do direito sucessórios serão aplicadas em sua totalidade as relações socioafetivas que forem efetivamente comprovadas, pois os filhos afetivos serão equiparados aos consanguíneos para todos os fins. Embora tenham origens diferentes a parentalidade socioafetiva e biológica devem coexistir uma não se sobrepõem à outra.

2.3 A Vulnerabilidade dos Herdeiros Legítimos

Embora o direito à herança esteja consagrado na CF/88 em seu art. 5º, XXX, e seja um direito legalmente garantido aos filhos, quando o reconhecimento da filiação socioafetiva ocorre após o falecimento do suposto pai/mãe, não é fácil a aceitação e consequentemente a participação deste em partilhar da herança.

Segundo Dias (2016, p. 639): “No direito sucessório, a espécie de parentesco determina o modo de participar da herança, segundo a ordem de vocação hereditária (CC 1.829).” A alegação primária e mais frequente é o interesse patrimonial, já que o reconhecimento não foi feito ainda em vida.

Portanto, há de se frisar que somente após a comprovação da afetividade, através de ação judicial que reconheça presentes os requisitos da socioafetividade (relação pública, contínua e duradoura), é que se produz os efeitos pessoais e patrimoniais, do parentesco biológico. Nesse contexto, Tartuce (2017, p.270)

[...] a filiação pode ser provada por qualquer forma admitida em direito, conforme determina o art. 1.605, caput, do CC. Complementando o referido dispositivo, os seus incisos preveem que são admitidas como provas supletivas da filiação: a) prova por escrito, proveniente dos pais, de forma conjunta ou separada; b) existência de presunções relativas resultantes de fatos já certos, inclusive pela posse de estado de filhos, ou seja, pelo fato de o filho conviver há tempo com os supostos pai e mãe. Pela última previsão, há de se invocar, mais uma vez, a parentalidade socioafetiva.

Assim, na falta do reconhecimento, este poderá ser provado por qualquer outro meio admitido em direito. E caso reconhecida a socioafetividade lhes serão aplicadas todas as regras do direito sucessório. Dias aduz (2016, p. 680) que:

O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhes são inerentes, segundo enunciado do IBDFAM. O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se o filho é menor de idade, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de “segunda classe”. O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos.

Logo, estando um fato devidamente comprovado, ou seja, presentes o vínculo de afeto, a posse do estado de filho, sua existência não pode ser negada. Isso significa que os filhos devem ser tratados de forma isonômica, sob pena de se violar o princípio da igualdade entre os filhos.

2.4 Ação Judicial adequada para o Reconhecimento da Afetividade *Post Mortem*

Há quem advogue utilizando o termo: investigação de paternidade/ maternidade socioafetiva ou ação declaratória de paternidade/ maternidade socioafetiva. Cabe ressaltar que o nome da ação não é um dos motivos mais relevantes que venha a nos trazer grandes dores de cabeça, visto que ao julgar as demandas o Estado- Juiz vem-se utilizando do princípio da fungibilidade para dizer o direito e vem julgando todas as demandas. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferiu decisão no seguinte sentido:

Ação Declaratória de Reconhecimento de Filiação Socioafetiva, buscando o autor a declaração “da posse do estado de filho” de T. S. p. e O. A. P., já falecido, com base na chamada “filiação socioafetiva”, isto é, relação paterno-filial, com a consequente inclusão do nome dos pais socioafetivos em seu registro de nascimento. [...] A sentença, portanto, in casu, tem natureza declaratória, acertando uma relação jurídica até então existente apenas no plano fático, produzindo efeitos erga omnes (Sentença proferida na Comarca de Belo Horizonte – MG, em 2.3.2010, pelo Juiz Amauri Pinto Ferreira, nos autos da Ação Declaratória – Reconhecimento de filiação socioafetiva – Posse de estado de filho, autos do processo 0024.08.166633-1).

Logo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reconhece qualquer dos termos utilizados. Pois seus julgados vêm admitindo ambas as nomenclaturas, vejamos:

Família – Apelação – *Ação de investigação de paternidade* – Irrevogabilidade da paternidade socioafetiva – Irrelevância – Prova da paternidade do investigado – Procedência do pedido – O filho pode ajuizar ação investigatória de paternidade para ver reconhecido quem é seu verdadeiro pai, fazendo-se irrelevantes a incidência da presunção pater is est ou a irrevogabilidade da paternidade socioafetiva, porquanto estas se destinam apenas a garantir a filiação já reconhecida, aplicando-se em sede de ação negatória de paternidade, e não em ação investigatória (TJ-MG; Apelação Cível 1.0024.05.852312-7/002(1); Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula; Terceira Câmara Cível; j. 30.9.2010; DJe 19.11.2010).

Sejam elas denominadas de investigação ou declaratória, haja vista o intuito ser julgar a existência ou inexistência de vínculos afetivos e não o nome da ação. Assim, as ações são protocoladas e aceitas, embora com nomes diversos.

2.5 Filiação na Jurisprudência

Após todo o debate até aqui proposto, analisaremos alguns julgados que contém ou não as características para que seja reconhecida socioafetividade *post mortem*.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em julgado através do ilustríssimo relator Monteiro Rocha, reconheceu o vínculo socioafetivo, senão vejamos a decisão da Sexta Câmara de Direito Civil de Lages/ SC:

DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POST MORTEM - IMPROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU - RECURSO DO REQUERENTE - PROVAS DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL DA SOCIOAFETIVIDADE - ESTADO DE FILIAÇÃO COMPROVADO - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. A posse do estado de filiação, consubstanciada em relação afetiva e pública como pais e filho, autoriza o reconhecimento de filiação socioafetiva, amparada na lei civil (art. 1.593 do CC) e no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). **Processo:** 0301375-12.2014.8.24.0039 (Acórdão). **Relator:** Monteiro Rocha. **Origem:** Lages. **Órgão Julgador:** Sexta Câmara de Direito Civil. **Julgado em:** 05/12/2017. **Classe:** Apelação Cível.

Trata-se de uma Apelação Cível, ajuizada por filho que pretende ver reconhecida sua paternidade afetiva, o litígio versou sobre a possibilidade do reconhecimento socioafetivo *post mortem*, que restou comprovado os laços afetivos através de provas documentais e testemunhais.

No mesmo sentido foi o julgamento do Relator Romulo de Araújo Mendes, em um caso em que se discutia posse de estado de filho, assim decidiu o colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POST MORTEM. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. FILHA DE CRIAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PAI E MÃE REGISTRAL/BIOLÓGICO. POSSE DO ESTADO DE FILHO. EXISTÊNCIA. NATURAL TRATAMENTO DA AUTORA COMO FILHA. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA (Processo: APC 20150510068078; Órgão Julgador; 1ª Turma Cível; Publicado no DJE: 11/09/2015. Página 103; Julgamento: 2 de setembro de 2015; Relator: Romulo de Araújo Mendes).

Trata-se de Apelação Cível, em que a parte apelante pretende a modificação da sentença da instância a quo para que se reforme a declaração da existência de paternidade socioafetiva entre a apelada e os falecidos genitores dos apelantes, e determinação

de supressão da paternidade biológica e registral, bem como a alteração do nome da apelada para contemplar o patronímico dos pretendidos pais afetivos, com o que poderia habilitar-se como herdeira dos de cujus.

Em sentido oposto o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tendo como Relator Marcus Tulio Sartorato, julgou improcedente a ação de paternidade afetiva, por inexistirem provas suficientes da socioafetividade. Verifica-se:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DOS RÉUS, ESPÓLIOS DOS SUPOSTOS GENITORES SOCIOAFETIVOS. VINCULO DE SOCIOAFETIVIDADE NÃO DEMOSTRADO. ACERVO PROBATORIO INSUFICIENTE PARA COMPROVAR A EXISTÊNCIA DA POSSE DO ESTADO DE FILHO. [...]. APRESENTAÇÃO DE FOTOGRAFIAS QUE NÃO DEMONSTRAM GRANDE PROXIMIDADE ENTRE AS PARTES. DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS, POR SUA VEZ, CONFLITANTES. VIZINHOS QUE INDICARAM QUE O AUTOR ERA TIDO PELO CASAL COMO FILHO. DEPOIMENTOS DE PESSOAS PRÓXIMAS AO CASAL, CONTUDO, QUE ATESTARAM QUE O AUTOR ERA APENAS UM FUNCIONÁRIO DO CASAL, O QUAL NUNCA ESTEVE PRESENTE EM MOMENTOS DE CONFRATERNIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA, FINALMENTE, DE QUALQUER ATO EM VIDA POR PARTE DOS FALECIDOS INDICANDO O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO. ENCARGO PROBATORIO NÃO SUFICIENTEMENTE DESEMPENHADO. APLICAÇÃO DO ART. 373, I, DO CPC. SENTENÇA REFORMADA. RECURSOS PROVIDOS. Processo: 0302459-47.2014.8.24.0007, AC; Relator: Marcus Tulio Sartorato; Origem: Biguaçu; Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil; Julgado em:19/03/2019; Classe: Apelação Cível.

Logo, no presente caso constatou-se que não existia os requisitos da relação parental de filiação afetiva que se podem estabelecer entre pessoas que, entre si e socialmente, se apresentem e se comportem perante a sociedade como pai/mãe e filho. O Relator Henry Petry Junior, em Apelação Cível jugou improcedente o pedido de investigação de paternidade post mortem c/c pedido de herança, pois não foram comprovados os requisitos caracterizadores da socioafetividade.

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA E SUCESSÕES. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. – IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PATERNIDADE. SOCIOAFETIVIDADE. TUTELA. NATUREZA DISTINTA. ÔNUS PROBATORIO DO AUTOR (ART. 373, INCISO I, CPC/2015). VINCULO NÃO COMPROVADO. – Diante da fragilidade de elementos probatórios, inconcebível o reconhecimento de paternidade fundada em socioafetividade. Em que pese ser uma prova de difícil produção, trata-se de ônus indiscutivelmente atribuído a parte autora, consoante disciplina o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Processo: 0025282-82.2012.8.24.0064, AC; Origem: São José; Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Civil; Julgado em:20/06/2017; Classe: Apelação Cível; Relator: Henry Petry Junior.

Nesse sentido a doutrina também é clara ao estabelecer que incumbe ao suposto filho produzir provas que comprovem que existia uma relação. Segundo Tartuce (2017, p. 270): “[...] o art. 1.606 do CC impõe que a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto ele viver (ação personalíssima) ”.

Logo, a posse do estado de filho, condição que caracteriza a filiação socioafetiva, requer, para o seu reconhecimento, a sólida comprovação de sua existência a ser produzida pelo autor da ação.

Em relação a manifestação inequívoca quanto a intenção de adotar, para esclarecer a matéria colaciono o julgado da Desembargadora Maria Aglae Tedesco Vilar do, da Vigésima Primeira Câmara Cível do Rio de Janeiro/ RJ.

APELAÇÃO CÍVEL. Filiação socioafetiva post mortem. Sentença de improcedência em razão da ausência de manifestação inequívoca e específica quanto à intenção de adotar. Apelo da autora. Argumentação voltada para a tese de que foi comprovado nos autos que a autora era tratada sem diferenciação em relação à filha biológica do falecido casal, com demonstrações de afeto e amor a ela providos. Entendimento jurisprudencial de que tal situação fática não é suficiente para a procedência da pretensão, necessária a comprovação da vontade específica de adotar. Guarda, ainda que exercida por longo tempo e de forma elogiável, não se confunde com adoção. Entendimento desta Corte e do STJ. Precedentes. NEGADO PROVIMENTO DO RECURSO. Majoração da verba honorária para 12%. Processo: 0206126-89.2014.8.19.0001 – APELAÇÃO CÍVEL; Julgamento: 19/02/2019 - VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL; Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 14/05/2019; Des (a). MARIA AGLAE TEDESCO VILARDO.

Assim, há de se comprovar uma manifesta intenção de estabelecimento da paternidade/ maternidade. Deve-se provar que, quando em vida, o pretenso pai/mãe tinha manifestado o inequívoco desejo de reconhece-la como filha.

Ainda o Desembargador Benedicto Ultra Abicair, da Sexta Câmara Cível do Rio de Janeiro/RJ, em Apelação Cível, manifestou-se quanto a inequívoca vontade de adotar, nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. ADOÇÃO POST MORTEM. AUTOR QUE FOI CRIADO POR CASAL DESDE OS 6 MESES DE IDADE, POR FALTA DE CONDIÇÕES DO PAI BIOLÓGICO CRIÁ-LO, APÓS O FALECIMENTO DA MÃE. ESTADO DE FILIAÇÃO QUE NÃO RESTOU COMPROVADO. INEXISTÊNCIA DA INEQUÍVOCA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. FILIAÇÃO ADOTIVA DO DEMANDANTE NÃO DEMONSTRADA. REFORMA DA SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO. PROVIMENTO DO RECURSO. Processo: 0005505-85.2015.8.19.0019 – APELAÇÃO CÍVEL; Julgamento: 20/02/2019 - SEXTA CÂMARA CÍVEL; Des(a): BENEDICTO ULTRA ABICAIR.

Logo, a intenção manifesta de adotar é um requisito essencial para a concessão de adoção póstuma e no presente julgado não foi comprovado pelo autor da ação.

Desse modo, a posse de estado de filho vem sendo introduzido aos poucos em nosso ordenamento jurídico através da doutrina e da jurisprudência. E cabe destacar que os julgados são dotados de características próprias que evidenciam ou não os elementos constitutivos do reconhecimento do vínculo afetivo existente entre pais e filhos.

E uma vez não comprovados tais elementos caracterizadores do estado de filiação, os julgadores não tem demonstrado dúvidas ao expressar a realidade dos fatos em seus votos.

3 CONCLUSÃO

Através do presente estudo foi possível constatar que os doutrinadores apresentam como momento histórico da conquista do direito de filiação a promulgação da Constituição de 1988, uma vez que se reconheceu a igualdade entre filhos e proibiu-se antigas discriminações.

A sociedade está evoluindo constantemente desde o Código Civil de 1916 até os dias atuais, a fim de reconhecer as diversas espécies de arranjos familiares, bem como a filiação socioafetiva *post mortem* que vem ganhando espaço no âmbito jurídico, através da visão doutrinária e jurisprudencial.

Vislumbra-se que embora o reconhecimento da socioafetividade *post mortem* não esteja consagrada expressamente no Código Civil ou mesmo na Constituição Federal, a afetividade deve ser analisada sob o prisma, da posse de estado de filho, que está fundada nas relações de afeto, respeito e no desejo de ter o outro como se filho fosse. Pois o conceito de família, assim como o de paternidade/maternidade sofreram nítidas alterações, pai/mãe não é apenas aqueles que geram, mas aquele que detenha essa vontade, independentemente do fator biológico. Assim o conceito de filiação tornou-se mais amplo, pautada também no afeto.

Desse modo, o Estado tem como preocupação zelar pelo bem dos indivíduos, deacordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que direitos não sejam lesados.

Logo, comprovados os requisitos caracterizadores das relações afetivas, quais sejam: as relações de afeto, ou seja, a convivência familiar, a intenção de adotar, o amor que uni integrantes de uma família. Nada obsta que o reconhecimento seja feito, haja vista que todo o desenrolar do processo, assim como a comprovação ou não do estado de filho passaram pelo crivo da autoridade judicial.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01/mar/2019.

BRITO, Bruna Ohana Silva. **Família e afetividade**: a evolução legislativa da família e o vínculo afetivo nas relações familiares. Jusbrasil, Piripiri, 20 de jun. de 2016. Disponível em: <https://brunaohanasb.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 01/mai/2019.

CONSELHO, da Justiça Federal (CJF). **Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do CNJ**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br>. Acesso em 22/abr/2019.

_____. **Decreto-Lei nº 3.200 de 19 de abril de 1941**. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11/abr/2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**, volume único. São Paulo: Saraiva jus, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

INSTITUTO, Brasileiro do Direito de Família, **Enunciados do IBDFAM**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br> >. Acesso: 27/abr/2019.

_____. **Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11/abr/2019.

_____. **Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11/abr/2019.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2019.

LÔBO, Paulo. **Direito de família e os princípios constitucionais**. Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: Ibdfam, 2015.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A Família: conceito e evolução histórica e sua importância**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso em: 26/fev/2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25ed. Rio de Janeiro: Forence, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 24ed. Rio de Janeiro: Forence, 2017.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, 26 ed., vol. 6, São Paulo: Saraiva, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Jurisprudência brasiliense**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 29/abr/19.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Jurisprudência fluminense**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 29/abr/19.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Jurisprudência sul-riograndense**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 03/mai/19

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Jurisprudência catarinense**. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br>. Acesso em: 29/abr/19.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Jurisprudência paulistana**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em: 29/abr/19.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 11 ed., vol. 6, São Paulo: Atlas S. A., 2011.

A PROGRESSÃO DE REGIME APÓS O PACOTE ANTICRIME

Lucas Gabriel Moraes Ribeiro¹
Joel Saueressig²
Diego Borges Espinosa³
Cezar Augusto Galvão Brandt⁴

RESUMO

No trabalho a seguir será abordado o tema da progressão de regime após a promulgação da lei 13.964/64, está que trouxe diversas mudanças na legislação penal vigente. Assim serão abordados no respectivo trabalho dentre eles parte histórica da execução penal, desde as suas primeiras ideias de legislação para o referido tema, sendo aproximadamente 4 projetos que vieram a surgir apenas no ano de 1933, e apesar de serem discutidas não chegaram a ter uma vigência, fato este que só foi consolidado com a promulgação da lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) que discriminava as antigas frações de tempo que eram aplicadas, sendo de 1/6 em crimes comuns e nos crimes hediondos ou equiparados 2/5 se primário ou 3/5 se reincidente. Será abordado também as alterações no art. 112 da Lei 7.210/84 que foram trazidas pela lei 13.964/19, dando-se maior ênfase as frações de tempo que foram alteradas para a obtenção do direito a progressão de regime, sendo uma a uma objeto de estudo deste trabalho, que passaram a serem taxadas em porcentagem e trouxe a distinção entre réus primários e reincidentes em crimes comuns, que só era aplicada nos crimes hediondos assim mais rigorosas para que se tenha a progressão. Por fim, será estudado as possíveis consequências que está reforma poderá trazer, já que a obrigação de manter as condições mínimas existências dos presos é do Estado, assim a respectiva maior permanência destes no estabelecimento prisional produzirá uma maior oneração do Estado em relação as assistências que devem ser prestadas aos presos, pois irão permanecer mais tempo nos regimes mais graves (fechado e semiaberto), demandando uma maior tutela e custo do Estado em relação a eles.

Palavras chave: Execução penal. Alteração. Progressão de regime. Oneração.

¹ Acadêmico da 10ª fase do curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Facvest.

⁴ Graduado em direito pela PUC\PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC\RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

REGIME PROGRESSION AFTER THE ANTI-CRIME PACKAGE

Lucas Gabriel Moraes Ribeiro¹

Joel Saueressig²

Diego Borges Espinosa³

Cezar Augusto Galvão Brandt⁴

ABSTRACT

This paper will cover the conditional confinement modification after enacting Law 13.964/64, which brought many changes on the current criminal legislation. Therefore, this paper is going to address the history of Criminal Enforcement, since its first ideas of legislation relating to this matter. There are approximately four projects which arised only on the year of 1933, and even though discussed, they did not enter into force. They were only consolidated as from enactment of Law 7.210/84 (Criminal Enforcement Law). The latter differentiated the old fraction of time applied, as for in 1/6 of offenses and felonies or the equivalent 2/5 if defendant of first offense or 3/5 if not. It will approach the alterations of article 112 Law 7.210/84 that were introduced by Law 13.964/19, with special emphasis on the altered fractions of time resulting the conditional imprisonment modification. Each one was studied on this paper; they took under account a percentage and they brought the distinction between defendants of first offense and defendants that were previously convicted. These fractions of time were only applied on felonies and major crimes in order to have conditional imprisonment modification. Finally, the possible consequences of this reform may bring will be handled, since it is the States' obligation of keeping minimal conditions of living for inmates. Consequently, the longer length of imprisonment is going to be quite onerous to the State concerning prisoner aid; because they are going to spend more time on confinement. This all demands a greater State supervision and cost.

Keywords: Criminal enforcement. Alteration. Conditional confinement modification. Onerous.

¹ Acadêmico da 10ª fase do curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Facvest.

⁴ Graduado em direito pela PUC/PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC/RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho terá como tema a progressão de regime após o pacote anticrime (Lei 13.964/19).

Fator de principal relevância para o estudo do referido tema se dá por conta de que a progressão de regime é um direito garantido pela Lei de Execução Penal a pessoa reclusa, assim, a cada período de tempo cumprido da pena, terá o preso o direito de passar a um regime menos gravoso.

Salienta-se que as alterações que ocorreram após a promulgação e vigência da Lei 13.964/19 aumentaram em sua maioria o período de tempo que se deve ser cumprido para poder ocorrer a progressão para outro regime, assim podendo causar uma maior despesa por parte do Estado em relação aos presos enquanto estiverem no sistema prisional.

Considerando isto, se encontraria o problema, pois essa maior permanência em regime mais gravoso demandará mais atenção por parte do Estado em relação aos presos, o que gerará uma determinada maior despesa do Estado pra mantê-los no cárcere. Assim essa despesa gerada poderia ser de outra forma para que ocorresse uma melhor aplicabilidade da respectiva verba?

Buscando encontrar uma resposta para o problema apresentado, visa-se o objetivo geral deste trabalho, que será a análise da evolução história da legislação relativa a execução penal até a forma que se dava antes da vigência da lei 13.964/19, as alterações propostas que passaram a vigorar após a referida lei e suas possíveis consequências no Estado.

Já seu objetivo específico, analisar se as alterações que foram realizadas serão políticas eficazes para que os objetivos da execução penal serão alcançados e não iram trazer prejuízos para o Estado.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para um melhor entendimento, no primeiro item será abordado um estudo sobre os aspectos históricos da execução penal no Brasil, desde suas primeiras propostas que não chegaram a vigorar, até a Lei 7.210/84 (LEP) que está em vigor até os dias atuais.

Consequente, no segundo item serão analisadas as alterações trazidas pela lei 13.964/19, assim, suas novas porcentagens que devem ser aplicadas e em qual conduta cada porcentagem deverá ser aplicada, tanto em crimes comuns quanto no crimes hediondos ou equiparados.

Por fim, passada a parte mais conceitual do tema será abordado questões referentes ao tema, ou seja, se a nova progressão causará uma maior oneração no Estado.

2 HISTÓRICO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

A execução penal no Brasil teve alguns anteprojetos para a execução peniten-

ciaria até se chegar na legislação aplicada nos dias de hoje, se dando isso pela busca na harmonização da execução da pena, já que no contexto histórico anterior não haviam normas que ensejassem essa matéria.

Cerca de 4 ideias de legislação sobre execução penal foram discutidas no decorrer dos anos no Brasil, algumas tendo sua vigência e outras não, por diferentes motivos.

A seguir será apresentado estudo sobre as normas que vigoraram sobre este assunto e a respectiva lei vigente, antes de sofrer as alterações de acordo com a lei 13.964/19, pacote anticrime.

2.1 As legislações anteriores a Lei 7.210/84

As ideias para a execução penal surgiram não a muito tempo em relação a outras matérias do direito.

Somente no ano de 1933 teve a primeira ideia de uma legislação em relação a execução penal, essa primeira proposta foi elaborada pela 14ª Subcomissão Legislativa, mas esse projeto não vigorou por muito tempo, pois em 1940 foi promulgado o Código Penal, e assim a proposta de lei de execução penal foi abandonada, pois havia muita disparidade com o novo instituto. (ALMEIDA, 2014)

Desta forma, já primeira ideia para a execução penal não obteve êxito.

Em 1956 foi apresentado o Projeto de Lei 636, que veio a se transformar na lei nº 3.274, mas que não era o suficiente, já que não contemplava sanções para o descumprimento de regras que eram estabelecidas. (AVENA, 2018)

Assim, o projeto não veio a vigorar e conseqüentemente não tendo uma legislação para esta matéria.

Após isso, em 1963 foi confeccionada outra proposta de lei para a execução penal por Roberto Lyra, que comparando-se com as propostas apresentadas até então, seria a que mais condizia com a realidade. Apesar disso, a proposta não teve seqüência, devido ao golpe militar no ano seguinte. (ALMEIDA, 2014)

Pode considerar-se então que para o momento esta seria a proposta mais adequada, mas com a ditadura militar estabelecendo-se surgiram diversas limitações em diversos aspectos.

A última proposta anterior a lei que está em vigor até os dias de hoje, foi feita em 1970, mas devido as readequações que foram feitas em outras leis, essa proposta não teve prosseguimento. (AVENA, 2018)

A seguir será abordado o tema relativo a Lei 7.210/84, que está em vigor ainda nos dias atuais, mas referente a sua redação, mais especificadamente em seu art. 112, antes da promulgação da lei 13.964/19, visto que esta alterou as frações para o direito de se progredir a regime mais brando.

2.2 A Lei 7.210/84

A Lei 7.210/84 começou a tomar forma em 1981, quando uma comissão instaurou-se,

com o objetivo de redigir e apresentar o anteprojeto de Lei de Execução Penal.

Após passar por uma comissão revisora, foi apresentado a Ministério da Justiça e em 1983 chegou ao Congresso Nacional, onde veio a se tornar a Lei 7.210 e promulgada em 1984.

2.3 A progressão de regime antes da Lei 13.964/19

Neste tópico serão abordados os requisitos a obtenção da progressão de regime antes da Promulgação da Lei 13.964/19. Os requisitos para a progressão de regime estão previstos no art. 112, *caput* da Lei 7.210/84, Vulgo Lei de Execução penal (LEP). Identificados na lei, passa-se ao estudo dos referidos requisitos, com ênfase no critério objetivo, antes da mudança de suas frações que foram alteradas pela lei 13.964/19.

2.3.1 Requisitos para a progressão de regime

Dois são os requisitos para a progressão de regime, cumprimento de determinado tempo de pena e o outro que pode ser considerado como bom comportamento.

Salienta-se então, que a progressão é uma mistura de tempo cumprido da pena (critério objetivo) e o mérito do condenado (critério subjetivo). (GRECO, 2015)

Assim são requisitos para a obtenção da progressão de regime o cumprimento de certo lapso temporal em determinado regime chamado requisito objetivo e o bom comportamento, sendo denominado requisito subjetivo.

Então, para que haja a progressão necessita-se que os dois requisitos estejam presentes, tanto o objetivo, quanto o subjetivo, não sendo possível satisfação de apenas um para a progressão. (MARCÃO, 2019)

Assim para que seja concedido o benefício, devem existirem cumulativamente os dois requisitos.

Visto isso, passa-se a uma análise mais profunda do requisito objetivo de como era antes da promulgação da lei 13.964/19.

2.3.2 Como se dava fração de tempo antes da Lei 13.964/19

O art. 112 da LEP trazia em seu *caput* que o preso deveria cumprir ao menos 1/6 da pena para progredir a regime menos severo.

Dava-se o requisito objetivo então, quando era cumprido 1/6 da pena no regime antigo. Assim se uma pessoa fosse condenada a 12 anos de prisão iniciando no regime fechado, poderia requerer a progressão quando cumprisse 2 anos da pena imposta na sentença, caracterizando-se o 1/6 da pena. (AVENA, 2018)

Deste modo, a única distinção que havia era em relação aos crimes hediondos e equiparados, que sua fração de tempo era diferente e era prevista no art. 2º §2º da Lei 8.072/90.

Que será abordado no tópico a seguir.

2.3.3 A progressão de crimes hediondos antes da Lei 13.964/19

A progressão em crimes hediondos ou equiparados passou por diversas etapas até ter sua fração de tempo fixada concretamente.

Inicialmente não era permitido a progressão a quem cometesse esse tipo de crime.

Quando foi promulgada a Constituição Federal em 1988, definiu-se que crimes de maior gravidade seriam tratados de maneira mais gravosa. Determinando-se então no art. 5º, XLIII da CF/88 que crimes hediondos e equiparados seriam inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia. Após isso, surgiu a Lei dos Crimes Hediondos, que na sua publicação descrevia no seu art. 2º que crimes hediondos ou equiparados não usufruíam de liberdade provisória e a pena cumprida no regime fechado na sua totalidade. (CAPEZ, 2020)

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal verificou-se a inconstitucionalidade do cumprimento total da penano regime fechado no julgamento do Habeas Corpus 82.959/SP.

Até o ano de 2006 a determinação de cumprir-se a pena no regime fechado integralmente era considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mas neste mesmo ano, no julgamento do Habeas Corpus 82.959/SP esta mesma Corte, afirmou a inconstitucionalidade do cumprimento da pena no regime fechado integralmente por condenação em crime hediondo ou equiparado, passando-se então a admitir a progressão de regime nos respectivos casos. (MARCÃO, 2019)

Após isso a fração para a progressão ficou determinada a mesma de crimes comuns, ou seja, cumprir 1/6 da pena para a obtenção da progressão.

E somente com a promulgação da Lei 11.464/07 o lapso temporal foi concretizado, permanecendo até a publicação da Lei 13.964/19.

A alteração da Lei dos Crimes Hediondos, trazida pela Lei 11.464/07, elenou que os fossem condenados pela pratica de crime hediondo ou equiparado somente iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado, mas estabelecendo que para a progressão o primário deveria cumprir 2/5 da pena e o que fosse reincidente 3/5 da pena. (AVENA, 2018)

Verifica-se assim então, o cumprimento do disposto na Constituição, no sentido do tratamento mais rigoroso para crimes mais complexos, e assim trazendo mais paridade e uniformização nos processos de execução penal.

3 A PROGRESSÃO DE REGIME APÓS A LEI 13.964/19

A lei 13.964/19 trouxe significativas mudanças para a legislação criminal no país, tendo como intuito reprimir principalmente o crime organizado, crimes hediondos e a corrupção.

Na progressão de regime a nova lei veio a aumentar a individualização e assim diferenciando réus primários de reincidentes, o que só era feito em crimes hediondos ou equiparados e aumentou o tempo para a progressão em algumas infrações penais (PINHEIRO NETO, 2020).

Com essa diferenciação, a progressão será aplicada de diferentes formas, va-

riando sempre com a conduta do agente e seus resultados.

Desta feita, a nova modalidade de progressão de regime considera-se cabível, não se desviando das normas constitucionais, pois foi preservado o sistema progressivo, mas com prazos diferentes entre si. (NUCCI, 2020)

Nos tópicos a seguir serão analisadas as mudanças na progressão de regime trazida pela lei 13.964/19, visto a as frações de tempo para a progressão mudaram consideravelmente em relação a legislação que estava em vigor.

Passa-se agora a um estudo das novas porcentagens de tempo de pena (critério objetivo) para que o preso progreda de regime.

3.1 A progressão de regime em crimes não hediondos

A lei 13.964/19 vulgo pacote anticrime, juntou todas as porcentagens de tempo no art. 112 da LEP (dividindo as frações em oito incisos) já que antes de antes daquela entrar em vigor, a fração para progressão de regime em crimes hediondo e equiparados se dava no art. 2º § 2º da lei 8.072/90. Ponto este que será abordado em outro tópico mais oportuno, no presente tópico serão analisadas as porcentagens para a progressão de crimes não hediondos, segundo a lei.

Diversas são as novas porcentagens de tempo para a obtenção ao direito da progressão de regime. Nos itens a seguir será realizado um estudo individual de cada porcentagem trazida pela lei 13.964/19.

Inicialmente cuida-se a fração de dezesseis por cento da pena a ser cumprida que será aplicada quando o agente for primário e o crime não for praticado com violência à pessoa ou grave ameaça, estando prevista no art. 112, I da LEP

Importante salientar que este será o único caso em que o agente sairá beneficiado na nova progressão de regime após cumprir dezesseis por cento da pena, isto porque, ao elaborar a lei o legislador não observou que 16,666 não chega a 1/6 de pena, assim, progredindo o agente mais rápido para outro regime. (GIFFORD, PIRES, GOMES, 2020)

Nota-se então que este ponto da lei retroagirá, visto que é mais benéfica aos réus que praticaram crime nesta modalidade.

De acordo com o art. 5º, XL, CF/88 e art. 2º, parágrafo único, do CP, este instituto é denominado *novatio legis in melius*, acontecendo isto quando nova lei penal retroagirá a outros casos por ser mais benéfica ao réu. (TEIXEIRA, 2020)

Deste modo, o agente que tenha praticado o crime nessas condições e quando condenado terá o direito de progressão mais rápido, até mesmo em consideração a redação anterior do art. 112 da LEP.

Já a fração de vinte por cento da pena, tem sua previsão no art. 112, II da LEP. Esta é uma importante inovação trazida pela nova legislação, já que na lei anterior não havia distinção se primário ou reincidente.

Assim sendo, será submetido o agente a cumprir vinte por cento da pena para adquirir o direito a progressão se for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça.

Seguindo esse raciocínio se um agente termina de cumprir sua pena em 2015 e logo em 2016 comete novo crime que caracterize a reincidência, e venha a ser con-

denado a pena de reclusão de 6 anos, aqui sendo reincidente em crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, cumprido o vinte por cento de sua pena, progredirá quando cumprir 2 anos, 4 meses e 16 dias (MARQUES, et al. 2020).

Aplica-se então a diferenciação entre réu primário e reincidente, que na legislação anterior não existia.

Seguindo o raciocínio de distinguir o primário do reincidente se dá a fração de vinte e cinco por cento, que será imposta quando o crime for cometido com violência à pessoa ou grave ameaça, desde que o réu seja primário e está prevista no art. 112, III da LEP.

Nota-se então o aumento do cumprimento de pena para a progressão de regime, sendo necessário cumprir $\frac{1}{4}$ para que seja obtida a progressão (PINHEIRO NETO, 2020).

Assim, se um agente, que nunca teve nenhuma condenação penal, venha a praticar um crime de roubo (art. 157, caput, do CP) e seja condenado a 4 anos de reclusão, terá que cumprir 1 ano para progredir de regime. (MARQUES, et al. 2020)

Caracterizando-se assim, vinte e cinco por cento da pena fixada para que se tenha o direito a progressão para outro regime.

Desta forma, sendo o réu reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça, deverá cumprir trinta por cento da pena para progredir de regime, isto previsto no art. 112, IV da LEP

Pode-se considerar neste caso 33,3%, praticamente $\frac{1}{3}$, ou seja, quase o dobro na redação anterior, que não separava primário de reincidente. (PINHEIRO NETO, 2020)

Como já mencionado, na redação anterior do artigo, não existia a diferenciação entre primário e reincidente, e aplicava-se a mesma fração de $\frac{1}{6}$ em ambos os casos.

Imagine-se então que um agente após ter cometido um crime de roubo (art. 157, CP) no ano de 2012, termina de cumprir sua pena em 2019 e no respectivo ano pratique novamente o crime de roubo e venha a ser condenado a 6 anos de reclusão, desta maneira será reincidente em crime cometido com grave violência à pessoa ou grave ameaça, e portanto só poderá progredir quando cumprir 1 ano, 9 meses e 22 dias de pena, caracterizando assim 30% da pena. (MARQUES, et al. 2020)

Entende-se então, que essa referida porcentagem será aplicada quando se tratar de condutas inerentes a reincidência específica, ou seja, quando cometido o mesmo tipo penal.

3.2 A progressão nos crimes hediondos ou equiparados

A lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos) trazia em seu art. 2º, § 2º as frações para progressão que versavam sobre os crime hediondos. Sendo está bem sucinta, determinava que agentes que fossem primários seria a fração de $\frac{2}{5}$ e se viessem a reincidir a fração a ser aplicada seria de $\frac{3}{5}$.

Mas com a publicação da lei 13.964/19, foi o § 2º espontaneamente revogado, visto que foram mudados os lapsos temporais para a progressão em crime hediondos. (NUCCI, 2020)

Com isto, aborda-se como ficou a nova disposição legal para a progressão de regime em crimes hediondos ou equiparados.

Nos crimes desta modalidade permanece a diferenciação entre réu primário e reincidente que já vigorava anteriormente, destaca-se então que se o agente for condenado por ter cometido um crime hediondo ou equiparado deverá cumprir quarenta por cento da pena em que for sentenciado, conforme o art. 112, V da LEP.

Aqui se tem uma peculiaridade, pois conservou-se os 2/5 para o agente que fosse primário, que eram previstos na redação do art. 2 § 2º da lei 8.072/90. (TEIXEIRA, 2020)

Verifica-se assim, que a regra anterior foi mantida neste caso.

Desta maneira, um agente que nunca tenha cometido um crime, mas em determinado tempo violento sexualmente uma pessoa cometendo o crime de estupro (art. 213, caput, CP), sendo este crime hediondo, e venha a ser condenado a 8 anos de reclusão, terá de cumprir 3 anos, 2 meses e 13 dias para poder progredir de regime, assim sendo, quarenta por cento da pena imposta. (MARQUES, et al. 2020)

Vale-se considerar aqui o tráfico privilegiado previsto no art. 112, § 5º, já este crime não é hediondo.

Esta disposição tem apoio na doutrina e jurisprudência, e considera o tráfico privilegiado (art. 33 § 4º da lei 11.343/06), como crime não hediondo ou equiparado (PINHEIRO NETO, 2020).

Entende-se então, que a conduta que caracterizar o tráfico privilegiado não obedecerá essa regra para a progressão de regime.

A próxima fração que pode ser aplicada será de cinquenta por cento e está prevista no art. 112, VI da LEP, e sendo ainda subdivida em três alíneas que descrevem as condutas obedecerão a essa regra.

Salienta-se, a distinção para a progressão se o crime cometido (falando de crimes hediondos ou equiparados) teve como desenlace a morte da vítima, ou se no crime cometido não tenha havido morte da vítima, como feito nos crimes comuns em relação a primários e reincidentes. (NETO, 2020)

Na alínea A impõe que quando o agente tiver cometido crime hediondo ou equiparado, vindo a ter resultado morte, e ser primário, deverá cumprir cinquenta por cento da pena, mas será vedado o livramento condicional.

Com isto, se um agente que nunca teve condenação criminal, venha a cometer o crime de latrocínio (art. 157, § 3º, CP), disposto como crime hediondo, conseqüente seja condenado a 20 anos de reclusão, desta forma poderá progredir quando cumprir 10 anos, ou seja, cinquenta por cento da pena da pena. (MARQUES, et al. 2020)

A alínea B, prevê que o agente que for condenado por comandar organização criminosa formada para a prática de crime hediondo ou equiparado, sendo o comando individual ou coletivo, recairá na porcentagem de cinquenta por cento cinquenta por cento da pena para o direito a progressão.

Pressupõe-se que um agente comande uma organização, montada para a prática de roubo de carros e após consumarem o roubo matem as vítimas para terem a posse dos carros, ficando caracterizado o crime de latrocínio, este sendo hediondo, vindo o agente comandante a ser preso e condenado deverá também cumprir cinquenta por cento da pena para progredir de regime. (MARQUES, et al. 2020)

Já a alínea C, dispõe sobre caso o agente venha a ser condenado pelo crime de

constituição de milícia privada.

Caracterizam-se milícia organizações paramilitares, milícias particulares e grupos de extermínio, todos elencados no art. 288-A do Código penal, dispondo a lei que todos os condenados por essas condutas deveram cumprir cinquenta por cento da pena para adquirir o direito a progressão.

Ponto que merece destaque é quando se falar de reincidência em crime hediondo ou equiparado, onde será aplicada a quantia de sessenta por cento da pena para que se tenha a progressão, tendo sua previsão no art. 112, VII da LEP.

Ressalta-se que aqui devido a nova diferenciação, não se aplica os crimes com resultado morte, pois tem uma disposição somente para eles. Nota-se que o sessenta por cento equivale-se a fração de $\frac{3}{5}$ que era aplicada na redação antiga. (PINHEIRO NETO, 2020)

Desta maneira, percebe-se a existência de diferenciação de quantidade de tempo a ser cumprido para se dar a progressão de regime em relação a crime hediondo ou equiparado com ou sem resultado morte.

Ressalta-se a conservação do mesmo lapso temporal que era usado na disposição anterior, para o agente que seja reincidente, mas não tendo como resultado a morte da vítima.

Salienta-se então o percentual de progressão para crime hediondo ou equiparado com resultado morte sendo o réu reincidente nesta modalidade de crime, o qual está discriminado no art. 112, VIII da LEP deverá o réu cumprir setenta por cento da pena para que se possa progredir de regime, dando-se ênfase aqui a vedação ao direito do livramento condicional.

Supõe-se um agente que cometeu o crime de latrocínio, e cumpriu sua pena em 2018, e venha a reincidir no mesmo tipo penal em 2019, sendo o tipo penal crime hediondo, o agente só poderá progredir de regime quando cumprir setenta por cento da pena que for condenado. (MARQUES, et al, 2020)

Percebe-se a diferenciação em relação ao percentual do inciso anterior que não prevê o resultado morte, mas tão somente a reincidência. Já o percentual em comento traz a conduta da reincidência com o resultado morte.

Visto isso, passa-se a análise do § 6º que foi acrescentado pela lei 13.964/19 ao art. 112, que trata da falta grave durante a execução da pena.

3.3 O cometimento de falta grave

O § 6º do art. 112 dispõe sobre o caso da haver cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade.

Esta disposição prevê que quando cometida uma falta grave durante a execução da pena, será interrompido o prazo para alcance da progressão de regime, assim interferindo no critério objetivo, e o recomeço da contagem terá como eixo a pena remanescente. (TEIXEIRA, 2020)

O § 6º foi acrescido pela lei 13.964/19 e foi outra mudança significativa trazida pela nova lei.

4 O PACOTE ANTICRIME E SEUS IMPACTOS NA EXECUÇÃO DA PENA E NO ESTADO

O art. 112 da LEP sofreu diversas mudanças, estas trazidas pela lei 13.964/19 como já abordadas nos itens anteriores. As principais mudanças no art. 112 da LEP foram os lapsos temporais que dão o direito a progressão de regime, em sua maioria aumentando o tempo para se adquirir o direito a progressão.

Desta feita, percebe-se que essas novas regras poderão trazer algumas consequências a execução penal, assim, passa-se a um estudo das (possíveis) consequências que poderiam implicar em algumas situações relativas ao apenado.

4.1 A execução penal e o condenado

A LEP em seu art. 1º traz o objeto da execução penal, sendo este a efetivação das disposições da sentença/decisão criminal e assegurar as condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Assim, no curso do processo de execução penal, deverão ser concedidos ao apenado meios para que aos poucos ele possa ir se readaptando ao convívio em sociedade, para que no final do processo consiga se ressocializar na sociedade ou ser reintegrado socialmente.

Existem diferenças entre esses dois termos, ressocialização pode-se entender como que se o paradoxo (ser ex presidiário) existir deverá ser superado logicamente, não apresentando nenhuma ruptura; a reintegração social vislumbra que a ruptura faz parte do total, desta maneira não podendo ser superado, mas sim que seja buscada uma forma de conviver com esta. (GOMES, 2014)

Entende-se então que na ressocialização o fato de o indivíduo ser um ex presidiário deveria ser deixado de lado pela sociedade, como se fosse esquecido, enquanto na reintegração social o fator de ser ex presidiário não seria esquecido, mas sim encontradas maneiras de conviver com este fator.

É passível o fato de que a teoria da pena adota pelo Código Penal é a teoria mista, a qual tem por objetivos punir e prevenir o cometimento de um delito, mas mesmo adotando o caráter punitivo e preventivo, explana em um dos seus fundamentos que a pena quando aplicada deverá buscar a readaptação do preso ao convívio em sociedade. (ESTEFAM e GONÇALVES, 2012)

Aqui percebe-se a importância da progressão de regime no cumprimento da pena privativa de liberdade,

Com a hipótese de aos poucos ir passando por regimes mais brandos, o condenado tem a expectativa de retornar a sociedade vagarosamente, fazendo-se então da progressão de regime uma política criminal que estimula o condenado quando no cumprimento de sua pena. (GRECO, 2015)

Pode-se notar a importância de o preso passar por todos os regimes de cumprimento de pena, já que cada um tem seus respectivos limites e liberdades e o preso tendo a oportunidade de aos poucos sair da segregação.

Seguindo-se o mesmo raciocínio com o intuito de readaptar gradualmente o preso, quando aparentemente estiver em condições de retornar a sociedade, a Lei de

Execução Penal admitiu o sistema de progressão de regime para que fosse cumprida a pena privativa de liberdade, quando observados os requisitos, passando de um regime para outro, cada vez menos rigoroso, até sua efetiva vida livre do cárcere. (BIANCHINI, 2012)

Nota-se, que é indiscutível o direito do preso a progressão de regime para que possa tentar se reintegrar aos poucos na sociedade novamente.

4.2 A execução penal e o Estado

Uma questão que é de grande discussão, e sobre a natureza jurídica da execução penal, vários doutrinadores divergem sobre este ponto, alguns a descrevem como de natureza administrativa, outros defendem que é de caráter jurisdicional e alguns, um misto entre os dois.

Até um certo tempo a execução era considerada tão somente, como oriunda dos órgãos administrativos, o juiz como parte do Estado somente calculava a pena, após o Chefe do Executivo ou diretor do estabelecimento prisional era incumbido de conceder os benefícios e as progressões e regressões. (BRITO, 2019)

Superado isto, começou-se a falar que a natureza da execução exercia um papel misto em relação aos dois termos, ou seja, certa parte administrativa e outra jurisdicional.

Neste, pensamento, certas regras da execução competem ao direito processual e algumas incidem regras do direito administrativo, caracterizando assim a natureza mista, complexa e eclética da execução. (NOGUEIRA, 1996, apud, MARCÃO, 2019)

A execução penal, entende-se então que tramita num paralelo entre a esfera jurisdicional e administrativa, desta forma, mesmo tendo traços tanto jurisdicionais, quanto administrativos, alguns autores tem reconhecido certa prevalência do âmbito jurisdicional.

Sobressaindo-se então a natureza jurisdicionais da execução penal, por mais que determinada fração ocorra por parte do diretor prisional, a execução baseia-se numa sentença penal condenatória, absolutória imprópria ou decisão que homologa transação penal, conseqüente, apenas o Poder Judiciário pode forçar o cumprimento do referido título. (AVENA, 2018)

Ressalta-se então, que decisões relativas ao cumprimento da pena do preso, serão de competência do Poder Judiciário.

Os órgãos judiciários obtiveram a competência para dirigir a execução penal, com o advento da Lei 7.210/84. (BRITO, 2019)

Notável então, que a promulgação da LEP foi um importante marco para a execução penal.

A LEP em seu art. 10 descreve que deverá o preso receber assistência durante o cumprimento da pena, com o intuito da prevenção a nova prática delituosa e seu retorno a sociedade.

A função de prestar à assistência ao preso incumbe ao Estado, este então deverá acatar medidas que possibilitem à assistência ao preso, com o propósito de nortear seu retorno ao convívio social e diminuindo-se o risco de haver o cometimento de um novo crime, ou seja, evitar que venha a reincidir. (AVENA, 2018)

Essas medidas servirão para propiciar ao preso uma condição de vida digna, assim tendo suas necessidades básicas do dia a dia garantidas.

Não se entendendo então, está assistência como regalia ou luxo, mas sim métodos substanciais a uma condição mínima de vida, mesmo de quem esteja recluso. (BRITO, 2019)

Desta forma, mesmo que a pessoa encontre-se privada de sua liberdade, terá o direito de receber por parte do Estado, condições para ter uma mínima condição de vida.

Os tipos de assistência que devem ser prestadas aos presos estão elencados no art. 11 da LEP sendo elas: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Ressalta-se que o art. 41, VII da LEP relata as referidas assistências como direitos do preso. (AVENA, 2018)

Assim, como já abordado serão estas assistências responsabilidade do Estado, tendo que custear as despesas causadas por isso.

Chega-se então a um ponto que merece determinada análise. Como já abordado nos itens anteriores, as alterações trazidas pela lei 13.964/19 aumentaram na sua maioria boa lapsos temporais a serem cumpridos para que seja adquirido o direito a progressão de regime.

Assim, as assistências apontadas durante o período em que o preso estiver recluso, que são de obrigação do Estado, geram um custo para que este mantenha as respectivas assistências.

Essa oneração, devido ao maior tempo de encarceramento, poderá gerar um maior gasto por parte do Estado para que sejam mantidas as necessidades do preso.

Com este tratamento mais grave e a conseqüente permanência por mais tempo no estabelecimento prisional, ao menos nós regimes mais gravosos, induziria a despesas mais altas por conta do Estados e da União para que fossem mantidos seus devidos sistemas prisionais. (PINHEIRO NETO, 2020)

Considerando as despesas para o mantimento dos regimes de cumprimento de pena, quanto as assistências que devem ser prestadas a quem estiver nos conseqüentes regimes, seria passível pensar-se em outras alternativas que objetivassem uma possível desoneração do Estado, e também uma repentina melhoria na qualidade dos estabelecimentos.

Seguindo-se este pensamento, pelo fato de o regime fechado encontrar-se em superlotação, até com um certo descaso; colônias penais agrícolas ou industriais, destinadas ao cumprimento do semiaberto, também certa parte defasada, recebendo características do regime aberto, este que a certo tempo não é cumprido regularmente por não ter Casa do Albergado nas comarcas. Com isto, seria de maior utilidade que o regime fechado fosse melhor preparado e ser colocado em conformidade com a lei, e extinguidos os regimes semiaberto e aberto, passando a progressão somente através do livramento condicional, observando-se também prazos específicos para cada caso, podendo está hipótese ser mais conveniente. (NUCCI, 2020)

Pondera-se então, que está poderia ser a ideia que auxiliaria de uma melhor forma na execução penal, pois o regime fechado recebendo maior atenção, com uma aplicação efetiva das assistências também mencionadas nós itens anteriores, poderia contribuir de melhor maneira para a reintegração do preso e uma possível baixa de chances de reincidência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo a análise das novas regras para a progressão de regime. Nota-se a importância do estudo do referido tema, dá-se devido a reforma das regras que autorizam a progressão de regime, com o advento da lei 13.964/19 as regras referentes ao período de tempo mudaram substancialmente, vindo assim a importância de uma análise dessas novas regras.

Viu-se no primeiro item as primeiras propostas de leis que visavam regular a execução penal. Cerca de 4 projetos de lei de execução penal foram apresentadas, mas nem todas chegaram a vigorar. Viu-se também os dois requisitos necessários a progressão, mas dando-se maior atenção ao requisito objetivo, que trata do lapso temporal a ser cumprido.

Assim realizou-se uma análise de como se dava a progressão antes da lei 13.964/19, está que era aplicada em frações, havendo distinção entre crimes comuns e hediondos ou equiparados, sendo que somente neste último se tinha a diferenciação entre reincidente e não reincidente.

No segundo item, abordou os novos lapsos temporais a serem seguidos que autorizam a progressão de regime, assim realizando-se um estudo de cada nova hipótese e em quais casos ela será aplicada.

No fim, o terceiro item, verificou-se a natureza da execução penal, que apesar das divergências, permanece o entendimento de que prevalece a natureza jurídica desta. Verificou-se também, o dever do Estado em prestar assistência ao preso ao tempo que estiver no estabelecimento prisional, desta feita, essa referida assistência gerará um determinado custo pro Estado. Aventando-se então a hipótese de uma outra forma para se fundar a execução penal.

Como resultado, as alterações trazidas poderão trazer uma melhor eficácia da execução no decorrer do tempo, mas ressaltado por determinados doutrinadores, o sistema de execução penal está relativamente corroído, assim seria de uma valia maior uma discussão sobre o mantimento de todos os regimes ou não, pensando-se que seja melhor investir no regime fechado e a progressão se dar através do livramento condicional, já que os regimes semiaberto e aberto na maior parte das comarcas encontra-se defasado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. L. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. **Revista Liberdades**. Disponível em: www.revistaliberdade.org.br. Acesso em: 16/set/2020.

AVENA, N. **Curso de Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Forense. 2018.

BIANCHINI, A.; GOMES, L. F.; MARCÃO, R. F. **Saberes do Direito: Execução Penal**. São Paulo: Saraiva. 2012.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2020.

_____. **Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2020.

_____. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2020.

_____. **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2020.

_____. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2020.

_____. **Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007.** Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2020.

_____. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/mar/2020.

BRITO, A. C. **Execução Penal.** 5.ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal.** 24. ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

ESTEFAM, A; GONÇALVES, V. E. E. **Direito Penal Esquemático:** parte geral. São Paulo: Saraiva. 2012.

GIFFORD, M. B. S. B.; PIRES, K. B. N.; GOMES, S. C. F **Pacote anticrime:** alterações penais e processuais penais - Lei 13.964/19. Goiânia: Kelps. 2020.

GOMES, L. F.; BIANCHINI, A.; SÁ, A. A. COL. **Saberes críticos:** criminologia e a execução penal. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal Parte Geral.** 17.ed. Niterói: Impetus. 2015.

MARCÃO, R. **Curso de Execução Penal.** 17.ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

MARQUES, F. T.; et Al. **Lei anticrime comentada (13.964/2019).** 1.ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

NUCCI, G. S. **Pacote anticrime comentado.** 1.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

PINHEIRO NETO, L. F. **Pacote anticrime**: comentários à Lei 13.964/19. 1.ed. Belo Horizonte: Initia Via. 2020.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de metodologia científica**. 9. ed. Lages, SC: PAPERVEST, 2020.

TEIXEIRA, G. B. **Pacote anticrime**: comentários à Lei 13.964/19. 1.ed. Brasília: Emagis Cursos Jurídicos. 2020.

CRIMES SEXUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Mariana da Luz Matos¹

Joel Saueressig²

Luiz Claudio Araujo Schneider³

Cezar Augusto Galvão Brandt⁴

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso busca realizar um intenso estudo a respeito da fragilidade das provas nos crimes contra a dignidade sexual. A relevância do mencionado assunto se efetiva ao fato de existir diversas lacunas no Ordenamento Jurídico Brasileiro no tocante as provas nos crimes sexuais. O que pode ser feito para diminuir os casos de erros judiciais e tornar cada vez mais concretas às provas para auxiliar o magistrado no julgamento de crimes contra a dignidade sexual? O objetivo geral observar a evolução histórica dos crimes sexuais, objetivos específicos observar os crimes contra a dignidade sexual existentes no Código Penal brasileiro, verificar as novas leis que surgiram nos últimos anos trazendo algumas mudanças com relação aos crimes sexuais no Brasil, analisar as provas que podem ser utilizadas para a convicção do magistrado e estudar através da doutrina e jurisprudência, caso de erros judiciais, e qual o impacto que pode trazer na vida da vítima e do réu nos casos de crimes sexuais. Como justificativa de transparecer a aplicabilidade com a análise das provas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia utilizada no presente trabalho é exploratória, sendo empregado de fontes primárias e secundárias, decorrendo a pesquisa de forma qualitativa, resultados trazidos de conceitos da doutrina e legislação, impressos e digitais.

Palavras-chave: Crimes sexuais. Dignidade Sexual. Erros judiciais. Provas.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Profº especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Processo Civil. Mestre em Ambiente e Saúde. Advogado.

⁴ Graduado em direito pela PUC\PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC\RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

SEXUAL CRIMES IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

Mariana da Luz Matos¹
Joel Saueressig²
Luiz Claudio Araujo Schneider³
Cezar Augusto Galvão Brandt⁴

ABSTRACT

The present work at the end of the course seeks to carry out an intense study about the fragility of the evidence in crimes against sexual dignity. The crimes against sexual dignity are foreseen in the Brazilian Penal Code and, like other crimes, are treated with great seriousness by the judiciary, which are considered even the most objectionable crimes by the population. What can be done to reduce cases of judicial errors and make evidence more and more concrete to assist the magistrate in the judgment of crimes against sexual dignity? The general objective is to observe the historical evolution of sexual crimes, specific objectives to observe the crimes against sexual dignity existing in the Brazilian Penal Code, to verify the new laws that have emerged in recent years, bringing some changes regarding sexual crimes in Brazil, to analyze the evidence that they can be used to convict the magistrate and study through doctrine and jurisprudence, case of judicial errors, and what impact it can bring on the life of the victim and the defendant in cases of sexual crimes. As a justification for showing the applicability with the analysis of the existing evidence in the Brazilian legal system. The methodology used in this work is exploratory, being used from primary and secondary sources, resulting in a qualitative research, results brought from concepts of doctrine and legislation, both printed and digital.

Keywords: Sexual crimes. Sexual Dignity. Judicial errors. Evidence.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Pro^o especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Processo Civil. Mestre em Ambiente e Saúde. Advogado.

⁴ Graduado em direito pela PUC/PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC/RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema A Fragilidade das Provas nos Crimes Contra a Dignidade Sexual. A relevância do mencionado assunto se efetiva ao fato de existir diversas lacunas no Ordenamento Jurídico Brasileiro no tocante as provas nos crimes sexuais.

Os crimes contra a dignidade sexual estão previstos no Código Penal brasileiro e, assim como demais delitos, são tratados com grande seriedade pelo judiciário, sendo estes, considerados até mesmo os delitos mais reprováveis pela população.

No entanto, os crimes contra a dignidade sexual, principalmente os crimes de estupro e estupro de vulnerável previstos nos artigos 213 e 217-A do Código Penal, geralmente são praticados na clandestinidade, somente na presença da vítima e do autor. Ocorre que, existe uma grande dificuldade para se provar a existência desses delitos, sobretudo quando referido crime não deixa vestígios, precisando o judiciário basear-se somente na palavra da vítima para formar sua convicção ao proferir a sentença, tornando ainda maior a possibilidade de ocorrer erros judiciais, seja na condenação ou absolvição do acusado.

O problema reside exatamente neste aspecto: em casos de crimes sexuais praticados na ausência de testemunhas, onde a prova material é frágil devido a diversos fatores, a palavra da vítima possui tamanha relevância que pode ser suficiente para ensejar a condenação do réu? O que pode ser feito para diminuir os casos de erros judiciais e tornar cada vez mais concretas às provas para auxiliar o magistrado no julgamento de crimes contra a dignidade sexual?

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral observar a evolução histórica dos crimes sexuais, com a análise das provas existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Como objetivos específicos observar os crimes contra a dignidade sexual existentes no Código Penal brasileiro, verificar as novas leis que surgiram nos últimos anos trazendo algumas mudanças com relação aos crimes sexuais no Brasil, analisar as provas que podem ser utilizadas para a convicção do magistrado e estudar através da doutrina e jurisprudência, caso de erros judiciais, e qual o impacto que pode trazer na vida da vítima e do réu nos casos de crimes sexuais.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para melhor compreensão, será desenvolvido, no primeiro capítulo uma análise da tipificação dos crimes contra a dignidade sexual, buscando primeiramente compreender a evolução histórica com as mudanças ocorridas na lei, confrontando com a atualidade, além de observado os bens jurídicos tutelados e os principais princípios constitucionais aplicados aos crimes sexuais.

Posteriormente, será analisada, no segundo capítulo, a temática geral das provas no ordenamento jurídico brasileiro, seu conceito, finalidade e os principais meios de provas existentes.

Finalmente, no terceiro capítulo, superada a fase de explanação dos conceitos

acerca do tema, abordar-se-á sobre as questões polêmicas relativas aos desafios para a produção e concretização das provas no curso da instrução, se tratando de crimes contra a dignidade sexual.

2 CRIMES SEXUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Este capítulo abordará de forma breve a evolução histórica da lei penal no tocante aos crimes sexuais que com a promulgação da lei 12.015 de 2009 passou a prever os crimes contra a dignidade sexual, deixando assim de existir aqueles conhecidos como crimes contra os costumes.

Posteriormente será analisado o conceito de dignidade sexual. Além disso abordar-se-á o elemento o bem jurídico tutelado (dignidade e liberdade sexual), buscando entender a forma que o Estado pode interferir para coibir delitos dessa natureza.

Por fim, de forma sucinta serão analisados os princípios constitucionais norteadores dos delitos sexuais.

2.1 Evolução histórica da lei penal com relação aos crimes sexuais no Brasil

Inicialmente, será abordado a história do ordenamento jurídico nacional no tocante aos crimes sexuais, analisando como se deram as alterações histórico-jurídicas até o estágio atual da Lei Penal brasileira.

A história da legislação penal brasileira tem como ponto de partida a lei penal portuguesa, já que o Brasil foi colonizado pelos lusos. Somente em um segundo momento foi que a legislação passou a ser de competência nacional.

O primeiro Código Penal do Brasil independente foi o Código Criminal de 1830, que foi oficializado pela lei de 16 de dezembro de 1830 e sancionado por Dom Pedro I após ser aprovado e decretado pela Assembleia Geral, que previu que crime e delito seria toda a ação, ou omissão voluntária contrária às leis penais (NUCCI, 2014, p. 30).

Referido Código, no tocante aos crimes sexuais previa em seu Capítulo II os Crimes contra a segurança da honra, onde na Seção I tipificou o crime de estupro. Vejamos:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezaseteannos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tresannos, e de dotar a esta.

Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada.

Penas - de desterro para fóra da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar esta.

Art. 221. Se o estupro fôrcommettido por parente da deflorada em grão, que não admitta dispensa para casamento.

Penas - de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com

qualquer mulher honesta.

Penas – de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas – de prisão por um mez a dousannos.

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.

Penas – de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezaseteannos, e ter com ella copula carnal.

Penas – de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tresannos, e de dotar a esta.

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

Insta destacar que, o Código Criminal de 1830 não possibilitava que o homem fosse vítima do crime de estupro. Ainda, as penas variavam de acordo com a qualidade da offendida e, o réu somente seria punido se praticasse o delicto contra “mulher honesta”, possuindo ainda conforme artigo 225, a possibilidade de casar-se com a vítima, ficando assim, isento de qualquer pena.

O Código fazia ainda grande distinção entre as penas em relação às prostitutas, beneficiando os réus que tivessem cópula carnal (penetração do pênis na vagina), com uma pena menor do que se cometessem o mesmo delicto em detrimento de uma mulher vista na época como “mulher honesta”.

Em 1890, a Consolidação de Piragibe, como ficou conhecido o Decreto Lei 847 de 11 de novembro de 1890, trouxe uma pequena alteração quanto ao crime de estupro, retirando a possibilidade do réu casar-se com a vítima como forma de excluir a punibilidade, ficando o crime de estupro disposto no artigo 268 do referido código. Vê-se:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena: de prisão cellular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena: de prisão cellular por seis mezes a dousannos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Já o artigo 269 do mesmo diploma legal trazia a definição do crime de estupro, qual seja: “Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não”.

O Código Penal de 1940 trouxe uma evolução significativa ao deixar de dividir o sexo feminino em mulheres honestas e prostitutas. Contudo, as mudanças sociais posteriores a década de 40 tornaram necessárias mais mudanças no diploma legal, já que ainda continha os textos do antigo código que era distinto da nova realidade.

Sabe-se da necessidade de que os delitos compreendidos no Código Penal estejam em consonância com os interesses gerais da sociedade. Sendo o direito penal aplicado conforme o contexto social, que teve uma grande evolução desde o primeiro código criado em 1830.

A partir daí, o Código Penal passou a interligar os delitos sexuais com a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido leciona Nucci (2014, p. 25):

A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988. O legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado as filigranas penais, obviamente inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos.

Ainda, o artigo 214 do mesmo diploma legal, trazia a previsão do crime de atentado violento ao pudor. Vejamos: “Art. 214 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão de dois a sete anos”.

Denota-se que para a configuração deste delito, seria necessário ocasionar constrangimento mediante violência ou grave ameaça a vítima. Além disso, tanto homens como mulheres poderiam ser vítimas e autores deste delito, uma vez que referido tipo legal não mais mencionava o sexo do autor nem da possível vítima.

A última alteração realizada no Código Penal, qual seja a edição da Lei 12.015/09, que deixa de tratar sobre os “crimes contra os costumes” para versar sobre “crimes contra a dignidade sexual”. A mudança da nomenclatura se deve ao fato de que o legislador entendeu que a diversidade de opções sexuais de um indivíduo não é mais a mesma da década de 1940, e, portanto, deve ser interpretada de outra maneira.

Nesse sentido, complementa Bittencourt (2011, p. 44):

Em outros termos, homem e mulher têm o direito de negar-se a se submeter à prática de atos lascivos ou voluptuosos, sexuais ou eróticos, que não queiram realizar, opondo-se a qualquer possível constrangimento contra quem quer que seja, inclusive contra o próprio cônjuge, namorado(a) ou companheiro(a) (união estável); no exercício dessa liberdade podem, inclusive, escolher o momento, a parceria, o lugar, ou seja, onde, quando, como e com quem lhe interesse compartilhar seus desejos e necessidades sexuais. Em síntese, protege-se, acima de tudo, a dignidade sexual individual, de homem e mulher, indistintamente, substancialmente na liberdade sexual e direto de escolha.

O tema foi, em sua grande maioria, modificado, sendo alguns crimes extintos do Código enquanto com tipificação própria, como exemplo o artigo 214, que tratava do atentado violento ao pudor, que, agora, foi absorvido pela capitulação do artigo que define estupro.

Acerca do assunto, leciona Nucci (2014, p. 26):

No campo dos crimes contra a dignidade sexual, muito há por fazer, uma vez que aos poucos o preconceito e o machismo vêm desaparecendo dos tipos penais, como se pode constatar pela unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor sob uma única figura: estupro.

As demais alterações advindas da Lei 12.015/09, inicialmente tiveram o objetivo de garantir a liberdade sexual da mulher, bem como, excluir a ideia de “mulher honesta”, atribuindo à vítima dos crimes sexuais uma concepção sem gênero e sem qualificação.

A Lei 12.015/09 trouxe ainda a previsão de crime próprio quando cometido contra menores de quatorze anos, intitulado de estupro de vulnerável, que está implícito no artigo 217-A do Código Penal atual, possuindo a seguinte redação:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Imperioso ressaltar que não são somente os menores de 14 anos que são considerados incapazes como menciona o artigo 217-A do Código Penal. Nucci (2014, p. 143) leciona que: “Proíbe-se o relacionamento sexual do vulnerável, considerado o menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, bem como aquele que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência”.

A Lei nº 12.015/09 incluiu ainda os crimes de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, que prevê a pena de reclusão de dois a quatro anos, o favorecimento da prostituição de criança ou adolescente, com pena de quatro a dez anos de reclusão e o tráfico interno de pessoas a fim de exploração sexual, com pena de dois a seis anos de reclusão.

Percebe-se que ao longo dos anos, a lei foi evoluindo juntamente com a sociedade, para que se encaixasse nos moldes do Brasil atual, onde extinguiu da lei o machismo que diferenciava mulheres honestas de mulheres prostitutas. Ainda, incluiu vários outros delitos que foram surgindo e que pudesse afetar a dignidade sexual da pessoa humana no geral, sem distinção de sexo, ou seja, na legislação atual, tanto mulheres quanto homens podem ser vítimas e autores de crimes sexuais.

2.2 A liberdade e a dignidade sexual como bens jurídicos tutelados

Neste item serão abordados os bens jurídico-penais tutelados nos crimes sexuais, tratando da liberdade sexual e da dignidade sexual como principais objetos jurídicos protegidos pelo Estado.

Para Jescheck (1993, p. 06) os bens jurídicos são: “os bens indispensáveis para a convivência humana em comunidade, devendo ser protegidos, consequentemente, pelo poder de coação do Estado através da pena pública”.

Bruno (2003, p. 05-06), por sua vez, entende bem jurídico como:

[...] tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo Direito. São interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam a categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal. Interesses de valor permanente, como a vida, a liberdade, a honra; ou variável, segundo a estrutura da sociedade ou as concepções de vida de determinado momento.

O ponto específico de tutela penal nos crimes sexuais, é a coerção não consentida para o ato sexual. Além disso, releva destacar, como bem jurídico-penal, a formação moral das crianças e adolescentes, de modo que, seu amadurecimento sexual necessita da proteção do Estado.

Nesse sentido, Nucci (2014, p. 44) pontua que: “Dignidade sexual diz respeito à autoestima do ser humano, em sua íntima e privada vida sexual, não cabendo qualquer ingerência estatal nesse contexto, a não ser para coibir atuações violentas contra adultos e agressivas à formação de crianças e jovens.”

Em que pese o Título VI do Código Penal seja denominado “Crimes contra a dignidade sexual”, deve-se ater a diferença entre dignidade sexual e liberdade sexual.

A dignidade sexual é um atributo de vulneráveis e não vulneráveis. Contudo, há uma diferença na forma de tutela de que são alvos esses tipos de pessoas.

Para que haja uma intervenção penal em crimes de natureza sexual, deve haver uma lesão concreta um bem jurídico. Uma lesão que, no caso das relações sexuais consentidas, mantidas entre pessoas capazes, não deve ser presumida, como se passaria com os vulneráveis. O divisor de águas entre as tutelas penais das dignidades sexuais dos vulneráveis e dos não vulneráveis é a liberdade de escolha.

Quando se trata de pessoas capazes, entende-se que o elemento da dignidade sexual protegido trata-se da liberdade sexual da pessoa em sentido amplo que possui direito pleno a inviolabilidade carnal, relacionado ao livre consentimento ou formação da vontade em matéria sexual.

Existe no direito penal o bem jurídico chamado “liberdade”. Contudo, a liberdade sexual tem autonomia própria e dessa maneira o ordenamento jurídico deve protegê-la de maneira autônoma.

Nesse sentido, assevera Munoz Conde (2004, p. 206):

A liberdade sexual, entendida como aquela parte da liberdade referida ao exercício da própria sexualidade e, de certo modo, a disposição do próprio corpo, aparece como bem jurídico merecedor de uma proteção específica, não sendo suficiente para abranger toda sua dimensão a proteção genérica concedida à liberdade geral.

Dessa forma, a liberdade sexual, que se trata da possibilidade de se escolher livremente não somente o parceiro ou parceira sexual, como também como, quando e onde exercitá-la, constitui um bem jurídico autônomo, distinto da liberdade genérica e por isso recebe autonomamente a proteção estatal.

2.3 Os princípios jurídicos constitucionais aplicados aos crimes contra a dignidade sexual

Os princípios constitucionais asseguram que o Estado respeite seus cidadãos e não viole direitos que são a estes constitucionalmente garantidos. Nesse sentido, os princípios constitucionais servem como escudos protetivos contra eventuais arbitrariedades do Estado.

No que tange aos crimes sexuais, o que se busca garantir é a dignidade da pessoa humana, conforme artigo 1º, inciso II da Constituição Federal. Nesse sentido, como visto anteriormente, busca-se garantir ao indivíduo (homem ou mulher), a livre escolha, a liberdade sexual, desde que exista o pleno desenvolvimento da personalidade no que concerne a atos sexuais.

Assim, diversos são os princípios constitucionais que devem dirigir a aplicação e interpretação destes crimes. Dentre eles pode-se destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, da livre formação de personalidade, da lesividade e da proporcionalidade, conforme expostos a seguir.

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Ao conceituar a dignidade da pessoa humana, Sarlet (2001, p. 60) preceitua:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Quando se é cometido qualquer delito contra a dignidade sexual se fere não só a liberdade sexual e dignidade sexual do ofendido, mas também a sua dignidade humana. Dessa forma compete ao Estado oferecer proteção eficiente ao cidadão a tal ameaça de direito.

2.3.2 Princípio da livre formação de personalidade

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, além de abarcar o resguardo da integridade, engloba a liberdade de comportamento, em prol da proteção à atividade humana, e a liberdade de ação geral, abrangendo a liberdade física, de expressão, de criação, entre outras especialidades, e seu exercício é condicionado à obediência de limites da Ordem Jurídica e dos bons costumes (PINTO, 2000, p. 198-199).

É direito fundamental do ser humano formar a sua personalidade de maneira livre, sem qualquer tutela estatal, razão pela qual necessita do respeito à sua intimidade e vida privada. O ambiente em que se desenvolve demanda proteção, motivo pelo qual

a casa é o seu asilo inviolável. Ademais, a maneira como se relaciona com terceiros reclama inviolabilidade.

Dessa forma, a vida privada é constituída também pelos relacionamentos sexuais mantidos pelo indivíduo. A intimidade abrange a maneira de ver, sentir e projetar a sua vida sexual.

2.3.3 Princípio da lesividade

O princípio da lesividade, ou ofensividade, parte da premissa que não haverá crime se não houver lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico alheio.

Nesse caso, o princípio da lesividade também deve ser observado sendo necessária a demonstração de lesão a um bem para que ocorra a sua proteção, havendo, dessa forma, uma proteção racional de determinados bens (SILVEIRA, 2003).

Ou seja, o Direito Penal não pune simplesmente a ação, mas o resultado que esta poderá produzir, não precisando que este resultado ocorra efetivamente, mas o simples perigo da ocorrência deste é o suficiente para a criação da infração penal a fim de evitar que esta seja produzida colocando um bem jurídico em risco.

2.3.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade rege a criação de tipos penais incriminadores, aplicação de penas e a perseguição penal do Estado sobre alguém. Além de impor limitações à vontade punitiva da sociedade nos crimes contra a dignidade sexual. Nesta visão social, pressupõe que quanto maior e mais severa for a pena, repressão ou sofrimento, mais satisfatório será o resultado. Por sua vez, a proporcionalidade procura o “meio termo” para solucionar a ação.

Segundo Capez (2012, p. 368):

De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitido à prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que, em caso de aparente contraste, o mais importante prevaleça.

Dessa forma, a após o autor ser considerado culpado por um delito, para que seja determinada sua pena, o magistrado observará o tipo penal infringido por ele e assim, a sanção prevista àquele delito para posteriormente efetuar a dosimetria da penal.

Neste capítulo foi possível destacar as principais mudanças no ordenamento jurídico brasileiro desde os primórdios da vida em sociedade no tocante aos crimes de

natureza sexual. Além do bem jurídico tutelado nesses casos, sendo a liberdade e a dignidade sexual como principais objetos jurídico-penais protegidos, podendo a pessoa ter livre escolha da sua intimidade no âmbito sexual.

Além disso, destacou-se os principais princípios observados quando se fala em crimes sexuais, e suas respectivas importâncias tratando-se do presente tema.

No próximo capítulo serão abordadas as provas no ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de prova, sua finalidade e os meios de prova existentes, para que por fim, possamos entrar no tema em questão, que se trata da dificuldade de se obter provas robustas nos crimes de natureza sexual.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar os meios de prova utilizados em crimes contra a dignidade sexual. Tema de suma importância diante da dificuldade de obtenção da prova material, o que acarretou em vários casos de erros judiciais e de condenações injustas presentes nos últimos anos no judiciário brasileiro.

No primeiro capítulo viu-se como se deu a evolução dos crimes de natureza sexual no Brasil, com relação as diversas mudanças na legislação, que de pouco a pouco desconstruiu uma ideia machista onde diferenciava as mulheres de acordo com suas condutas e, ainda, incluiu novos delitos, onde tanto mulheres como homens podem figurar como vítimas.

Ainda no primeiro capítulo, observou-se os bens jurídicos tutelados nos crimes sexuais, quais sejam, a liberdade e a dignidade sexual e, ainda, viu-se os principais princípios jurídicos constitucionais aplicados aos crimes contra a dignidade sexual.

No segundo capítulo, abordou-se o conceito de prova, sua finalidade com vista nos princípios da verdade real e do livre convencimento do juiz, além de observar os principais meios de prova utilizados no ordenamento jurídico brasileiro.

No terceiro capítulo, intensificou-se a pesquisa sobre a fragilidade das provas nos crimes sexuais, observando as dificuldades relacionadas a obtenção da prova material. Tendo em vista os crimes que não deixam vestígios e a facilidade do desaparecimento dos vestígios com o decurso do tempo. Bem como a importância da valoração da palavra da vítima e os riscos que pode trazer ao processo em caso de denúncia caluniosa, o que, como visto, pode acarretar em condenações injustas.

Ao final, como resultado observou-se a importância da fase de obtenção de provas, devendo se tomar os devidos cuidados e analisar minuciosamente as provas extraídas da parte ofendida e da parte acusada. É importante que haja muita cautela neste processo, tanto da vítima ao fazer uma acusação, quanto do magistrado ao acatar suas palavras, a fim de evitar privar injustamente uma pessoa de sua liberdade.

REFERÊNCIAS

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 2v.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Inconstituciones de Derecho Procesal Penal**. 2014

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONACCORSO, Norma Sueli. Prova criminal e contraditório. 2009. **Sindicato dos Peritos Criminais do Estado da Bahia**, Bahia. Disponível em <http://www.asbac-ba.org/publicacoes/Prova_pericial_e_o_contraditorio.pdf> Acesso em 12 de abril de 2020.

BRASIL. Leis e decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2020.

_____. **Leis e decretos. Decreto Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2020.

_____. **Leis e decretos. Decreto Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2020.

_____. **Leis e decretos. Decreto Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 12 de abril de 2020.

_____. **Leis e decretos. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 8 de março de 2020.

_____. **Leis e decretos. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 8 de março de 2020.

_____. **Leis e decretos. Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm> Acesso em: 8 de março de 2020.

_____. **Leis e decretos. Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 11 de março de 2020.

_____. **Leis e decretos. Superior Tribunal de Justiça. HC 428.251/SP**. Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 24/04/2018. Disponível em

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=428251&b=ACOR&-thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. Leis e decretos. Supremo Tribunal Federal. **AI 855942 AgR/MG**. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 28.05.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28855942%2EENUME%2E+OU+855942%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7zlmzuc>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. Leis e Decretos. Supremo Tribunal Federal. **HC 74.246/SP**. Relator Min. Carlos Velloso, Turma-02, Ano-1996, UF-SP, N.Pág. 008, DJ 13-12-1996, PP-50165, Ement Vol-01854-04 PP-00807. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. Leis e decretos. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.041243-8 de Lauro Müller**. Rel. Des. Salette Silva Sommariva. Segunda Câmara Criminal. Julgado em 29-09-2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 27 jun. 2020.

_____. Leis e decretos. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **APR 0012197-45.2018.8.24.0023 Capital 0012197-45.2018.8.24.0023**. Relatora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Quinta Câmara Criminal. Julgado em 27 de Junho de 2019. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729398492/apelacao-criminal-apr-121974520188240023-capital-0012197-4520188240023/inteiro-teor-729398540>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral: introdução, norma penal, fato punível. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. V. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. parte especial. v. 3. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito a prova no Processo Penal**. Revista dos Tribunais. 1997.

GRANJEIRO, Ivonete Araújo Carvalho Lima. COSTA, Liana Fortunato. **Abuso Sexual Infantil**: a dimensão interdisciplinar entre Direito e Psicologia. Brasília/DF: Encontro das Letras, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Sa-

raiva 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte geral. Tradução de José Luis Manzanares Saamiego. Granada: Comares 1993.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUCENA, Mário Augusto Drago de; HOMEM, Élie Peixoto. O depoimento sem dano sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança e sua importância para o processo penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4640, 15 mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46814>>. Acesso em: 14 maio 2020.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 1.ed. Inter Saberes. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRANDA. Pontes de. **Tratado da Ação Rescisória**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MUNOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**; parte especial. 15. ed. Valencia, editora tirantlo Blanch, 2004.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra Dignidade Sexual**. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2014.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense 2016.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Provas no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. In: Portugal-Brasil – ano 2000. Studia Iuridica, n. 40. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. **Prova penal e garantismo**: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 9. ed. Lages: Papervest, 2020.

SAIBRO, Henrique. **Qual é a importância da avaliação psíquica da vítima nos crimes sexuais?** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/qual-e-a-importancia-da-avaliacao-psiquica-da-vitima-nos-crimes-sexuais/>> Acesso em 14 de maio 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 32ª ed. Forense. 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (Ciência do direito penal contemporânea; v. 3)

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. Saraiva, 1978.

A PSICOPATIA E A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA CRIMINAL ADEQUADA

Priscila Bianchini Mortari¹

Joel Saueressig²

Diego Borges Espinosa³

Cezar Augusto Galvão Brandt⁴

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo estudar a figura do psicopata frente ao sistema punitivo brasileiro, bem como o tratamento dado pelo Direito Penal Brasileiro, traz conceitualização e considerações históricas breves, uma análise da Lei Penal Brasileira frente a psicopatia, imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade. A seguir, breve classificação, modalidades e níveis. Por fim, a problemática do trabalho, necessidade de uma política criminal, frente ao sistema carcerário brasileiro.

Palavras-chave: Psicopata. Direito Penal. Sistema Prisional.

ABSTRACT

The present paper aimed to study the psychopath's figure in the face of the Brazilian punitive system, as well as the treatment given by Brazilian Criminal Law. It brings conceptualization, brief historical considerations and an analysis of the Brazilian Penal Law in the face of psychopathy, imputability, semi-imputability and inimputability. Then, there is a brief classification in modalities and levels. Finally, the problem situation, the need for a criminal policy, in face of Brazilian prison system.

Key Words: Psychopath. Criminal Law. Prison system.

¹ Acadêmica da 10ª fase do Curso de Direito do Centro Universitário da UNIFACVEST.

² Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Graduado em direito pela PUC/PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC/RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema a Psicopatia e sua política criminal adequada. Ao se falar em Psicopatia logo pensa-se em indivíduos cruéis e assassinos em série, sendo um pensamento equivocado e generalizado, pois nem todos os psicopatas são assassinos, a partir deste pensamento e de já ser apaixonada pelo assunto é que surgiu a ideia de escrever sobre tal assunto, e até mesmo defender uma tese a respeito da individualização da pena, uma vez que é de suma importância o tratamento adequado destes indivíduos, e assim descobrir qual é a melhor solução para esta falta no sistema Penal Brasileiro.

O objetivo geral do trabalho apresentado é defender a tese de uma política especial para pessoas com Transtorno de Personalidade Dissocial, sendo os objetivos específicos analisar quais as consequências da atual maneira de remanejar estes presos, tendo em vista que o sistema atual de julgamento de cumprimento de pena pode trazer consequências para o preso e para a sociedade, sendo que no Brasil o psicopata ao ser julgado e condenado será remanejado para uma penitenciária comum ou então outro destino seria um hospital de custódia.

Tudo isso através do estudo de casos concretos, leitura de artigos, bem como livros sobre psicologia jurídica, doutrinas e jurisprudências em matérias digitais.

Isto posto, a primeira parte deste artigo apresentará conceito da Psicopatia, explicando um pouco sobre como se dá esta, bem como sua evolução histórica.

Em seguida, em um segundo momento trataremos da Psicopatia dentro do sistema penal brasileiro, também sobre imputabilidade, o fato de o indivíduo compreender ou não o caráter ilícito, em seguida, resumidamente, modalidades e níveis.

A seguir, exposição de atuais negligências em relação aos psicopatas, descrevendo o sistema carcerário brasileiro. Indagando assim a necessidade de uma política criminal e ainda, possíveis soluções. Ao final teremos a individualização da pena na execução penal, estudando os riscos de um indivíduo psicopata cumprir sua pena com os demais detentos devido a sua alta periculosidade, utilizando de sua inteligência e coação para os demais detentos, sendo está a base problemática desta pesquisa.

Como exemplo de tudo visto anteriormente apresenta-se um estudo de caso, de grande repercussão midiática, o caso de Suzane Von Richtofen.

E por fim, mas não menos importante, a última parte deste artigo traz a problemática do trabalho, necessidade de uma política criminal adequada, expondo-se o intuito final do trabalho.

2 PSICOPATIA: CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Neste item será apresentado uma breve conceituação da psicopatia, bem como sua evolução histórica perante a sociedade.

2.1 Conceituação de psicopatia

Nem todo psicopata é igual, cada um apresenta uma maneira de se comportar e de atacar, alguns matam por prazer, alguns apenas matam e outros simplesmente não

matam, mas vivem de proveito em vidas alheias. A classificação dada pela Organização Mundial de Saúde, OMS, a qual emprega o termo Transtorno de Personalidade Dissocial e o registra no CID-10 (Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde) sob o código F60.2, acolhido definitivamente pelos atuais Manuais e classificações psiquiátricas, como o DSM IV (1993, p.199):

Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. [...]. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade.

Generalizando, pode-se dizer que o psicopata é um indivíduo com desvio de caráter e basicamente com ausência de emoções. Em casos extremos sendo assassinos cruéis, matam a sangue frio, sem traço algum de arrependimento. Do mesmo modo, existem pessoas inteligentes que manipulam a tudo e a todos com sua simpatia, se moldando a lugares e pessoas com seus galanteios e charme.

Silva (2008, p.32) discorre em seu livro: “A palavra psicopata literalmente significa doença da mente, do grego *psyche* = mente; e *pathos* = doença”. No entanto, tratando-se de termo médico-psiquiátrico esta não se encaixa no termo tradicional. Esses indivíduos, não são considerados loucos e nem apresentam algum tipo de desorientação, também não sofrem de delírios ou alucinações e tão pouco apresentam intenso sofrimento mental.

Ao contrário do que se espera os atos praticados por psicopatas não provém de uma mente adoecida, mas sim de uma mente articulosa, capaz de raciocinar e planejar, uma pessoa que sabe das normas mas se acha superior a elas, incapaz de se preocupar com as consequências da quebra de regras.

A grande dificuldade seria identificar alguém que se molda a diferentes espaços e pessoas. O Manual Diagnóstico e estatístico de transtornos mentais (DSM-IX, 1995, s.p) conceituou: “Característica essencial: padrão invasivo de desrespeito e violação dos direitos dos outros, inclusive na infância ou começo da adolescência e continua na fase adulta.”

Nenhum psicopata será totalmente insano, nem totalmente normal, mas possuem consciência plena de seus atos, tendo ciência plena da lei e do crime que cometem. Podemos notar que em qualquer artigo descreverá psicopatas charmosos, inteligentes e altamente sedutores, sendo imprevisíveis, por conta de sua falta de emoção. Acerca disto explana Silva (2008, p.38):

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.

Como já dito anteriormente existem diversos níveis, que podem ser classificados em leve, moderado e grave. Os psicopatas que matam classificam-se como grave. É provável que qualquer um já tenha convivido com um psicopata leve, pelo menos, aquela pessoa que quer agradar a todos e sempre ao final estava em busca de algo para si, apenas usando os outros de escada para seus objetivos. Esse indivíduo engana pessoas vulneráveis e ao final não sente remorso, da mesma forma que é incapaz de sentir empatia.

2.2 Evolução Histórica da Psicopatia

O que se sabe por estudos antropológicos é que a psicopatia era vista de forma totalmente diferente, sempre vista e atrelada a situações de magia negra, divindade, sobrenaturais.

Os primeiros a classificá-los foram os Romanos, classificando ainda de forma sobrenatural, sendo: possuídos, demoníacos e energúmenos (SILVA, 2017). Nem se passava pela cabeça da sociedade da época que seriam pessoas que não aparentariam problema algum, sem resquícios demoníacos, com seu desvio de personalidade.

Segundo Dotti (2002, p.123):

Nas sociedades primitivas, o tabu era a proibição aos profanos de se relacionarem com pessoas, objetos ou lugares determinados, ou deles se aproximarem, em virtude do caráter sagrado dessas pessoas, objetos e lugares cuja violação acarretava ao culpado ou a seu grupo o castigo da divindade.

Ou seja, pessoas em um estado psicótico acreditavam em corpos possuídos, por isso estavam sujeitos a sofrerem castigos, caso se aproximassem de lugares sagrados ou algo do tipo.

O francês Phillip Pinel foi um dos pioneiros sobre a descrição de psicopatia. Ele identificou que alguns de seus pacientes, que mesmo tendo consciência da irracionalidade de suas ações, se envolviam em aspectos violência ou falta de remorso (GOMES, 2013).

Vale ressaltar a consciência de seus atos, bem como, as leis que estão infringindo. Desde os tempos mais remotos, a sociedade busca entender a figura do psicopata.

Desse modo, consolidou-se o conceito e estudo da psicopatia, o que deu início a uma pesquisa cada vez mais próxima dos mistérios do transtorno de personalidade. Tendo nos dias atuais grandes autores e estudos aprofundados nesta patologia. Primeiramente se viu a psicopatia como um conceito de patologia ligado às condutas sociais. No próximo item deste trabalho se verá o enquadramento da psicopatia na lei penal Brasileira, bem como níveis de psicopatia.

3 PSICOPATIA DENTRO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

O lugar do psicopata na Legislação Penal Brasileira pode-se dizer assim, está no rol daqueles que fazem parte dos transtornos mentais mencionados no Art. 26 do

Código Penal Brasileiro. O artigo 26 do Código Penal faz menção a várias categorias de transtornos mentais, sendo isentos de pena, entre eles, doença mental, desenvolvimento mental incompleto, perturbação e desenvolvimento mental retardado, sendo perceptível que não há menção da psicopatia.

O Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2.848/1940), antes da modificação trazida pela Lei n. 7.209/1984, fazia menção aos indivíduos psicopatas no item 19 da Exposição de Motivos da Parte Geral, com esta mudança, indivíduos psicopatas não são mais mencionados, o que trouxe consequências sérias para a sociedade, estando diretamente ligada com o alto índice de reincidência.

Uma vez que psicopata se trata de um transtorno de personalidade antissocial, não se enquadrando, portanto, em uma doença mental, consequentemente não exclui a culpabilidade.

Abreu (2013, s.p) afirma:

A psicopatia não consiste em nenhuma doença mental, perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que afastaria os chamados elementos integradores causais da imputabilidade. Além disso, haveria plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato, bem como, de determinar-se de acordo com esse entendimento, elementos integradores consequenciais.

Embora, como já visto, o senso comum trata psicopatas como loucos, criando então diagnósticos de pessoas que não entendem os crimes que estão vindo a cometer. Acerca disto, Silva (2008, p.184) explica:

É importante ressaltar que 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 (do grego, psyche = mente; e pathos = doença). No entanto, em termos médico psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo). Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de mentes adoecidas, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos.

Isto posto, irá se analisar a Imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade, para que mais à frente possa se fazer uma distinção, entendendo onde se encaixam os psicopatas.

3.1 Imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade

Imputar no sentido literal da palavra significa atribuir algo a alguém. Acerca disso indaga Capez (2012, s.p): “No direito penal brasileiro é adotado a ideia de exclusão da imputabilidade de um indivíduo. A imputabilidade é a condição pessoal do

agente a pratica de um fato punível, e que possua capacidade para compreender o ilícito do fato praticado.”

Imputabilidade penal está prevista nos artigos 26 e 28 do CP, eles dispõem que o agente, para ser imputável, deve possuir ao tempo da ação ou omissão, mentalidade psíquica para compreender o ilícito e orientar-se de acordo com essa compreensão, e seja maior de dezoito anos:

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. Redução de pena, 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. Menores de dezoito anos. Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Emoção e paixão. (BRASIL, 1940, s.p)

Ainda sobre a imputabilidade penal, previsto no artigo 28 do CP, eles dispõem que o agente:

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, 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. § 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940, s.p)

Nestes casos, entende-se que não há inteira condição psíquica, mas sim parcial. Assim, a responsabilidade penal também deverá ser parcial, proporcional a este entendimento.

O desenvolvimento incompleto gera muitas vertentes, implicando na inteligência, modo de agir e falhas no pensar propriamente dito. Ainda neste entendimento, o Código Penal Brasileiro estabelece em seu artigo 98:

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (BRASIL, 1940, s.p)

Pois quando se pensa em psicopatia todos têm em mente a figura de uma pessoa descuidada com um semblante aterrorizante. Pelo contrário, o grande segredo da

psicopatia está em uma desordem de personalidade, na emoção, muitas vezes não vista de forma clara.

Já na inimputabilidade, não haverá punição pelo crime. Ao agente não haverá condenação a uma pena.

Para eximir de pena, exige-se que tal distúrbio, doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, produza uma consequência determinada, qual seja, a falta de capacidade de discernir, de avaliar os próprios atos, de comparar com a ordem normativa, não sendo o caso de um psicopata nato.

Se o agente for inimputável será submetido à medida de segurança, conforme o artigo 97 do Código Penal Brasileiro se houver dúvida da integridade mental do acusado, o artigo 149 do Código Processual Penal Brasileiro estabelece que aquele seja submetido a exame médico legal.

Conforme Levorin (2003, p.163):

Dessarte, podemos concluir que a medida de segurança é uma sanção prevista na lei que será aplicada após o cometimento de um crime, destinando um tratamento curativo destinado a arrefecer a periculosidade do agente e prevenindo-o da prática de novo crime, objetivando, porque não, a sua ressocialização.

Impedindo assim, o indivíduo inimputável de permanecer na sociedade, evitando supostos riscos. Não sendo o caso dos psicopatas natos, que acabam cumprindo pena normalmente, em conjunto com os demais presidiários.

O Código Penal traz em seus artigos 96 e 97 medidas de segurança aplicáveis a casos de criminalidade envolvendo pessoas com problemas cognitivos:

Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - Sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Imposição da medida de segurança para inimputável

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Prazo

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (BRASIL, 1940, s.p)

Sendo a internação, uma alternativa para pessoas sem o discernimento total ou completo, esta alternativa, no entanto, seria um tanto quanto equivocada, uma vez que os psicopatas detêm o poder de saber exatamente o teor de seus atos.

Em seguida, serão apresentados possíveis modalidades e níveis desta patologia.

3.2 Modalidades e níveis

Sabe-se que existem vários níveis de psicopatia, até porque nem sempre quem sobrevive de golpes e aproveitamento de pessoas ingênuas, também será um assassino *serial killer*:

Como já dito anteriormente a classificação de Personalidades Antissociais, estão elencadas no grau de patologia, sendo possível dizer que os Psicopatas podem ser classificados em graus leve, moderado e grave. Basicamente o grau leve, são pessoas que podem ser encontradas facilmente no dia a dia, dificilmente chegam a matar, mas não estão totalmente elencados no Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS) (SILVA, 2008).

Já psicopatas de nível moderado e grave, são aqueles que se encaixam no Transtorno de Personalidade Antissocial, podendo até ser um serial killer, neste nível podemos nos deparar com características frias e calculistas, assustadoramente, são as famosas características encontradas em filmes de terror (SILVA, 2008).

A grande maioria deste nível apresenta personalidade extremamente fria, mentirosa e dissimulada, ainda carregando consigo uma crueldade. No grau moderado podemos encontrar facilmente pessoas com problemas com álcool, drogas, citando também vandalismo, entre os crimes, comum está estelionato. Falando de um psicopata em grau grave, destacam-se pessoas que sentem prazer em ver o sofrimento alheio, ainda podendo se expandir para satisfação sexual.

Ainda falando de tipos, e graus, o psiquiatra forense Michael Stone criou um índice de 1 a 22 que mede a maldade em assassinos, avaliando motivos, métodos e crueldade, em níveis de 1 a 8, Michael define, que são pessoas que matam em defesa própria, passionais motivados por ciúmes e ainda pessoas em nível de estresse elevado, como por exemplo a depressão. A partir do nível 9, pessoas que matam para chegar a um objetivo próprio, psicopatas que se sentem ameaçados e recorrem ao assassinato, em um nível mais elevado, 16, já temos aqueles psicopatas que cometem crimes com requintes de violência, com perversão sexual e tortura. Em um nível mais elevado, 19, Michael cita psicopatas terroristas, em seguida, psicopatas que submetem as vítimas a longas torturas e em seguida matam. (CABRAL, 2018).

É notório que essas personalidades psicóticas, fazendo jus a uma expressão genérica, não tendo relação alguma com problemas neurológicos.

O Código Penal brasileiro não disciplinou nada especificamente sobre a psicopatia, talvez o que justifique esta inexistência, seja uma incerteza em definir sobre esta personalidade. Contudo, esta ausência não impede de analisar a psicopatia através de regras do Código Penal brasileiro entendimento de doutrinadores.

Isto posto, analisada a lei penal brasileira, deixado claro cada nível e os diferentes tipos de personalidades psicóticas, a seguir será apresentado um estudo de caso seguido da necessidade de uma política criminal adequada para tais indivíduos com transtorno de personalidade, com ênfase na fase de cumprimento da pena.

4 NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA CRIMINAL ADEQUADA

Para se começar a falar de uma política criminal adequada, nada melhor que exemplificando a psicopatia com um dos casos mais famosos existentes de assassinato

a sangue frio no Brasil, de grande repercussão na mídia.

Este caso, ocorrido em 2002, em um longo processo, que teve grande repercussão midiática. Suzane, filha de Marísia Von Richthofen, psiquiatra, e do engenheiro Manfred Alfred Freiherr Von Richthofen, cursava direito na Universidade de Campos em São Paulo, levava uma vida confortável, jovem rica, bonita, universitária que tinha um namoro com Daniel Cravinho de 21 anos, juntamente com este, arquitetou e facilitou a morte de seus pais. (SERPANO, 2017).

No dia 31 de outubro de 2002, pouco depois da meia-noite, Suzane de 19 anos na época, entrou em casa, acendeu a luz, conferiu se os pais estavam dormindo e deu carta branca ao namorado Daniel, e seu irmão Cristian, matarem os seus pais, que foram mortos com golpes de cano de ferro enquanto dormiam. O primeiro a ser atingido foi Manfred, que morreu quase imediatamente por trauma cranioencefálico, de acordo com o Laudo Pericial. Marísia teve uma morte mais cruel, pois foi golpeada impiedosamente na cabeça por Cristian, irmão de Daniel, e sofreu vazamento de massa encefálica; todavia, não morreu na hora, e insatisfeitos, com tamanha crueldade e no intuito de apressar a morte da mãe de Suzane, Cristian a estrangulou, consumando a morte de Marísia (SERPANO, 2017).

Conforme a narrativa do crime percebe-se que tanto os executores como a própria Suzane agiram com o perfil condizente com o que é trabalhado no presente trabalho.

Após cometerem o crime, Suzane e os irmãos Cravinhos reviraram toda a casa e levaram alguns dólares, euros, no intuito de forjar um Latrocínio, crime este previsto no artigo 157º § 3º do CP. Depois de deixar a cena do crime, após toda essa barbárie, Cristian retornou pra casa, enquanto Daniel e Suzane foram a um motel na zona sul de São Paulo e escolheram a melhor suíte, onde, fica claro que essa atitude por parte da mentora, revela seu caráter Psicopata, frio e sem o menor remorso pelo fato praticado anteriormente na sua casa. Posteriormente ao crime praticado, dias depois, chegou a comemorar seu aniversário no sítio da família e ao ser chamada na delegacia, a jovem estava mais preocupada com a herança e com a venda da casa do que com a morte de seus pais. (SERPANO, 2017).

Vale ressaltar, que dias após o acontecimento e toda a repercussão, Suzane não demonstrou nenhum tipo de remorso, pelo contrário, demonstrando total frieza, neste momento evidenciando sua personalidade psicopata.

Carolina Busnello (2017, s.p) acerca disto:

É notório que um tipo de personalidade que tem como principais características a falta acentuada de culpa, remorso e preocupação empática com os outros, foi importante para que os exames feitos em Suzane se mostrassem com um egocentrismo elevado, conduta infantilizada, possibilidade de descontrole emocional, personalidade narcisista e manipuladora, agressividade camuflada e onipotência.

Ademais, o normal em uma sociedade ao saber da morte de seus pais, é um desespero, ainda que momentâneo. Até hoje, este crime levanta várias vertentes, mas a principal, seria o intuito de ficar com a herança dos pais, na época avaliada em 11 milhões.

O comportamento ardiloso, frio e calculista de Suzane, fica claro que uma

pessoa com estes traços, não tem capacidade de conviver em um presídio cumprindo pena como réu comum, devendo caber assim ao Estado tomar medidas cabíveis, para que psicopatas neste nível cumpram sua pena em uma penitenciária, mas em uma ala especial, com acompanhamentos diário, bem como consultas com psicólogos, psiquiatras, ou seja, uma equipe qualificada.

4.1 A Problemática

Para iniciar este tópico vale acrescentar o que traz Nucci (2014, s.p), que conceitua: Pena é “a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes.”

As penas privativas de liberdade se dividem em três, sendo a reclusão, a detenção e a prisão simples. A reclusão e a detenção decorrem da prática de crimes. Já a prisão simples é aplicada às contravenções penais, não podendo ser executada em regime fechado. Importa mencionar também que não se pode inserir os criminosos condenados nos mesmos locais em que estão os contraventores.

Conforme aponta Nucci (2014, p.341), o objetivo das penas é “reeducar o delinquente, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário, bem como reafirmar os valores protegidos pelo Direito Penal e intimidar a sociedade para que o crime seja evitado.”

Porém, se tratando de psicopatas, há controvérsias, como já dito, o intuito desta pesquisa é demonstrar a dificuldade dos psicopatas em aprender com a punição, sendo praticamente impossível que haja melhora destes indivíduos.

Colocar psicopatas em presídios comuns é comprometer a reabilitação dos demais presos, manipulando, promovendo o caos e até mesmo cometendo outros homicídios. Pode-se citar um caso de grande repercussão da mídia Pedro Rodrigues Filho vulgo Pedrinho Matador, este se encaixa em um perfil de psicopata nato, nascendo com lesão cerebral por conta de chutes que seu pai dava em sua mãe grávida, e matando pela primeira vez aos 14 anos, desde então não parando e ao ser preso aos 18 anos, efetuando diversos assassinatos na prisão, ao falar sobre isso em entrevista à Rede Record não sente tristeza alguma e nem esboça traços de arrependimento, apenas se arrepende por conta da pena que cumpriu (SEQUEIRA, 2005).

Mas os hospitais de custódia, apenas são enviados para estes locais, indivíduos em que se acredita em doenças tratáveis, mais uma vez os psicopatas não se encaixam neste nicho.

O fato é que tudo isto demonstra como o sistema carcerário faz com que um bandido tenha sua condição agravada e agrave conseqüentemente a condição de outros presidiários, além de que este sistema não faz diferença tendo em vista indiferença e a falta de sentimentos nestes presidiários psicopatas.

A escala Hare ou *Psychopathy Checklist Revised* (PCL-R), criado pelo psiquiatra canadense Robert Hare, demonstra a probabilidade de reincidência destes indivíduos, também consegue demonstrar que pode haver pessoas com o TPAS (Transtorno de personalidade antissocial) e não seja um psicopata (TRINDADE, 2009).

Além de uma reincidência, também existem elementos que demonstram a conexão entre um crime e outro, sobre isso existem três elementos que formam a conexão

de um crime: *modus operandi*, ritual e assinatura, com estes é possível determinar que tais crimes pertençam a mesma pessoa, assassinos em série seguem um mesmo ritual, deixando sempre ao final uma marca, quase com unânime, estas marcas são a forma quem o *Serial Killer* marca seu crime e suas vítimas.

Como já dito anteriormente, estes assassinos são tratados como semi-impuníveis, e exposto motivos de por que um cárcere privado não surtiria efeitos, podemos falar de uma medida de segurança em um hospital psiquiátrico, é impossível trazer tratamento á alguém que ama ser como é, que sente prazer e vive para isso, não irá sentir remorso e nem se arrepender.

Diante disto, seria necessário o isolamento de portadores deste transtorno, uma das alternativas seria uma prisão separada dos demais detentos.

O detentor de uma personalidade psicopática possui um índice alto de periculosidade, ressaltando o perigo em cumprir sua pena junto com demais detentos, devido ao poder de coagir para conseguir os objetivos que almeja, desta forma conseguindo ter um domínio dos demais.

Nos dias atuais, uma das principais estratégias estudadas seria um tratamento especial dentro de alas separadas, ou até mesmo um presídio, com acompanhamento diário com profissionais qualificados, através destas medidas, o objetivo seria proteger a sociedade de crimes bárbaros, pois é certo a reincidência após cumprir a pena.

Isto posto, fica claro que não há um tratamento específico, mas sim necessário um tratamento diferenciado, com atenção especial e acompanhamento psicológico para que se possa aproveitar ao máximo a pena imposta.

4.2 Sistema Carcerário Brasileiro

A superlotação dos presídios é fato, noticiado todos os dias celas onde o correto seria seis detentos, com o dobro ou mais.

Em relação aos psicopatas no sistema carcerário, é um tema pouco falado entre juristas e doutrinadores. O sistema prisional brasileiro se mostra ineficaz em relação aos indivíduos com transtornos psicopáticos, não sendo disposto nenhum tratamento especial para criminosos psicopatas (BATISTA, 2016).

A principal mudança necessária seria uma melhora no diagnóstico dos psicopatas, visto que não há um exame padrão, consequentemente não existindo um acompanhamento específico a este grupo.

O atual sistema tem o objetivo de ressocializar o preso, o que raramente acontece, um sistema mal elaborado, com muitas falhas, não visando uma melhora a longo prazo.

Muito embora não seja a pena privativa de liberdade a mais adequada, torna-se útil na preservação da ordem pública. Manter psicopatas presos evita novas atrocidades.

Entende-se então, que cabe ao Estado investir com cautela em cuidados para os psicopatas, com infraestrutura qualificada para que os profissionais possam realizar o seu trabalho, não esquecendo que o Brasil não se aplica prisão perpétua, devendo o tratamento especial ser realizado apenas no período da execução penal imposta.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo o estudo a ausência de uma política criminal efetiva quanto a figura do psicopata, tema este, de grande importância tendo em vista os problemas causados a sociedade em razão da falta desta política especial.

No primeiro tópico pode-se concluir que a psicopatia não tem cura, entende-se então por uma patologia com falta de emoções, um desvio de caráter, também, em sua parte histórica, a psicopatia ao longo dos anos foi por vezes vista como loucura e até mesmo algo sobrenatural, para só séculos depois começar a ser entendido como doença da personalidade.

Na segunda parte, o assunto inicial abordado é do lugar do psicopata na nossa Legislação Penal, ainda no mesmo capítulo, tratou-se da imputabilidade penal, e níveis e modalidades, concluindo que não existe apenas o psicopata serial killer, como apenas visto pela sociedade.

No terceiro e último tópico se trouxe um exemplo de grande repercussão midiática, caso de Suzane Von Richtofen, trazendo assim o demonstrativo de um psicopata. Também, a problemática do trabalho, a necessidade de uma política criminal adequada a indivíduos com a psicopatia, necessidade de um tratamento específico, tanto no diagnóstico quanto na execução da pena, evitando assim, prejuízos futuros a sociedade com a junção de presos comuns e presos com transtorno de personalidade.

Como resultado da análise, restou-se evidenciado que a prisão especial para indivíduos diagnosticados com o transtorno de personalidade é a melhor saída para um tratamento com eficácia, evitando prejudicar demais presos e por conseguinte a sociedade. Cabendo assim ao estado, instalar políticas especiais.

REFERÊNCIAS

ABREU, M. O. Da imputabilidade do psicopata. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013. p. 184. In PIMENTEL, V. M. O. **Psicopatia e direito penal**: o lugar do autor psicopata dentro do sistema jurídico-penal. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br>> Acesso em: 12/jun/2020.

ASSOCIAÇÃO PSIQUIÁTRICA AMERICANA (APA). Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais. 4. ed. **Revista (DSM-IV-TR)**. Porto Alegre: Artmed, [2000] 2002.

BATISTA, T. **Psicopatia no sistema prisional brasileiro**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br>> Acesso em: 03/mai/2020.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 07/set/2020.

_____. **Decreto Lei nº2848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 07/set/2020.

BUSNELLO, C. Psicopatia: o poder da manipulação. **Revista Jus Navegandi**. Publ.

2015. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 20/mai/2017.

CABRAL, D. C. **Psicopatas**: a escala psiquiátrica que mede 22 níveis de maldade. Disponível em: <https://super.abril.com.br>. Acesso em: 10/nov/2020.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, A. L. C. **A reforma psiquiátrica como no contexto do Movimento de Luta Antimanicomial em João Pessoa-PB**. 263 f. Tese (Doutorado em Ciências na área de Saúde Pública). Rio de Janeiro-RJ: Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, 2013.

LEVORIN, M. P. **Princípio da legalidade na medida de segurança**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

NUCCI, G. S. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10**: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticos. Tradução de Dorgival Caetano. Porto Alegre: Editora Artimed, 1993.

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 9. ed. Lages: Papervest, 2020.

SEQUEIRA, V. C. **Vidas Abandonadas**: crime, violência e prisão. 2005 189 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Sociais, Puc, São Paulo, 2005.

SERPONE, F. **Caso Suzane Von Richthofen**. Último Segundo, 2011. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br>> Acesso em: 19/mai/2017.

SILVA, J. A. S. **Imputabilidade Penal**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>> Acesso em: 10/ago/2020.

SILVA, A. B. B. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

_____. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Fontanar, objetiva, 2008.

_____. **Mentes perigosas**: o psicopata mora ao lado. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

TRINDADE, J.; BEHEREGARAY, A.; CUNEO, M. R. **Psicopatia**: a Máscara da Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

A INTRODUÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Sabrina de Campos Goulart¹
Caroline Ribeiro Bianchini²
Tatiana Zanghelini Ribeiro³
Luis Claudio Araujo Schneider⁴
Cezar Augusto Galvão Brandt⁵

RESUMO

Desde a antiguidade, a Justiça Restaurativa vem sendo aplicada indiretamente. Após criar forma nos anos 90, a Justiça Restaurativa vem trazer um novo olhar sobre o Sistema Penal, nos mostrando que a Justiça Retributiva utilizada por anos pode não ser a melhor opção, e assim, abrir caminho a um novo olhar, que não busca apenas a punição do ofensor, mas sim, a restauração das partes, vítima-ofensor, sanar os danos obtidos pela vítima, como também, ressocializar o ofensor. Trabalhar isso na violência doméstica é um grande recomeço para vítimas que não recebiam a assistência necessária do Estado, o amparo era mínimo e a vítima não possuía voz, do outro lado, a superlotação carcerária ocorria cada vez mais ao longo dos anos, sem tentativas de mostrar ao agente ofensor que a punição não é o caminho a percorrer a longo prazo. Modelos restaurativos são apresentados para serem trabalhados da melhor maneira que o facilitador encontrar, esse é um sistema totalmente novo, o que gera muitas dúvidas ainda sobre sua eficácia, porém, das práticas restauradoras já em vigor, resultados muito positivos foram recebidos, o que dá ainda mais força para o crescimento da Justiça Restaurativa no nosso país e no mundo.

Palavras-chave: Justiça. Restauração. Vítima. Ofensor. Violência. Doméstica.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest.

² Especialista em Direito Processual Civil UCS, Mestre em Direito Constitucional Unisul, coordenadora do Curso de Direito da Unifacvest e da casa da cidadania.

³ Professora do Centro Universitário Unifacvest. Formada em Direito pela Uniplac, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UFSC, Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Facvest, Advogada e Professora Universitária.

⁴ Profº especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Processo Civil. Mestre em Ambiente e Saúde. Advogado.

⁵ Graduado em direito pela PUC\PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC\RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

THE INTRODUCTION OF RESTORATION JUSTICE IN CASES OF DOMESTIC VIOLENCE

Sabrina de Campos Goulart¹
Caroline Ribeiro Bianchini²
Tatiana Zanghelini Ribeiro³
Luis Claudio Araujo Schneider⁴
Cezar Augusto Galvão Brandt⁵

ABSTRACT

Since antiquity, the Restorative Justice has been applied indirectly. After taking shape in the 90's, the Restorative Justice comes to bring a new look at the Penal System, showing us that the Retributive Justice applied for years might not be the best option, and thus, pave the way for a new sight, which not only seek the offender's punishment, but rather, the restoration of the parts, correcting the damage suffered by the victim, as well resocializing the offender. Working on this in the domestic violence is a great start for victims who did not receive the necessary assistance from the State, the protection was minimal and the victim had no voice, on the other hand, the prison overcrowding occurred more and more over the years, without attempts to show the offending agent that punishment is not the way to go in the long run. Restorative models are presented to be worked out in the best way that the facilitator finds, this is a totally new system, which raises many doubts about its effectiveness, however, from the restorative practices already in force, many positive results were received, which gives even more strength to the growth of Restorative Justice in our country and in the world.

Key Words: Justice. Restoration. Victim. Offender. Violence. Domestic.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest.

² Especialista em Direito Processual Civil UCS, Mestre em Direito Constitucional Unisul, coordenadora do Curso de Direito da Unifacvest e da casa da cidadania.

³ Professora do Centro Universitário Unifacvest. Formada em Direito pela Uniplac, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UFSC, Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Facvest, Advogada e Professora Universitária.

⁴ Profº especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Processo Civil. Mestre em Ambiente e Saúde. Advogado.

⁵ Graduado em direito pela PUC\PR entre 1994-2000; Mestrado pela PUC\RS em Ciências Criminais, área de concentração violência, entre 2016-2018.

1 INTRODUÇÃO

O tema do referido trabalho é “A Introdução da Justiça Restaurativa em casos de Violência Doméstica”, tema que traz uma visão diferente do trabalhado no nosso Sistema Penal. A importância deste trabalho vem trazer um novo olhar ao Sistema Penal precário que temos, com apenas medidas punitivas impostas que não dão assistência à vítima e ao ofensor.

Com isso vem a pergunta: Será que existem formas diversas de resolver conflitos e trazer resultados satisfatórios à vítima e ao ofensor, sem que seja apenas de caráter punitivo?

Na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral incluir a Justiça Restaurativa em Casos de Violência Doméstica.

Como objetivos específicos trazer a origem da Justiça Restaurativa, a sua inclusão em um Sistema que utiliza apenas da Justiça Retributiva como forma de resolver conflitos e a introdução da mesma em casos de Violência Doméstica.

A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvida uma primeira parte voltada para a parte histórica da Justiça Restaurativa, parte essa de extrema importância, uma vez que a Justiça Restaurativa teve início desde a era pré-cristã. Em sequência, será abordada Lei Maria da Penha, que de fato trata da Violência Doméstica e seus meios de evitá-la. E por fim, em um terceiro momento, temos a junção da Justiça Restaurativa e a Violência Doméstica e como as duas unidas podem trazer uma nova perspectiva para as vítimas, ofensores e comunidade.

2 ORIGEM DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Visando uma diferente resposta a Justiça Criminal atual, a Justiça Restaurativa vem trazer um novo sistema que não trata apenas de punir o ofensor, como também, vem solucionar tais conflitos por meio da comunicação, empatia e sensibilidade dando ouvidos ao ofensor e a vítima. Assim, “a intervenção restaurativa amplia os horizontes da vítima e de seu ofensor, oportunizando espaço para confissão, arrependimento sincero, perdão e reconciliação” (FERREIRA, 2006, s.p).

Pautada na restauração dos envolvidos, vítima, ofensor e comunidade, a Justiça Restaurativa tem por finalidade a busca da compreensão humana, Zehr (2008, pg. 9) afirma que: “o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança”.

Assim, a Justiça Restaurativa vem há anos buscando lugar no Sistema Penal com a finalidade de revolucioná-lo, deixando a antiga justiça criminal precária que tínhamos em busca de uma justiça que visa à restauração de todos os envolvidos.

2.1 Vitimologia, Abolicionismo Penal e Minimalismo Penal como origem da Justiça Restaurativa

A origem da Justiça Restaurativa não é exata, segundo Isa Bittencourt, reproduzida na Enciclopédia Jurídica da PUCSP, a contribuição da Vitimologia, do Abolicionismo e do Minimalismo foram cruciais para o crescimento da Justiça Restaurativa (BITTENCOURT, 2017).

Em 1947, segundo matéria publicado no site *Âmbito Jurídico* (2007), um advogado de Jerusalém, chamado Benjamim Mendelsohn, introduziu o termo Vitimologia em uma de suas palestras *The origins of the Doctrine of Victimology*, referente à Criminologia, o qual fez com que o termo logo se espalhasse ao redor do mundo. A Vitimologia trata, obviamente, da vítima como principal peça na relação entre crime, ofensor e vítima, apreciando aspectos psicológicos e sociológicos para compreender melhor os danos que a triade causa.

O professor Marcio Rodrigo Delfim (2013) ensina que procura estudar a complexa órbita da manifestação do comportamento da vítima face ao crime, numa visão interdisciplinar em seu universo biopsicossocial, procurando encontrar alternativas de proteção, material ou psicológica, às vítimas.

Já o Abolicionismo Penal por sua vez, veio à tona no pós Segunda Guerra Mundial, na primeira metade do século XX, mediante estudos realizados pelo jurista italiano Filippo Gramatica, que buscava reformar o sistema penal e penitenciário, extinguindo a intensidade e extremismo das penas, tudo publicado na obra *Defesa Social* (ARRAES, 2013).

O Abolicionismo Penal vem questionar a necessidade, ou não, da punição na Justiça Criminal, partindo da premissa de que se realmente todas as condutas tidas como criminalizadas, merecem uma punição. Porém, em sua teoria mais radical, prega-se a ideia do fim da Justiça Criminal.

A autora Michelle Machado refere que:

O Abolicionismo penal tem como posição nuclear a extinção de todo sistema penal e tudo que é associado a ele. Defende-se, com isso, que o sistema penal não é uma solução, mas um problema devido a suas precariedades e sua ineficiência, uma vez que esse só funcionaria de modo segregacionista, atingindo muito mais as classes menos favorecidas do que todo o conjunto de atores que cometem delitos nocivos à vida social, deixando muitas vezes imunes aqueles que mereciam ser punidos (MACHADO, 2008, s.p).

Tendo por base o Abolicionismo Penal, o Minimalismo Penal desenvolveu-se na década de 80, século XX, introduzido no Brasil em 1984 a partir da reforma penal e penitenciária, moldado pela introdução de penas alternativas (Leis 7.209 e 7.210/84), a edição da atual lei das penas alternativas (Lei 9.714/98) e a implantação dos juizados especiais criminais estaduais (Lei 9.099/95) para tratar dos crimes de menor potencial ofensivo (OLIVEIRA, 2012).

Ele vem criticar o sistema penal com a ideia de punição apenas para condutas gravosas, assim, em situações em que o conflito possa se resolver por outros meios, a Justiça Penal seria afastada, porém, não extinguindo o sistema penal.

A doutora Aline Bianchini explica que:

Há consenso de que apenas bens de elevada valia devam ser tutelados pelo Direito penal. Isto porque a utilização de recurso tão danoso à liberdade individual somente se justifica em face do grau de importância que o bem tutelado assume. Aqui surge a preocupação com a dignidade do bem jurídico, dado que o Direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens. Além da verificação a respeito do grau de importância do bem — sua dignidade —, deve ser analisado se a ofensa irrogada causou um abalo social e se foi de tal proporção que justifique a intervenção penal. Assim, somente podem ser erigidas à categoria de crime, condutas que, efetivamente, obstruam o satisfatório conviver em sociedade. Portanto, incomodações de pequena monta, ou que causem diminutos dissabores, são consideradas como desprovidas de relevância penal, ficando, em razão disto, a sua resolução relegada a outros mecanismos formais ou informais de controle social (BIANCHINI, 2013, s.p).

Os ideais acima trouxeram pontos de vista alternativos ao sistema penal precário que tínhamos, as penas privativas de liberdade sempre foram as mais “adequadas”, flexibilizando apenas a sua duração, porém, as consequências são drásticas, temos apenas uma superlotação carcerária e também, a não ressocialização do criminoso.

Portanto, esses movimentos de crítica ao sistema penal, deram ensejo a uma revolução que visa à proteção dos Direitos Humanos, sendo uma de suas vias a Justiça Restaurativa.

3 A CHEGADA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AO BRASIL

Segundo a autora Patrícia Napoleão de Oliveira (2019, s/p), que o termo Justiça Restaurativa, foi utilizado pela primeira vez pelo psicólogo e também pesquisador americano Albert Eglah, na década de 1950, em 1977, escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado na obra desenvolvida por Joe Hudson e Burt Gallaway. Porém, na era pré-cristã, as práticas restaurativas já eram utilizadas, por meio dos Códigos de Hamurabi (1.700 a.C), Ur-Nammu e Lipit-Ishtar (1875 a.C). O Código Sumeriano (2.500 a. C) e o de Eshunna (1.700 a.C) também já mencionavam as práticas restaurativas.

Posteriormente, com a ascensão da Igreja Católica, a partir dos séculos XI e XII, as medidas restaurativas foram deixadas de lado e deu-se lugar a Justiça Retributiva.

Explica o professor Evinis Talon:

Como decorrência de um ilícito penal, surge para o Estado o poder/dever de punir aquele que cometeu o crime. Durante muito tempo, houve uma ênfase no caráter retributivo do sistema penal. A pena privativa de liberdade reinou como consequência comum do reconhecimento da prática de um crime. Entretanto, a justiça unicamente retributiva não contribui para a ressocialização do réu, tampouco restaura a situação jurídica da vítima ao estágio em que se encontrava antes de sofrer com a prática do crime (TALON, 2017, s.p).

Com isso, o único objetivo da Justiça Retributiva é a de punir o agente causador do dano, sem reparar esses danos, como também, sem dar a devida assistência à vítima.

Ainda, de acordo com Patrícia (2019), ao longo dos anos, este modelo punitivo mostrou-se não tão eficiente, dando abertura para várias falhas, como por exemplo, a não ressocialização do indivíduo e à insatisfação da vítima, o que fez com que no final do século XIX, fosse novamente introduzido aos poucos o modelo restaurativo.

De acordo com uma pesquisa desenvolvida por alunos do curso de Direito, 3º semestre do Centro Universitário Jorge Amado, publicado no site Justiça Restaurativa, em 1989, na Nova Zelândia, o modelo restaurativo foi introduzido em questões que tratavam de infrações de adolescentes, o que revolucionou o sistema de justiça da infância e juventude.

Nos anos 90, a Justiça Restaurativa foi vastamente difundida, dando lugar a novas pesquisas, ganhando reconhecimento ao redor do mundo entre as escolas e delegacias de polícia, tanto para crimes graves como para crimes leves. Depois da grande expansão e sucesso das práticas restaurativas, deu-se a inclusão de uma resolução do Conselho Econômico e Social da ONU (24 de julho de 2002), que visava implantar a Justiça Restaurativa em todas as práticas judiciais de matéria criminal (CASTRO, RIBEIRO, ANGELIM, MELO, [201?]).

Com o grande sucesso acerca das medidas restaurativas no mundo, foi a vez do Brasil se render aos seus ideais. 3 (três) projetos pilotos foram criados no Brasil a fim de promover a introdução das medidas restaurativas desde 2005, Asiel Henrique de Souza vem explicá-los:

O projeto tem o apoio institucional do Ministério da Justiça, pela Secretaria da Reforma do Judiciário - SRJ, e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, através do projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileira”. Através desse projeto, são apoiados 3 (três) projetos pilotos, que têm uma mesma filosofia de abordagem da violência, porém com metodologia, público alvo e procedimento diversos. São eles: a) Juizados Especiais Criminais do Núcleo Bandeirante: - metodologia: mediação vítima ofensor; - aplicação: crimes de menor potencial ofensivo, envolvendo adultos; b) 3ª Vara da Infância de Porto Alegre, RS: - metodologia: comunicação não violenta; - aplicação: adolescentes autores de ato infracional e submetidos a medida sócio-educativa; c) Vara da Infância de São Caetano do Sul, SP: - metodologia: comunicação não violenta; - aplicação: crianças e adolescentes em conflito, sejam ou não os conflitos registrados em ocorrência (SOUZA, 2006, s.p).

Segundo dados obtidos no site da Agência Senado, sob a supervisão da autora Ana Luisa Araújo, instituiu-se formalmente no Brasil pela Resolução 225, de 2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Poder Judiciário (ARAÚJO, 2019), alterada posteriormente em 2019 pela Resolução 300 com acréscimo de algumas providências (TOFFOLI, 2019).

A partir desses eventos, a Justiça Restaurativa veio ganhando espaço pelo Brasil, sendo ela em diversas áreas, como trataremos a seguir.

Após analisarmos o longo trajeto que o modelo restaurativo teve de percorrer

para ser consolidado no Brasil, vemos que ele já dava seus indícios a partir da introdução da Lei 9.099/1995 – Juizados Especiais Cíveis e Criminais que trazem a possibilidade de conciliação de infrações penais de menor potencial ofensivo.

O art. 98, I da CF/88, expressamente, dita que:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - **juizados especiais**, providos por juizes togados, ou togados e leigos, **competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo**, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau; (grifo nosso)

Que se complementa e expande-se com o disposto no art. 2º e 62º da Lei 9.099/1995:

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Ou seja, essa estrutura já demonstra a possibilidade de desenvolvimento da Justiça Restaurativa. Como também, se destaca na Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA, que apresenta medidas socioeducativas em casos de práticas de infrações penais em seu 112º art.

A partir disso, vemos que a Justiça Restaurativa vem sendo aplicada direta ou indiretamente no nosso ordenamento jurídico, o que nos leva a ideia de expansão desse modelo restaurador. Assim, chegamos ao principal objetivo deste artigo científico, a Introdução da Justiça Restaurativa em casos de Violência Doméstica.

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Como sabemos, a violência doméstica foi e ainda é praticada há muito tempo, o medo, a insegurança, a falta de recursos financeiros, vergonha ou a esperança de que um dia as agressões parem, faz com que milhares de mulheres permaneçam nessa situação de impotência e dependência de agressores por anos.

Segundo dados publicados pela OPAS/OMS Brasil (2017/2019) aproximadamente uma em cada três mulheres (35%) em todo o mundo sofreram violência física e/ou sexual por parte do parceiro ou de terceiros durante a vida. Globalmente, 38% dos assassinatos de mulheres são cometidos por um parceiro masculino. Essa porcentagem ainda é pouca, uma vez que muitas mulheres se omitem a denunciar a violência sofrida.

Com isso, objetivando a proteção da mulher criou-se a Lei 11.340/2006, a qual coíbe a violência contra a mulher, estimulando a punição do agressor e a proteção da vítima.

4.1 Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha

Passando a vigorar em 22 de setembro de 2006, a Lei Maria da Penha foi um grande marco na legislação brasileira e com ela trouxe esperança para as mulheres.

Segundo o art. 5º e 6º da Lei 11.340/2006:

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

Art. 6º **A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.** (grifo nosso)

Ou seja, tais artigos elencaram diversas situações em que a mulher pode se sentir indefesa, lembrando que a violência doméstica pode ser cometida por qualquer pessoa, inclusive mulher, que tenha uma relação familiar ou afetiva com a vítima, ou tenha algum outro tipo de relacionamento.

Por mais que tal lei possua algumas resistências, o ministro Marco Aurélio, relator das ações que envolvem a análise de dispositivos da Lei Maria da Penha (ADC 19 e ADI 4424) no Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que a mulher é vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. “Não há dúvida sobre o histórico de discriminação por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem – se é que acontecem – contra homens em situação similar”, ainda refere que a Lei Maria da Penha “retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou um movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo a reparação, a proteção e a justiça” (NOTÍCIAS STF, 2012, s.p). Assim, programas que trazem voz a vítima, trazem uma nova perspectiva a elas, mostrando que não sairão impunes e que há a possibilidade de uma reparação necessária para vencer e superar seus traumas.

Toda vez que o Poder Judiciário se negar a aplicar os rigores da Lei Maria da Penha – que, insista-se, são rigores para proteger a dignidade da mulher – estará incorrendo em inconstitucionalidade, tendo em vista que estará protegendo de forma insuficiente (deficiente) os direitos fundamentais da mulher. (STECK, 2011?, 100).

Portanto, fica evidente a necessidade da aplicabilidade da lei em favor da mulher e ferramentas para o enfrentamento da violência doméstica, sendo este em âmbito doméstico e familiar.

A partir daí, ficou a cargo dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher tratar desses assuntos, saindo de cena os Juizados Especiais Criminais. Além de apresentar medidas penalizadoras, a Lei Maria da Penha também preceitua medidas de prevenção, proteção e tratamento social da vítima. Confirma a autora Wânia Pasinato:

A aplicação integral da Lei Maria da Penha demanda intervenções inter-setoriais, com atenção na área de saúde, assistência social, psicológica,

jurídica, médica e judicial, além de acesso a direitos relacionados a trabalho, educação, habitação, entre outros. Para tanto, a própria legislação alerta para o comprometimento dos diversos setores públicos para a oferta desses serviços. Sinaliza também para sua articulação em rede, para que o atendimento à mulher se dê de forma integral (PASINATO, 2011?, 133).

Assim, tal lei vem permitir que a vítima possa receber toda assistência necessária, sendo através de Centros Especializados de Atendimento à Mulher, Casas-Abrigo, Casas de Acolhimento Provisório, Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs), Núcleos ou Postos de Atendimento à Mulher nas Delegacias Comuns, Defensorias Públicas e Defensorias da Mulher (Especializadas), Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Promotorias e Promotorias Especializadas, Casa da Mulher Brasileira e Serviços de Saúde Geral e Serviços de Saúde voltados para o atendimento dos casos de violência sexual e doméstica (SENADO, [201?]).

É nesse momento que a Justiça Restaurativa entra em ação, os princípios norteadores da Justiça Restaurativa possibilitam a assistência do Estado com a vítima, comunidade e agressor, ressaltam alguns doutrinadores que:

O modelo restaurativo, se bem aplicado, pode constituir um importante instrumento para a construção de uma justiça participativa que opere real transformação, abrindo caminho para uma nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social, com dignidade (SLAKMON; VITTO; PINTO, 2005, 16).

Abrindo espaço para a tentativa de resolução de conflitos, restauração pessoal dos envolvidos, introduzimos sutilmente a Justiça Restaurativa nos casos de Violência Doméstica.

4.2 Aplicabilidade da Justiça Restaurativa em casos de Violência Doméstica

A Violência Doméstica como referida anteriormente, está presente desde a antiguidade, por muito tempo tida como algo normal uma vez que se necessário o marido poderia cometer homicídio contra a esposa. Segundo o Professor Fabiano Caetano do curso Cehco, no tempo em que ainda existia o Brasil colônia, em matéria de Direito Penal, era regido pelas Ordenações Filipinas, um código legal que se aplicava a Portugal e seus territórios ultramarinos. As Ordenações Filipinas asseguravam ao marido o direito de matar a mulher caso a apanhasse em adultério ou meramente suspeitar de traição, bastando apenas um boato (CAETANO, 2015). Hoje essa prática é inaceitável, e é possível cobrar da Justiça medidas que coíbam e tragam consequências aos praticantes destes ilícitos.

Uma vez que os atos de violência doméstica e familiar ocorre entre mulher e agressor (companheiro, pai, tio, primo, entre outros com ou sem vínculo familiar), é necessário entender que para chegar ao ponto de ocorrer a violência, uma série de fatores tem de ocorrer. Para Cordeiro Dias, o comportamento violento é fruto de vários fatores como: ausência de comunicação entre autor e vítima, inaptidão de negociação entre as

pessoas, a maneira como são assimiladas as normas, como a interiorização da diferença entre o bem e o mal, o certo e o errado, o permitido e o proibido (DIAS, 1986, 738-739). Portanto, para resolver esse tipo de conflito, precisamos compreender os integrantes dessa relação, a vítima, o agressor e o motivo que causou a violência, para isso usamos da mediação penal, uma das ferramentas da Justiça Restaurativa.

A mediação penal consiste no processo informal e flexível no qual se insere a figura de um terceiro imparcial – mediador –, que age com a finalidade de recompor um conflito originado de um ato delituoso. O mediador desenvolve seu trabalho a partir de uma posição neutra, tentando obter o melhor das partes, promovendo a aproximação destas sem impor soluções, mas conduzindo o processo na tentativa de ajudar as pessoas envolvidas a restabelecer o diálogo e encontrar uma solução satisfatória para todos (FARIA, 2012, s/p).

Ressaltamos que esse modelo restaurativo pode ser inserido em qualquer fase do processo criminal, seja ela na fase de investigação, depois de reconhecida a ação penal, ou ainda, após a sentença condenatória (PINTO, 2004), o importante é que esse encontro ocorra.

A Violência Doméstica deixa em suas vítimas muitas consequências, a mulher preza por sua vida, mas, além disso, necessita de uma reparação de danos, não apenas uma punição ao agente agressor. Com isso, a Justiça restaurativa vem ajudar as partes a entenderem o que causou o desentendimento, o motivo gerador da agressão e por fim, encontrar um meio de solução desse conflito.

São cinco os princípios básicos que norteiam a prática da Justiça Restaurativa: voluntariedade, informalidade, oportunidade, neutralidade e sigilo.

O primeiro e mais importante princípio é o Princípio da Voluntariedade. A participação da vítima e ofensor nas sessões restaurativas decorre de suas vontades. Ninguém pode iniciar os trabalhos se uma das partes não quiser participar. O Princípio da Informalidade é o que caracteriza a Justiça Restaurativa. Não há rituais solenes para o início dos trabalhos, tampouco depoimentos reduzidos a termo ou burocracias demasiadas. Outro aspecto desse princípio é que os centros onde são realizadas as sessões devem estar em local diferente do Fórum, para que não tenha o ambiente formal do Poder Judiciário. Exceção se faz à informalidade no tocante à elaboração do termo constante o acordo. A prática restaurativa não tem momento certo para acontecer, independe de ela ser realizada antes ou depois do oferecimento ou recebimento da denúncia ou queixacrime, antes ou depois da prolação da sentença; ou no curso da execução penal. É o que diz o Princípio da Oportunidade. Quanto ao Princípio da Neutralidade, as partes devem estar em um local e se submeter a um procedimento neutro, sem que favoreça nenhuma das partes. Por fim, passa-se ao Princípio do Sigilo. Tal princípio de passar às partes segurança de que o que for pronunciado na sessão, não poderá ser usado em outro lugar a favor ou contra elas (PERES, 2015, 6-7).

Assim, uma vez que as partes estão de comum acordo, pode-se dar início ao processo restaurativo.

4.3 Métodos de Justiça Restaurativa

Existem três modelos na utilização de práticas restaurativas, que são: os Círculos, a Conferência de Grupo Familiar e a Mediação vítima-ofensor-comunidade. Práticas essas que, segundo Howard Zehr (2012, 56), “abrem oportunidade para que os participantes explorem fatos, sentimentos e resoluções. Eles são estimulados a contar suas histórias, fazer perguntas, expressar seus sentimentos e trabalhar a fim de chegar a uma decisão consensual”.

Segundo o Manual de Gestão para Alternativas Penais/Ministério da Justiça/PNUD, os Círculos possuem três etapas: pré-círculo, círculo e pós-círculo.

O pré-círculo é o início de tudo, o contato entre o facilitador e os envolvidos, ele explica como será o decorrer deste processo restaurativo e ainda apresenta para as partes como a Justiça Restaurativa será aplicada. O círculo trata da segunda parte do processo, este é o momento em que vítima e ofensor entram em contato e a cada uma das partes expõe o que está sentindo, analisam o conflito gerado, o que o motivou e as consequências deste ato, e por fim, buscam alternativas de resolução deste conflito estabelecendo um acordo. O pós-círculo e última etapa, trata de verificar se o acordo está sendo mantido e produzindo efeitos, se a vítima e ofensor tem obtido resultado satisfatório emocionalmente e psicologicamente.

Zehr afirma que:

Os círculos ampliam intencionalmente o rol de seus participantes. Vítimas, ofensores, familiares, e às vezes profissionais do judiciário são incluídos, mas os membros da comunidade são partes essenciais. Eles podem ser convidados em função de sua ligação ou interesse em uma infração específica, ou por iniciativa da vítima ou do ofensor. Muitas vezes os membros são partes de um círculo permanente de voluntários da comunidade. Em virtude do envolvimento da comunidade, os diálogos dentro do círculo são em geral mais abrangentes do que em outros modelos de Justiça Restaurativa. Os participantes podem abordar circunstâncias comunitárias que talvez estejam propiciando violações, podem falar do apoio a necessidades de vítimas e ofensores, das responsabilidades que a comunidade possa ter, das normas comunitárias, ou outros assuntos relevantes para a comunidade. (ZEHR, 2012, 62-63).

Assim, os círculos podem ser construídos de diversas maneiras, tudo depende dos envolvidos.

Já a Conferência de Grupo familiar estabelece que “o objetivo é apoiar o ofensor para que ele mude de comportamento e o pode ser feito sem a presença da vítima em alguns casos. Participam membros da comunidade e familiares da vítima e do ofensor” (SENADO, 2019, s.p). Ou seja, este processo vem propor uma reflexão com todos os envolvidos referente a situação atual, por em pauta as vertentes do conflito gerado e estabelecer uma relação familiar sustentável, buscando o bem estar de todos e suprimindo todas as necessidades dos envolvidos.

E por último temos a Mediação Vítima-Ofensor-Comunidade em que a vítima, o ofensor e a comunidade envolvida trabalham juntos ativamente em busca da resolução dos conflitos por meio de um mediador.

Mediação vítima-ofensor-comunidade: Encontro de vítima e ofensor coordenado por um facilitador na tentativa de estabelecer um acordo. Caso a vítima recuse o encontro, a mediação pelo facilitador pode ser feita de forma indireta. Membros da comunidade e família dos envolvidos podem participar (SENADO, 2019, s.p).

Dos modelos abordados, o processo mais utilizado com relação à Violência Doméstica é o modelo de Círculo, o qual possibilita o ofensor e vítima terem um contato mais pessoal, fazendo com que trabalhem juntos na resolução do conflito.

5 BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Não se prendendo apenas a parte teórica deste assunto, vemos que a Justiça Restaurativa vem sim sendo implantada no nosso sistema penal, temos na prática exemplos disso.

Segundo o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, alguns tribunais vêm utilizando as práticas restaurativas nos casos de violência doméstica. Conforme dados do mesmo, em Ponta Grossa, Paraná, a juíza Jurema Carolina Gomes, da Comissão de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) vem obtendo resultados satisfatórios desde 2015. Oficinas e Círculos são os meios de entrada da Justiça Restaurativa. Ela afirma que além de evitar dezenas de processos cíveis, as mulheres saem de lá mais confiantes e os homens, mais conscientes, isso com base nos 170 casos que a juíza teve contato desde 2015.

No Rio Grande do Sul, algumas comarcas aderiram ao modelo restaurativo, o qual pretendiam implantar até o final de 2017 cerca de 35 unidades de atendimento a práticas de violência doméstica, como também, casos de infância e juventude e execuções criminais, tendo como modelo o trabalho desenvolvido no Paraná (AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS, 2017).

Em Santa Catarina, Lages e Florianópolis implantaram a Justiça Restaurativa, em especial, em casos de Violência Doméstica. Foi elaborado um projeto-modelo de Justiça Restaurativa pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), aonde a intenção do programa era trabalhar com 20 condenados da Penitenciária de Florianópolis, com o início previsto a partir do primeiro semestre de 2019, o projeto foi apresentado no dia 23 de novembro de 2019, no Complexo da Agrônômica. O objetivo é que o agressor preso tome consciência dos problemas que a violência gera para a sua família, para a comunidade e para si mesmo (CNJ, 2018).

Em Lages, nos casos de violência doméstica, a prática restaurativa está sendo desenvolvida em três etapas com a direção do juiz da 2º Vara Criminal de Lages, Alexandre Takashima. De acordo com Garcia:

O procedimento acontece em três etapas, na primeira é a criação de dois grupos de apoio, um para as vítimas e outro para ofensores que objetiva a troca de experiência e conta com o auxílio de dois mediadores por grupo. A segunda etapa conta com círculos individuais com a vítima, ofensor e um grupo de apoio indicados pelos envolvidos, podendo ser alguém da família, amigo ou até mesmo colega de trabalho. Por fim, a

última etapa consiste num círculo de conflito, fazendo com que os envolvidos possam ressignificar a violência, nesta fase a vítima e o ofensor contam com o suporte emocional e o auxílio para inserção social, dentre eles a busca por um emprego e a retomada de estudos (GARCIA, 2018, apud SILVA, 2019, 53).

Além disso, são realizados constantemente seminários com o objetivo de se mobilizarem para combater a violência contra a mulher e fortalecer as práticas restaurativas. Recentemente, foi celebrado um desses eventos em Lages, em 2019 (CHAGAS, 2019) e outro em Lages e Florianópolis dia 23 e 27 de março (GARBERO, 2019.).

Ou seja, a intenção do programa o foco não é reconciliar o casal, mas que o ofensor venha se responsabilizar pelos danos que são causados tanto à vítima, quanto a comunidade, ele vem para curar feridas, corrigir erros e de alguma forma transformar a vida dos envolvidos, mostrando suas vulnerabilidades e desenvolvendo empatia. A vítima tem o dano sanado e não se sente impune, supera seus medos, reforça Thamyris Chiodi Appel:

Non se deve presumir que, ainda hoje, todas as mulheres são incapazes de tomar suas próprias decisões. É claro que algumas ainda estão em posição de vítima, são mais fracas e não conseguiriam enfrentar o seu agressor, mas não há motivos para impedir a possibilidade daquelas que desejam utilizarem-se da solução alternativa. É preciso reconhecer que hoje muitas mulheres são esclarecidas, livres, cientes dos seus direitos e não querem a resposta da justiça comum. Elas não pretendem a condenação do seu agressor, mas tão somente uma oportunidade para alteração do comportamento agressivo. No contexto atual, importa reconhecer-lhes a possibilidade de outra solução, que pode muito bem ser, se assim o pretenderem, a restaurativa (APPEL, 2017, 92).

Já ofensor adquire consciência e passa a ver a situação e a vítima de outra forma, alcançando a ressocialização e evitando a reincidência nos crimes cometidos, refere Davi Reis de Jesus:

Ou seja, restaurar, a partir dessas discussões, parte da ideia da criminologia moderna no que diz respeito à prevenção do delito; de modo tal que o agente infrator ganhe consciência de seus atos e se livre do estigma após a saída do sistema prisional, podendo retornar ao convívio com a comunidade da qual fazia parte antes do delito; restaurar significa eliminar o fenômeno da dessocialização da pena (JESUS, 2018, 19).

Com isso, vemos o quanto a Justiça Restaurativa é importante na evolução do Sistema Penal, buscar alternativas em que o agente causador do conflito não saia somente com punições e a vítima apenas vingada, ela restabelece uma conexão entre as partes e mostra a eles que existe uma forma de resolver esse conflito e restaurar vidas.

6 CONCLUSÃO

No presente trabalho se viu que em um Sistema Penal precário, a necessidade de uma revolução é grandiosíssima, vemos que não há evolução pessoal dos envolvidos se tratados somente como partes contrárias um ao outro, aonde busca somente pela

punição do agente causador é o foco.

Concluiu-se que existem medidas alternativas a Justiça Retributiva, medidas restaurativas podem de fato, trazer um olhar mais solidário e empático às partes, não somente visando a punição, mas sim, uma restauração de ambos, vítima e ofensor.

Como resultado, trazemos mais sensibilidade ao assunto, vemos que ainda que seja uma ideia nova e ainda recebida com desprezo por alguns, a Justiça Restaurativa pode ser trabalhada em diversas áreas no nosso Sistema Penal atual, pontos positivos e benefícios são apontados, com forte relevância na Violência Doméstica, em que seu principal objetivo seja a restauração de vidas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 01/set/2020.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01/set/2020.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 01/set/2020.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 01/set/2020.

_____. **Resolução Nº 300 de 29/11/2019.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3144>. Acesso em: 15/dez/2020.

APPEL, T. **Justiça Restaurativa e Violência Doméstica Contra Mulher: A Mediação Penal como Solução Alternativa ao Conflito.** 2017. Dissertação (grau de Mestre) apresentada à Faculdade de direito da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt>. Acesso em: 05/nov/2020.

ARAUJO, A. **Justiça restaurativa contribui para pacificação da sociedade.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br>. Acesso em: 21/ago/2020.

ARRAES, V. **Abolicionismo Penal: Das Manifestações Hodiernas às Dificuldades Fático-Jurídicas e Um Ensaio De Tentativas À Superação.** 2001. Dissertação (Mestrado em Direito com Especialização na área de Ciências Jurídico Criminais) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://eg.uc.pt>. Acesso em: 21/ago/2020.

BIANCHINI, A. **A concepção minimalista do direito penal.** Disponível em: <https://professoralice.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 20/ago/2020.

BITTENCOURT, I. **Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito,** Edição 1, Maio de

2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br>. Acesso em: 20/ago/2020.

CAETANO, F. **Lei Maria da Penha**: Como funciona? Quem está acolhido pela norma? A quem se aplicam as penas previstas?. Disponível em: <https://fabiano.caetano.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 15/set/2020.

CASAGRANDE, A. Trentin, T; Coitinho, V.; **O Tratamento Do Conflito Pela Justiça Restaurativa**. Disponível em: <https://online.unisc.br>. Acesso em: 20/ago/2020.

CASTRO, G. et al. **Justiça Restaurativa**. Disponível em: <https://justicarestaurativa.weebly.com>. Acesso em: 21/ago/2020.

CHAGAS, P. **Entidades se mobilizam para combater a violência contra a mulher**. Disponível em: <http://lageshoje.com.br/entidades-se-mobilizam-para-combater-a-violencia-contr-a-a-mulher/>. Acesso em: 01/11/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Restaurativa é aplicada em casos de violência doméstica**. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 20/out/2020.

DELFINO, M. Noções básicas de vitimologia. In: **Justiça Restaurativa**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 20/ago/2020.

DIAS, C. **Manual de psiquiatria clínica**, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

FARIA, A. **Mediação Penal** – Um Novo Olhar Sobre a Justiça Penal. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br>. Acesso em: 20/out/2020.

GARBERO, B. **III Seminário Internacional de Justiça Restaurativa de Santa Catarina acontece em Lages e Florianópolis**. Disponível em: <http://levis.cfh.ufsc.br>. Acesso em: 01/11/2020.

JESUS, D. Justiça Restaurativa para os autores de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Uma possibilidade de Prevenção e Protagonismo. **Revista Liberdades**. Edição nº 27 janeiro/junho de 2019. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br>. Acesso em: 05/nov/2020.

KOSOVSKI, E. **Fundamentos da vitimologia**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 24/11/2020.

MACHADO, M. Legitimação versus deslegitimação da pena. In: **Revista Jurídica UNIFACS**. Disponível em: <http://web.unifacs.br>. Acesso em: 21/ago/2020.

OLIVEIRA, A. **Breve análise sobre o abolicionismo e o minimalismo**. Disponível em: <https://jus.com.br>. Acesso em: 21/ago/2020.

OLIVEIRA, P. **Justiça restaurativa**: origem e evolução como método de solução extrajudicial de conflitos. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 21/ago/2020.

OPAS. **Folha informativa** - Violência contra as mulheres. Disponível em: <https://www.paho.org>. Acesso em: 01/set/2020.

_____. **OPAS se veste de cor laranja para aderir aos 16 dias de movimento pelo fim da violência contra a mulher**. Disponível em: <https://www.paho.org>. Acesso em: 01/set/2020.

PASINATO, V. **Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006**. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com>. Acesso em: 15/set/2020.

PERES, I. **O Desenvolvimento da Justiça Restaurativa**. Disponível em: <http://www.unisalesiano.edu.br>. Acesso em: 20/out/2020.

PINTO, R. **O paradigma do encontro**. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br>. Acesso em: 20/out/2020.

SENADO. **Serviços Especializados de Atendimento à Mulher**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br>. Acesso em: 15/set/2020.

SILVA, D. **Aplicabilidade Da Justiça Restaurativa Nos Casos De Pornografia De Vingança**. 2019. Monografia (Graduação Curso de Direito) apresentada à Universidade do Sul de Santa Catarina. Disponível em: <https://riuni.unisul.br>. Acesso em: 01/11/2020.

SLAKMON, C., DE VITTO, R., PINTO, R., **Justiça Restaurativa, org., 2005**. (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD). Disponível em: <https://carceraria.org.br>. Acesso em: 15/set/2020.

SOUSA, A. **Projeto Justiça Restaurativa**. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br>. Acesso em: 21/ago/2020.

STF. **Relator julga precedente ADC sobre Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 01/set/2020.

STRECK, L. **Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional**: desiguando a desigualdade histórica. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com>. Acesso em: 01/set/2020.

TALON, E. **Justiça restaurativa x justiça retributiva**. Disponível em: <https://evinistalon.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 21/ago/2020.

TJSC. **Justiça Restaurativa**: projeto leva método a presídio de Florianópolis. Disponí-

vel em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 01/nov/2020.

ZEHR, H. Um novo foco sobre a Justiça Restaurativa, Palas Athena Editora, 2008. In: **Trocando as lentes**. Disponível em: <https://www.amb.com.br>. Acesso em: 21/ago/2020.

_____. **Justiça Restaurativa**. Tradução: Tônia Van Acker. Título original: The little book of Restorative Justice. São Paulo: Palas Athena, 2012.

AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICADAS A ADOLESCENTES INFRATORES NO BRASIL

Sidineia Belarminda¹
Caroline Ribeiro Bianchini²
Laura Maria Bertoti Kuster³
Miriam Lisiane Schuwantes Rodrigues⁴

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar as principais medidas socioeducativas aplicadas a adolescentes infratores no Brasil, e instigar o leitor a pensar em maneiras diversas e novas políticas para a execução dessas medidas. Será realizada uma pesquisa qualitativa, de forma descritiva, através de fontes secundárias, como livros, Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente e artigos publicados na internet. O trabalho trará a origem histórica do direito da criança e do adolescente, a definição de medida socioeducativa e suas modalidades, e de que forma são aplicadas, trazendo o que relatam diversos autores, com suas ideias e questionamentos, voltados para chegar a conclusões de como são aplicadas essas medidas. É necessário que se encontre métodos para auxiliar na execução dessa medida, e que esta possa cumprir seu papel com efetividade, devolvendo para a sociedade um adolescente melhor e com outra visão, que possua uma perspectiva de terminar os estudos, e após a maioridade, possua planos que o direcionam para outro caminho, que não seja o da criminalidade.

Palavras-chave: Medidas socioeducativas. Adolescente. Infrator

¹ Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Graduada em Direito, Advogada, Especializada em Direito Processual Civil, Mestre em Direito Constitucional, Doutoranda em Direito, Prof. Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest.

³ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifacvest e Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade do Estado de Santa Catarina.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest. Especialista em Direito Tributário pela Univali e Mestre em Direito do trabalho pela UCS.

SOCIO-EDUCATIONAL MEASURES APPLIED TO OFFENDING TEENAGERS IN BRAZIL

Sidineia Belarminda¹
Caroline Ribeiro Bianchini²
Laura Maria Bertoti Kuster³
Miriam Lisiane Schuwantes Rodrigues⁴

ABSTRACT

This article aims to present the main socio-educational measures applied to adolescent offenders in Brazil, and to encourage the reader to think about different ways and new policies for the implementation of these measures. Qualitative research will be carried out, in a descriptive way, through secondary sources, such as books, Civil Code, Statute of Children and Adolescents and articles published on the internet. The work will bring the historical origin of the right of children and adolescents, the definition of socio-educational measure and its modalities, and how they are applied, bringing what several authors report, with their ideas and questions, aimed at reaching conclusions about how those measures are applied. It is necessary to find methods to assist in the implementation of this measure, and that it can fulfill its role effectively, returning to society a better teenager with another vision, who has a perspective of finishing his studies, and after the age of majority, has plans that lead you to another path, other than crime.

Keywords: Educational measures. Teenager. Infringing.

¹ Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Graduada em Direito, Advogada, Especializada em Direito Processual Civil, Mestre em Direito Constitucional, Doutoranda em Direito, Prof. Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest.

³ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifacvest e Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade do Estado de Santa Catarina.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest. Especialista em Direito Tributário pela Univali e Mestre em Direito do trabalho pela UCS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda as medidas socioeducativas aplicadas a adolescentes que cometem algum ato infracional. Analisar-se-á, cada medida e de que forma elas são aplicadas ao adolescente.

A pesquisa trará a origem histórica do direito da criança e do adolescente, o conceito de medida socioeducativa, as suas modalidades e da sua aplicação. O trabalho possui como objetivo geral, analisar as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tendo como objetivo responder o seguinte problema de pesquisa: Quais são as medidas socioeducativas que podem ser aplicadas ao menor infrator?

Falar sobre as medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes que cometem algum ato infracional é de grande importância, uma vez que o tema abordado versa sobre direito de cidadãos em formação, que quando chegarem na vida adulta deverão saber conviver em sociedade.

Esse tema pode fazer com que o leitor comece a pensar em soluções para que essas medidas tenham validade e cumpram com a sua função, que é de inserir o jovem infrator em sociedade e em convívio com sua família, com novos pensamentos e novos valores morais, evitando que esse adolescente volte a delinquir.

A abordagem do tema pode também abrir caminhos para que o legislador busque soluções diferentes, e novas ferramentas para a melhor aplicação dessas medidas.

O adolescente que recebeu uma medida socioeducativa de qualidade, que cumpra com a sua função de reeducar aquele menor, pode diminuir consideravelmente as chances de se tornar um adulto que cometa crimes, mas para isso precisamos falar sobre o tema e fomentar as discussões sobre.

Essa discussão é de grande importância para toda a sociedade, pois pode trazer a tona novas políticas públicas nas unidades de internação e em todos os outros locais que as medidas sejam executadas.

Portanto, buscou-se coletar informações sobre essas medidas e, analisar cada uma delas.

O conteúdo foi abordado de forma qualitativa. A análise dos objetivos classificou-se em pesquisa exploratória e descritiva, onde segundo Gil (2002, p.43) visa desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, tendo em vista, a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores. Habitualmente envolvem levantamento bibliográfico e documental, entrevistas não padronizadas e estudos de caso.

Em relação aos procedimentos técnicos, classificou-se em pesquisa bibliográfica. Gil (2010, p. 65) a define em pesquisa a partir de materiais já elaborados, compostos principalmente por livros e artigos científicos, e atualmente conta também com materiais disponíveis na internet.

Acerca da metodologia dos instrumentos de coleta de dados, foi apresentado de forma primária, através de observações. Marconi e Lakatos (2003, p. 190) definem observação como “uma técnica de coleta de dados para conseguir informações e utiliza os sentidos na obtenção de determinados aspectos da realidade”.

Por meio da pesquisa, os dados serão analisados a partir de uma leitura bibliográfica e em seguida, numa segunda leitura, serão destacados os temas significativos

para este estudo. Estes temas serão agrupados de acordo com a semelhança entre si e agrupados em categorias que serão discutidas a partir das inferências das pesquisadoras e dos achados bibliográficos.

A busca de publicações foi realizada nos meses de maio a novembro de 2020. Em relação ao Método de Análise, o seu objetivo é organizar e sumariar os dados de uma forma que seja possível fornecer respostas ao problema proposto para a investigação. A interpretação tem como objetivo a procura do sentido mais amplo das respostas, o que é feito mediante sua ligação a outros conhecimentos anteriores obtidos (GIL, 2010 p. 168).

A discussão dos estudos analisados será apresentada a seguir, buscando responder a questão norteadora do estudo, bem como os objetivos propostos.

2. ORIGEM DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Durante muito tempo a criança e adolescente não tiveram amparo jurídico, sem nenhuma previsão quanto a saúde, educação e todos os seus direitos na legislação a nível mundial.

Para Maria Regina de Azambuja (2006, p.12):

Em Roma (449 a.C), a Lei das XII Tábuas permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme mediante julgamento de cinco vizinhos (Tábua Quarta, nº 1), sendo que o pai tinha sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los (Tábua Quarta nº2). Em Roma e na Grécia Antiga, a mulher e os filhos não possuíam qualquer direito. O pai, o chefe da família, podia castigá-los, condená-los e até excluí-los da família.

A inexistência de sistema de proteção eficaz às crianças e adolescentes fez com que fosse criado uma preocupação no tocante aos direitos que ela deveria ter e a proteção que deveria receber.

Antônio Carlos Costa traz que “o sentimento pela infância nasce na Europa com as grandes ordens religiosas que pregavam a educação separada, preparando a criança para a vida adulta” (1993, p. 37).

No século XIX passou-se a pensar nos direitos da criança e do adolescente, começando a se falar em afeto e educação.

Apesar de nascer uma esperança da valoração dos direitos a eles inerentes, ainda não se tinha a proteção necessária para as crianças e adolescentes.

Para Nivea Valença Barros (2005, p.74):

Até o final do século XIX [...], a criança foi vista como um instrumento de poder e de domínio exclusivo da Igreja. Somente no início do século XX, a medicina, a psiquiatria, o direito e a pedagogia contribuem para a formação de uma nova mentalidade de atendimento à criança, abrindo espaços para uma concepção de reeducação, baseada não somente nas concepções religiosas, mas também científicas.

No Brasil, a constituição 1934, no seu art. 38 trouxe a primeira menção dos

direitos da criança e adolescente, trazendo em seu título IV “Da Ordem Econômica e Social”. “Foi o primeiro documento a referir-se, mesmo que de uma forma muito tímida, à defesa e à proteção dos direitos de todas as crianças e adolescentes.”

A referida legislação trouxe em seu texto considerações sobre o trabalho de crianças e adolescentes, trabalho noturno, proíbe que menores de 18 anos trabalhassem em locais insalubres, além da previsão de amparo à maternidade e a infância, explica Liberati.

Em 10 de novembro de 1937, foi outorgada A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que trouxe em sua redação uma proteção social à infância e à juventude. Em seu art. 16, XXVII, versava sobre a competência exclusiva da união de legislar sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

No art. 127 do mesmo diploma legal mencionado anteriormente, falava-se sobre a garantias especiais por parte do Estado, devendo assegurar-lhes boas condições de vida e desenvolvimento harmonioso de suas faculdades.

Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

Foi com a outorga da Constituição de 1937, que o Estado inseriu e assumiu a responsabilidade de proteção à criança e ao adolescente.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi promulgada pelo Brasil através do Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990.

O Brasil se inspirou na Convenção para a elaboração da Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que traz a proteção integral à criança e ao adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina sobre as medidas socioeducativas, tema do presente trabalho, que irá ser abordado no item a seguir.

3. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA e a Organização Mundial de Saúde dizem que a adolescência é a fase da vida entre 12 e 18 anos. Entretanto, não se trata apenas de um fenômeno natural do crescimento biológico. Onde há o acontecimento de fenômenos sociais e psicológicos que caracterizam essa etapa do desenvolvimento.

Tem-se diversos contextos em relação aos adolescentes por meio de mitos. A sociedade crê que os adolescentes são consumistas, inseguros, irresponsáveis e imediatistas. Esses mitos estão presentes nas mais variadas concepções sociais sobre essa fase

da vida, e se mantém porque a sociedade as repete em diferentes contextos. Pode-se perceber dessa forma que a etapa da adolescência, com foco quase sempre no singular, torna-se plural ao se considerar a diversidade das experiências possíveis no contexto da contemporaneidade.

Por habitarem um corpo e uma mente em transformações, estes compõem uma população de risco ao que se refere o uso de drogas. A curiosidade natural dos adolescentes é um dos fatores internos de maior influência na experimentação de substâncias psicoativas. Com relação à evolução da experimentação para o uso regular e manutenção do uso, outros fatores internos estariam envolvidos, tais como insegurança e sintomas depressivos.

Também se podem considerar fatores de risco e/ou proteção para comportamento agressivos a escola e a mídia. O termo comportamento de risco refere-se às ações que se caracterizam como ameaças ao desenvolvimento saudável que o adolescente pode alcançar, superando situações aversivas. Segundo a Teoria dos Sistemas Ecológicos tais ações não são isoladas, mas integradas às vivências dos processos proximais, ou seja, nas interações estabelecidas com pessoas, objetos e símbolos, através de atividades cotidianas, de desempenho de papéis e da internalização de significados, tanto no micro-sistema, quanto na integração deste com os demais sistemas.

Os métodos para punir usado algumas vezes por docentes podem reforçar os comportamentos agressivos na família, contribuindo para sua exacerbação. Em relação à mídia, existe uma influência positiva, estatisticamente significativa, no comportamento agressivo de crianças do sexo masculino em função de assistirem a filmes violentos com lutas. A teoria da aprendizagem social vem demonstrando que através da aprendizagem vicariante, comportamentos adequados e inadequados, bons ou maus, agressivos ou pacíficos, são aprendidos.

Sabe-se que o ato infracional refere-se a uma ação praticada por criança ou adolescente, caracterizada na lei como crime ou contravenção penal (ECA, art. 103). De acordo com a Constituição Federal (art. 228), Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 104) e Código Penal (art. 27) o adolescente autor de ato infracional é inimputável penalmente, ou seja, não tem responsabilidade penal e por isso é submetido à uma responsabilização jurídica especial.

Já é aceito, por todos os países e todas as sociedades, que uma criança ou adolescente que comete uma infração penal requer proteção e tratamento especial. Isto é um fato reconhecido, em nível internacional, pela existência de instrumentos especificamente elaborados para proteger os direitos e interesses do infrator juvenil. Este conjunto de instrumentos internacionais integra o Sistema de Justiça Juvenil.

O atendimento às medidas socioeducativas, conforme previsto no ECA, é de responsabilidade de órgãos do Governo e da sociedade civil. No âmbito da política de assistência social diz que o órgão competente para prestar este atendimento é o CREAS – Centro de Referência Especializado de Assistência Social.

3.1. Legislação

A lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), traz em sua redação a aplicação de medidas socioeducativas para adolescentes infrato-

res. Essas medidas são impostas aos adolescentes que cometem um ato infracional, e a aplicação dessas vem disposta na lei anteriormente mencionada.

O ato infracional é a conduta análoga ao que é tipificado como crime ou contravenção penal no ordenamento jurídico pátrio, de acordo com o art. 103 do ECA: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Nogueira, (1998), ressalta que não há diferença entre crime e ato infracional, pois ambos constituem condutas contrárias ao direito positivo, já que se situam na categoria do ilícito penal.

O ato infracional assemelha-se ao crime praticado por maior de idade, crime na concepção de Toledo, (1994, p.80):

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo o bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato- crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos é, pois, ação típica, ilícita e culpável.

No caso do adolescente que venha a cometer algum dos delitos tipificados em lei como crime ou contravenção penal, estará praticando um ato infracional.

O ato infracional, no caso de adolescentes é punido com medida socioeducativa, e, cabendo à criança que o pratica somente medida de proteção, consta no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente que “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e **adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.** (grifo nosso)

Para Liberati (2008, p.74):

[...] as crianças não somente são penalmente imputáveis como também são penalmente irresponsáveis. No caso do cometimento por uma criança de atos que infrinjam as leis penais, apenas poderão corresponder, eventualmente, medidas de proteção, previstas no art. 101 do ECA. Ao contrário, os adolescentes, também penalmente imputáveis, são, no entanto, penalmente responsáveis. Quer dizer, respondem penalmente, nos exatos termos de leis específicas como o Estatuto, por aquelas condutas passíveis de serem caracterizadas como crimes ou contravenção penal.

São aplicadas aos menores que cometem um ato infracional medidas socioeducativas, que se poderão chegar desde advertência, até a medida de internação. Essas medidas socioeducativas contêm natureza educacional, e também destinam-se para que o adolescente infrator seja responsabilizado pelo ato infracional cometido.

São aplicadas ao adolescente infrator medidas socioeducativas com o intuito de reeducação e a ressocialização do menor, também possui a finalidade de evitar que o adolescente volte a delinquir.

A medida socioeducativa é uma resposta do Estado para o adolescente que

venha a cometer algum ato infracional, trazendo uma punição ao adolescente que descumprir as regras de convívio social.

O Estatuto define no artigo 103 define como ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção no Código Penal Brasileiro. Não há diferenciação entre as definições de ato infracional e crime, pois de qualquer forma, ambas são condutas contrárias ao Direito, situando-se na categoria de ato ilícito.

O ato infracional não acontece em decorrer de uma razão, mas é o resultante de vários fatores e por isso compreende-se que o adolescente em conflito com a lei deve ser atendido dentro de uma política pública de atendimento que contemple o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE.

Segundo o SINASE, o levantamento estatístico da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria Especial dos Direitos Humanos identificou que existiam no Brasil cerca de 39.578 adolescentes no sistema socioeducativo. Este quantitativo representava 0,2% do total de adolescentes na idade de 12 a 18 anos existentes no Brasil.

Do ponto de vista do tratamento emprestado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente à questão do adolescente em conflito com a lei faz-se necessário esclarecer que, enquanto sanção, a medida não é pena. Embora se assemelhe à pena ao considerar o princípio da personalidade na sua aplicação, ser decorrência de lei e visar à ordem pública, a medida difere da pena em aspectos essenciais. As medidas socioeducativas tem o objetivo de reinserção social, de fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, não somente a punição pela infração.

O adolescente responsável por um ato infracional passará por algumas etapas até o cumprimento da sua medida socioeducativa. Quando houver apreensão em flagrante, é feita a condução deste até uma delegacia para a realização de um boletim de ocorrência. A família deverá ser avisada imediatamente e o adolescente deverá ser escutado. Se o ato infracional não for considerado grave, o adolescente será liberado, mas caso a família não compareça ou for avaliado que o adolescente tenha cometido um ato de gravidade, ele poderá ser conduzido a um sistema de internação. Antes disso, o caso será encaminhado, junto com o boletim de ocorrência ao Ministério Público (MP). No MP o caso poderá ser arquivado ou encaminhado ao Juizado da Infância e Juventude (JIJ), para que então seja julgada e dada a sentença. As sentenças serão consideradas medidas socioeducativas (NEUMANN, 2011).

4. AS MODALIDADES DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

As medidas socioeducativas estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, como definido no artigo 112 do ECA:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

II - obrigação de reparar o dano;

III - prestação de serviços à comunidade;

IV - liberdade assistida;

- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional

Para a aplicação das medidas socioeducativas, deve ser analisado os requisitos dispostos no ECA, como a capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade do ato infracional praticado.

4.1. Advertência

Esta medida está prevista no art. 115 do ECA: “a advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”. É a medida mais moderada que poderá ser aplicada ao menor.

Para Guilherme de Souza Nucci (2018, p.464-465): “É a mais branda das medidas socioeducativas, devendo ser reservada para os atos infracionais considerados leves, envolvendo a lesão a bens jurídicos de menor relevância, além de ser destinada aos adolescentes de primeira vez.”

É geralmente usada quando cometido delitos menores, e quando há indícios de autoria e materialidade. Consiste em esclarecer ao adolescente que sua conduta é reprovável e pode ser punida de forma mais rigorosa.

4.2. Obrigação de reparar o dano

Prevista no art. 116 do ECA, a medida socioeducativa de obrigação de reparar o dano faz com que o adolescente seja responsabilizado pela conduta praticada e não volte a cometê-la.

Para Guilherme Freire de Melo Barros (2015, p.224): “Na prática, é possível notar que a aplicação dessa medida socioeducativa é pequena, pois poucos adolescentes trabalham e possuem renda própria para ressarcir as vítimas”

É uma forma de o adolescente reparar o dano causado quando este tenha condições financeiras de fazer, que faz com sofra uma consequência de sua conduta e não cometa novamente.

4.3. Prestação de serviços à comunidade

Na prestação de serviços à comunidade o adolescente deverá cumprir tarefas gratuitas, “junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.”, de acordo com art. 117 do ECA. Tendo como seu prazo máximo 06 meses.

Nucci assevera (2015, p.467): “[...] evita o prejuízo da internação, transmitindo ao adolescente noção ética do trabalho honesto, mormente prestado em benefício de quem necessita.”

A medida deverá ser cumprida em dias e horários que não atrapalhem sua rotina escolar e preferencialmente em locais em que o adolescente demonstre interesse na área de atuação.

4.4. Liberdade assistida

Esta medida está prevista no art. 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme disposto no artigo mencionado anteriormente, tem a finalidade de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente, será fixada no prazo mínimo de seis meses, podendo ser prorrogada a qualquer tempo e revogada ou substituída por outra medida.

O juiz irá designar pessoa capacitada para acompanhar o adolescente, conforme dispõe o art. 119 do ECA:

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;

II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;

III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

IV - apresentar relatório do caso.

A pessoa designada pelo juiz irá proporcionar ao adolescente um novo posicionamento perante a sociedade e a família, trazendo novas chances e apresentando novos horizontes ao adolescente.

Segundo Guilherme Freire de Melo Barros (2015, p.226):

Essa é a medida mais rígida dentre as cumpridas pelo adolescente e, liberdade. Durante o período de liberdade assistida, o adolescente é acompanhado pela equipe interdisciplinar de uma entidade de atendimento, responsável por promover socialmente o adolescente e sua família, supervisionar sua frequência e aproveitamento escolar, diligenciar acerca de sua profissionalização e inserção no mercado de trabalho.

O intuito dessa medida é acompanhar, orientar e fazer com que o adolescente não venha a reincidir, a medida não comporta prazo máximo, ela será aplicada enquanto houver necessidade.

4.5. Regime de semiliberdade

Está tipificada no art. 120 do ECA:

Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§ 1º É obrigatória a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

O regime de semiliberdade poderá durar até 3 anos, o juiz pode a cada seis meses reavaliar a medida aplicada, o regime de semiliberdade restringe alguns direitos, mas possibilita a realização de atividades externas.

Observa Guilherme de Souza Nucci (2018, p.468):

É uma das duas medidas socioeducativas restritivas de liberdade do adolescente, obrigando-o a se recolher, no período noturno, em unidade de atendimento específica, enquanto estuda e/ou trabalha durante o dia. Equivale, no campo do direito penal, ao regime aberto, no qual o sentenciado se recolhe na Casa do Albergado à noite, podendo sair durante o dia para trabalhar e/ou estudar.

Esse medida possibilita que o menor, aos poucos retorne ao convívio social. No entanto, é obrigatório a escolarização e profissionalização desses adolescentes.

4.6. Internação

Medida prevista nos arts 121, 122 e 123 do ECA, a medida de internação consiste na retirada do adolescente do convívio social, deverá ser aplicada em último caso, quando nenhuma outra medida tiver relevância no caso ou quando utilizada grave ameaça ou violência à pessoa, observando sempre o direito de pleno desenvolvimento do menor.

A medida deverá ser cumprida no menor tempo possível, tendo no máximo três anos de duração, e, a cada seis meses terá uma avaliação para verificar se há necessidade de permanecer com a medida ou substituí-la por outra mais branda.

Para Moraes e Ramos apud Guilherme Freire de Melo Barros (2015, p.231):

A adolescência é a menor fase da vida, um verdadeiro rito de passagem. Compreende a idade entre os doze e os dezoito, durando apenas seis de todos os anos da existência de uma pessoa. Por isso a preocupação do legislador com a internação, limitando a sua duração a três anos, o que já se constitui em metade deste período de amadurecimento.

A internação é regida pelos princípios da brevidade; da excepcionalidade; e de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Traz o princípio da brevidade que, até internação não poderá durar tempo superior a três anos e deverá sempre ser reavaliada a necessidade de aplicação desse a cada seis meses, para que perdure pelo menor tempo possível, de acordo com o art. 121, §§ 2º e 3º.

O princípio da excepcionalidade, aduz que a medida de internação deverá ser aplicada somente em situações em que não possa ser utilizada nenhuma outra medida mais branda.

No tocante ao princípio de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, por se tratar de adolescentes, deverá ser tomado os devidos cuidados para que seja respeitado o menor, tratando-o como prioridade juridicamente, e respeitando a formação da sua personalidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho viu-se que nos primórdios, não se falava sobre os direitos da criança e do adolescente, eram tratados com desleixo pela família e pelas autoridades. Sem nenhuma previsão legal para proteção e garantia de seus direitos.

Foi possível observar que com o passar do tempo e com as novas legislações o Estado foi se moldando e assumindo a responsabilidade de cuidar e oferecer garantias para os menores de idade.

Observa-se também, a importância de se realizar novos estudos e elaboração de projetos, pesquisas são fundamentais para um desenvolvimento sustentável, com o crescimento da região e o aumento populacional as demandas tendem a desenvolver as desigualdades sociais e as necessidades básicas da população não podem deixar de ser atendidas.

Nota-se que a ampliação e melhoria na qualidade do atendimento dos adolescentes envolvidos em delitos requerem em políticas integradoras e serviços de diferentes áreas de atendimento, o que induz à necessidade de um trabalho articulado de programas e projetos, que assegurem os direitos legalmente definidos e garantam a eficácia das medidas aplicadas.

Na busca sustentável e combate ao ato interdisciplinar muito ainda de que ser feito, a ampliação de profissionais e elaboração de novos projetos, voltado para a conscientização do adolescente direcionando a obter uma boa conduta na sociedade.

Nesse sentido, conclui-se que a punição dada aos adolescentes devem ser aplicadas e surtir o efeito esperado, sendo que os adolescentes estão ainda cometendo atos infracionais, sem se preocuparem com a punição. Essa punição deve fazer com que eles deixem de delinquir e sejam inseridos em sociedade.

Conclui-se que por se tratar de seres em desenvolvimento, as medidas aplicadas aos adolescentes infratores são mais brandas que as sanções aplicadas a adultos que cometem crimes. A intenção das medidas é que, diminua o índice de cometimento de ato infracional ou que não venham a ser praticados novamente pelo mesmo adolescente. Considerando que a maior parte dos adultos que estão inseridos no mundo do crime, foram adolescentes que cometeram algum ato infracional, a medida socioeducativa tem o papel de mudar essa realidade devolver à sociedade adolescentes cada vez melhores e com outra visão, querendo frequentar a escola e após completar a maioridade, tenha planos que o leve para outro caminho, que não o da criminalidade.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, M. S. **Violação da infância**. Crimes abomináveis: humilham, machucam torturam e matam! Porto Alegre, Rio Grande do Sul: AGE, 2005.

AZAMBUJA, M. R. F. de. **Violência sexual intrafamiliar**: é possível proteger a Criança? Revista Virtual de Textos e Contextos. São Paulo: vol. 01, n. 05, nov., p. 12, 2006.

BARROS, G. F. de M. **Direito da Criança e do Adolescente**. 3. ed. Curitiba: JusPodivm. 2015.

BARROS, N. V. **Violência intrafamiliar contra a criança e adolescente**. Trajetória histórica, políticas, sociais, práticas e proteção social. 2005. 248 f. Tese (Doutorado em Psicologia Forense). Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 29/nov/2020.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 05/set/2020.

COSTA, Antônio Carlos Gomes. **De menor a cidadão**: nota para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil. Brasília-DF: Editora do Senado, 1993.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2002.

GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. São Paulo: Atlas, 6. ed. 2010. Disponível em: <<https://ayanrafael.files.wordpress.com>>. Acesso em: 20/ago/2020.

GOMIDE, P. I. C. **Menor Infrator**: A caminho de um novo tempo. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 1998.

LIBERATI, W. D. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Adolescente e ato infracional** – Medida socioeducativa e pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LIBERATI, W. D. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MINAYO, M. C. S. **O desafio do conhecimento**: pesquisa qualitativa em saúde. 8. ed. São Paulo: Hucitec, 2004.

NEUMANN, P. A. **Execução das medidas socioeducativas em meio aberto de prestação de serviços à comunidade-PSC e liberdade assistida-LA**: Um relato de experiência. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Instituto de Psicologia. Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica, Porto Alegre, 2011.

NUCCI, G. de S. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NOGUEIRA, P. L. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

A FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO DO DANO MORAL E SEU CARÁTER PREVENTIVO

Tarcisio Waltrick de Oliveira¹

Caroline Ribeiro Bianchini²

Diego Fernando Sá³

Josiane Dillor Brugnera Guidorzi⁴

RESUMO

O dano moral apesar de estar devidamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro é relativamente novo e com isso inúmeras lacunas ainda necessitam ser preenchidas. Assim, por ser uma lesão a personalidade do indivíduo não existem tabelas ou padrões a serem seguidos para a fixação do valor da indenização e conseqüentemente dúvidas e julgados conflitantes surgem. Dessa maneira, elementos e critérios devem ser criados e seguidos para manter a segurança jurídicas das decisões judiciais, bem como para manter a igualdade nas indenizações por danos morais, cumprindo com o duplo caráter de compensar o sofrimento da vítima e punir o agressor, desestimulando tanto o agressor quanto a sociedade em geral, prevenindo futuros danos de mesma natureza.

Palavras chave: Dano moral. Elementos e critérios. Compensação. Punição.

ABSTRACT

The taxation of the tributary credit has been a big trouble in the last few years, because the inefficiency of the procedure of tax enforcement, however there is others ways to charge the public entities with less charges. Therefore, the main alternative is the protest, which has showed more efficient, and more adequate to charge high debts. Thus, is the role of the public manager to observe the administrative principles of efficiency and morality, with the objective of choosing to charge for the least costly and most effective way, avoiding damage to the treasury and thus protecting the public assets, otherwise it may respond for an act of administrative improbity and be punished for an act contrary to the Law of Fiscal Responsibility.

Key words: Tax Enforcement. Protest. Public Manager. Improbity Act. Fiscal Responsibility.

¹ Acadêmico da 10ª fase do Curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest

² Especialista em Direito Processual Civil UCS, Mestre em Direito Constitucional Unisul, coordenadora do Curso de Direito da Unifacvest e da casa da cidadania.

³ Professor do Centro Universitário Unifacvest. Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Facvest.

⁴ Professora Docente do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST. Doutoranda em Políticas Públicas na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIUIJUI.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho apresenta o tema relativo aos critérios a serem adotados pelo magistrado na fixação do quantum indenizatório nas ações de indenização por danos morais, corroborando para a função pedagógica do instituto.

A relevância do mencionado tema está nos diversos processos por danos morais em que os magistrados devem fixar um valor indenizatório/condenatório razoável e proporcional ao dano, porém ao se falar de dano moral não há um padrão a ser seguido, tampouco como valorar aquilo que a pessoa suportou vindo, então, a ser uma espécie de compensação pela lesão sofrida, pois diferentemente dos danos patrimoniais os quais podem ser devidamente ressarcidos, retornando ao status quo ante, no dano moral não há essa possibilidade, haja vista que atinge a honra do indivíduo, inexistindo a possibilidade de ressarcir-lo ou retornar ao estado anterior.

Na busca da solução dessa problemática o trabalho apresenta como objetivo geral buscar a evolução histórica da responsabilidade civil, em especial por danos morais e sua fixação pelos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Como objetivos específicos verificar e buscar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre os requisitos a serem seguidos para se chegar em uma condenação razoável e proporcional, observando o contexto geral da sociedade e não somente os fatos isolados, pois seguindo este caminho, as condenações de fatos semelhantes serão muito discrepantes entre si, comprometendo a segurança jurídica das decisões judiciais e mitigando o caráter pedagógico do dano moral.

No que concerne a abordagem temática do tema será utilizado o método dedutivo, com a construção de um problema resultando a partir dos estudos realizados soluções ou meios de valorizar o instituto do dano moral. A pesquisa realizada foi bibliográfica realizada a partir de consultas em acervos públicos e privados, inclusive os disponíveis em meios digitais.

Para uma melhor compressão do tema proposto será desenvolvido no primeiro item, a evolução histórica da responsabilidade civil. Posteriormente, será demonstrada as espécies de indenizações existentes no Direito civil brasileiro. No terceiro item serão analisados os requisitos a serem seguidos pelos magistrados para a fixação do valor da indenização por danos morais e seu caráter pedagógico.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O dano moral como é conhecido é fruto de grandes transformações da sociedade com o passar do tempo, começando pelos códigos de Ur-Nammu, Código de Hamurabi, Código de Manu e da Lei das XII Tábuas, dando um importante passo no Direito Romano e Francês até chegar no Direito brasileiro.

Na antiguidade não haviam regras para a convivência em sociedade e a resolução de problemas, em sua maioria, era resolvida com as próprias mãos, ou seja, com vingança sendo com a mesma gravidade ou superior.

Segundo Alvin Lima apud Gonçalves (2020, s.p) “Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda,

o direito. Dominava, então, ‘a vingança privada’”

Então, sem regras a vida em sociedade fica um caos imenso, assim é preciso retirar uma parcela de liberdade de todos para que todos possam gozar plenamente da liberdade restante.

Com o passar do tempo, outras formas de compensação do dano foram sendo adotadas, como a compensação econômica onde a vítima escolhia a forma de reparação. Com a criação de um governo soberano, no direito romano, estabelecendo novas regras, proibindo a vingança com as próprias mãos e colocando a compensação econômica como forma compulsória para a reparação do dano e ainda estabelecendo tarifas que correspondiam de acordo com o dano causado. (GONÇALVES, 2020)

Assim, a resolução dos danos, bem como, o Direito em si, foram evoluindo e adequando-se as novas necessidades da sociedade, transformando as punições/vinganças bárbaras e superiores ao dano sofrido em punições mais brandas e proporcionais ao agravo.

Seguindo a escala evolutiva no Direito Francês houve a criação de princípios gerais para a responsabilidade civil, enriquecendo as ideias do direito romano e instituindo a culpa, responsabilizando o indivíduo ainda que mínima a carga de culpa. Nessa senda Miragem (2015, s.p) discorre acerca do Direito Frances:

É daí que a exigência da culpa como pressuposto da imputação de responsabilidade representa mais do que um critério útil para identificação do responsável pelo dever de indenizar; configura justificativa moral de reprovação da conduta individual mediante a caracterização de uma vontade dirigida a uma finalidade antijurídica ou mesmo falha no comportamento do agente, que leva à causação do dano.

Dessa forma com a existência da culpa como requisito para a punição do agente, em muito valorizou a responsabilidade civil, pois há segurança na condenação, bem como gera uma reprovabilidade social muito maior, gerando um caráter repressivo para futuras condutas danosas.

No Brasil a responsabilidade civil deriva do Direito Português, haja vista que adveio daquele país. Porém, apesar das ordenações Filipinas que eram vigentes em Portugal, constar em seu texto diversas passagens tipificando delitos e punições, só em 1916 com a promulgação do Código Civil que houve a positivação de uma cláusula geral de responsabilidade civil que precede da teoria subjetiva, ou seja, necessita da comprovação da culpa ou dolo do agente.

Por fim, com a promulgação da Constituição Federal de 1998 houve previsão expressa em seu texto sobre o direito de resposta e indenização por danos materiais, morais e a imagem “Art. 5º [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. (BRASIL, 1988, s.p)

Além da previsão constitucional o Código Civil ajusta as leis civis com a nova Constituição Federal, reconhecendo expressamente em seu texto o dano moral conforme estabelecem os artigos 186 e 927.

Dessa forma, observa-se a grande evolução da responsabilidade civil no Direito brasileiro, adotando como regra geral a teoria subjetiva, ou seja, necessidade da comprovação da culpa ou dolo do agente, mas havendo em leis esparsas exceções para

a teoria objetiva que do direito a indenização independentemente da comprovação da culpa ou dolo.

3 AS ESPÉCIES DE INDENIZAÇÕES ADMITIDAS NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1998 e com o advento da Lei 10.406/2002 (Código Civil) a responsabilidade civil ganhou grande enfoque. Assim dentro do ordenamento jurídico brasileiro têm-se, em âmbito geral, duas grandes espécies de responsabilidade civil, sendo elas: a) Indenização por danos materiais ou patrimoniais e b) Indenização por danos morais ou extrapatrimoniais, podendo ainda serem classificados como dano direto e indireto.

3.1 Dano material

O tipo de dano mais comum em que o bem lesado é o patrimônio da vítima/ofendido, como, por exemplo quando ocorre um acidente de trânsito com apenas danos materiais. Nesse caso o causador do acidente deverá ressarcir os prejuízos causados, reparando o veículo do outro condutor.

Ainda sobre esta espécie de dano, temos as perdas e danos, onde se divide em duas modalidades: a) Danos emergente e b) Lucros cessantes.

3.1.1 Perdas e danos

As perdas e danos está disposta no art. 402 da lei 10.406/02 onde dispõe que “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” (BRASIL, 2002)

Sendo assim, o disposto legal cria uma projeção do que o ofendido poderia ter lucrado caso o dano não tivesse ocorrido, além do ressarcimento dos prejuízos causado, temos assim os danos emergentes e o lucro cessante.

Os danos emergentes correspondem ao que o ofendido realmente perdeu ou desembolsou para consertar o dano, como bem explica Gonçalves (2020, s.p):

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e que passou a ter depois.

Portanto, é o efetivo prejuízo suportado pela vítima.

Os lucros cessantes no que lhe concerne criam uma projeção do possível lucro esperado que o ofendido auferiria caso não tivesse ocorrido o dano, ou seja, que deixou de lucrar.

Nesse sentido Agostinho Alvim apud Gagliano (2019, s.p):

Finalmente, e com o intuito de assinalar, com a possível precisão, o significado do termo razoavelmente, empregado no art. 1.059 do código, diremos que ele não significa que se pagará aquilo que for razoável (ideia quantitativa) e sim que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (ideia que se prende à existência mesma de prejuízo). Ele contém uma restrição, que serve para nortear o juiz acerca da prova do prejuízo em sua existência, e não em sua quantidade. Mesmo porque, admitida a existência do prejuízo (lucro cessante), a indenização não se pautará pelo razoável, e sim pelo provado.

Dessa forma, os lucros cessantes não serão pagos de qualquer forma quando houver o dano, devendo ter a comprovação de que os fatos se desenrolariam de modo natural e que o evento danoso interrompeu o seu curso, impedindo a conquista do lucro.

3.2 Dano moral

Espécie de dano relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, sendo regulada expressamente com o código civil de 2002, haja vista que o código anterior limitou a reparação do dano moral “àqueles casos previstos como tal no capítulo relativo à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos” (SAID, 2011, p.40), ou seja, não havia uma regulamentação expressa sobre o dano moral.

Contudo, apesar de não existir uma norma que regulasse o dano moral, o Judiciário já mudava seus entendimentos no sentido de ser indenizável o dano moral, afastando o pressuposto de que a dor não tem preço, como colocavam os doutrinadores daquela época.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 ficou consolidado a reparabilidade do dano moral, haja vista o disposto em seu art. 5º, inciso V (BRASIL, 1988) “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e também corroborando com isso o inciso X do mesmo artigo “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

E, por fim, com o advento do Código Civil de 2002 ficou perfectibilizado em nosso ordenamento jurídico o instituto da reparabilidade do dano moral, mesmo que seja omissivo quanto as regras de reparabilidade e liquidação, porém não há dúvidas da indenização do dano moral, haja vista a redação do art. 186 “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002)

Segundo Melo, Nehemias Domingos de (2012, s.p) conceitua o dano moral como

[...] aquela que atinge o âmago do indivíduo, causando-lhe dor (incluindo-se aí a incolumidade física), sofrimento, angústia, vexame ou humilhação, e, por se passar no íntimo das pessoas, torna-se insusceptível de valoração pecuniária adequada, razão por que o caráter da indenização

é o de compensar a vítima pelas aflições sofridas e subtrair-lhe o desejo de vingança pessoal.

O dano moral, portanto, é uma lesão ao íntimo do indivíduo, trazendo prejuízos imateriais e, assim, de difícil ou incalculável valoração do dano, haja vista que não se poderá “apagar” o trauma sofrido. Dessa forma a lesão moral é o dano suportado que atinge a própria pessoa de forma pessoal e íntima, abalando sua honra subjetiva e assim sua configuração é complexa, pois cada ofendido irá se comportar e absorver o dano de formas diferentes.

4 A INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL E SEU CARÁTER PREVENTIVO

Para a valoração do dano moral, critérios básicos e específicos devem ser seguidos para assegurar a segurança jurídica, a efetiva prestação jurisdicional, a boa reparação/compensação do dano sofrido e a prevenção de novos casos semelhantes. Diante disso, será demonstrado no presente item como se configura o dano moral indenizável e os critérios adotados pela justiça brasileira e catarinense para a valoração do dano e sua efetiva compensação, com o efeito preventivo da condenação.

4.1 Configuração do dano moral

Nessa senda para ocorrer a configuração do dano moral deve-se a junção, em regra, de três fatores: Nexo causal, conduta do autor/lesante e o dano/lesão.

Ressalta-se que o dano sofrido em muitos casos não é necessário sua comprovação, como no caso do dano moral de protesto indevido, onde o dano é presumido (*in res ipsa*), ou seja, nesses casos é dispensável a comprovação do dano suportado, conforme entendimento do STJ, “é firme no STJ o entendimento de que, nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in reipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019).

Ainda, sobre exceções à regra tem-se, também, acerca da responsabilidade objetiva, onde não é essencial a comprovação da culpa do agente, salienta-se que tais casos devem estar previsto em lei, conforme redação do parágrafo único do art. 927 do Código civil (BRASIL, 2002, s.p) “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.”

Nessa linha, como exemplificação o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor que dispõe sobre a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, bem como o § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, onde apresenta a responsabilidade objetiva do ente público e privados prestadores de serviço público dos danos causados pelos seus agentes.

Outras questões essenciais do dano moral, em razão de ser uma lesão a honra subjetiva do indivíduo sua configuração é complexa, por se tratar de uma lesão ao interior da pessoa onde o impacto e a gravidade irão sofrer muitas oscilações de uma pessoa

para outra em relação ao mesmo dano.

Assim é necessário adotar critérios para não causar a mitigação do dano moral, afastando as condenações daquelas lesões e acontecimentos que não ultrapassam o mero dissabor do cotidiano na vida de um cidadão normal e reconhecendo o direito a indenização naquelas situações excepcionais e que realmente excedem o limite dos incidentes do dia a dia.

Ademais, além da lesão à moral da pessoa, há o “fator da ilicitude da conduta, pois o dano moral é a soma da gravidade e a ilicitude do fato, como bem explica Pontes de Miranda (apud GONÇALVES, 2020, s.p) “O que se há de exigir como pressuposto comum da reparabilidade do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, é a gravidade, além da ilicitude. Se não teve gravidade o dano, não se há pensar em indenização. *De minimis non curatpraetor*”.

Portanto, para a configuração e reparabilidade do dano moral precisa-se do conjunto da ilicitude com a gravidade do dano, ou seja, deve-se ter um dano vultoso para sua configuração, não se apreciando de pequenos e insignificantes acontecimentos do cotidiano, bem como observar os requisitos gerais: nexa de causalidade, conduta do autor/lesante e o dano/lesão.

4.2 Fixação do *quantum indenizatório*

Tratando-se de dano a honra da pessoa deve-se ocorrer a reparação da dor suportada pela vítima, porém diferente dos danos patrimoniais onde podem ser devidamente ressarcidos, retornando ao status quo ante, no dano moral não existe essa possibilidade, haja vista que aborda a honra do indivíduo, inexistindo possibilidade de ressarcir-la ou retornar ao estado anterior, pois o fato já ocorreu.

Dessa forma entra a figura da reparação/compensação do dano moral, onde a quantia valorada não pode ser avaliada em sentido estrito.

Conforme leciona Cahali (2011, p.38):

A sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.

Vê-se, portanto, que o dano moral não é ressarcido e sim compensado, possuindo duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Nesse passo segundo Cahali (2011, p.637) “não há parâmetros em lei para a fixação do valor indenizatório, sendo sua fixação mediante arbitramento, conforme o art. 953, parágrafo único do CC.”

Nesse interim para chegar à compensação, faz-se necessário observar alguns critérios para arbitrar o *quantum indenizatório*, adotando medidas que levem em conta o fato concreto, como as causas para a lesão, culpa das partes, repercussão do fato, como também a situação econômica e social das partes, pois todas essas circunstâncias irão influenciar na valoração do dano, haja vista as características inerentes aos danos morais.

Nesse norte Gonçalves (2018, s.p) explica que:

Em geral, mede-se a indenização pela extensão dano e não pelo grau de culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau de culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima. A culpa concorrente do lesado constitui fatos de atenuação da responsabilidade do ofensor.

Além da situação patrimonial das partes, deve-se considerar, também, como agravante o proveito obtido pelo lesante com a prática do ato ilícito. A ausência de eventual vantagem, porém, não o isenta da obrigação de reparar o dano causado ao ofendido. Aduza-se que notoriedade e fama deste constituem fatos relevante na determinação da reparação, em razão da maior repercussão do dano moral, influenciando na exarcebação do *quantum* da indenização.

Levam-se em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do ofensor, a condição do lesado, preponderando, em nível de orientação central, a ideia de sancionamento ao lesante (*punitivedamages*).

Contudo, além desses elementos, deve-se observar os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, adequando o arbitramento da indenização ao prejuízo suportado pela vítima, bem como o aporte financeiro do ofensor, de modo que não acabe enriquecendo ilícitamente a custas do ofensor, o que não compatibiliza com o ordenamento jurídico brasileiro e, assim, o magistrado observando estes critérios com aqueles elementos chegará a um quantum indenizatório satisfatório e exemplar, cumprindo com o instituto do dano moral.

Nessa senda Luiz Roldão de Freitas Gomes (apud GONÇALVES, 2018, s.p):

Aqui, ainda, um cuidado se impõe: de evitar a atração, apenas pelo caráter de exemplaridade contido na reparação, de somas que ultrapassem o que representou o agravo para o ofendido. Nesta seara, mais do que nunca, há de reter-se não consistir a responsabilidade civil em fonte de enriquecimento para o ofendido. Os critérios da razoabilidade e proporcionalidade são recomendáveis, para, sem exageros, atingir-se indenização adequada.

Portanto, a observação desses critérios é de suma importância para a fixação do valor do dano moral, haja vista que o objetivo desse instituto é a compensação do dano, não podendo através dele a vítima enriquecer ilícitamente como bem coloca o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

No que tange ao montante indenizatório, sabe-se que a **indenização arbitrada em ação de reparação de danos morais deve ser suficiente para minorar o abalo suportado pela vítima, além de desencorajar a reiteração do ato ilícito pelo ofensor. Assim, deve ter o caráter reparador e punitivo, consideradas as peculiaridades do caso concreto, sem contudo provocar grave prejuízo econômico ao ofensor ou o enriquecimento ilícito da vítima.** A fixação do *quantum* indenizatório reveste-se de inegável grau de subjetividade, incumbindo ao magistrado, quando do arbitramento do dano moral indenizável, **observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a teoria do desestímulo, a gravidade e extensão do dano, a capacidade financeira das**

partes, além da experiência comum e bom senso. (TJSC, Apelação Cível n. 0300980-71.2019.8.24.0030, de Imbituba, rel. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 21-01-2020). (Grifou-se)

Como visto, o arbitramento do dano moral é a peça principal para o duplo caráter (compensatório e punitivo), haja vista que com a valoração adequada ao caso, criará uma maior eficácia, valorização e proteção do instituto como, também, contribuindo para a compensação do dano sofrido e prevenção/repressão de novos danos.

4.3 Do caráter pedagógico do dano moral

Com a compensação do dano moral surge, também, o caráter punitivo ou preventivo, ou seja, a condenação busca prevenir/evitar futuros danos a serem causados pelo ofensor ou pela sociedade em geral. Nessa senda Lisboa(apud OLIVEIRA, 2001, p.112):

Na mesma linha de entendimento, temos Roberto Senise Lisboa, que, valorizando a teoria do desestímulo, afirma que “a teoria da responsabilidade civil possui uma dupla função: garantir o direito da vítima e servir como sanção civil em desfavor do responsável”. E continua afirmando ser: necessário que o ofendido tenha a garantia legal de que ocorrerá a reparação do dano, consequência da segurança jurídica que deve existir na relação de consumo (e nas demais também). Além disso, a responsabilidade civil impõe uma sanção ao causador do prejuízo, que deve ser estabelecida de modo a se desestimular a reiteração da conduta danosa.

Portanto, mostra-se que o caráter preventivo se dá através da sanção estipulada pela responsabilidade civil que ao final trará uma indenização pecuniária que será valorada não apenas para compensar o dano sofrido como, também, para punir e prevenir futuros danos.

Nesse sentido Calos Alberto Bittar (2015, s.p):

Sob o prisma do interesse coletivo, prende-se ao sentido natural de defesa da ordem constituída, e, sob o do interesse individual, à consequente necessidade de reconstituição da esfera jurídica do lesado, na recomposição ou na compensação dos danos sofridos. De outra parte, sob o ângulo do lesante, reveste-se de nítido cunho sancionatório, ao impor-lhe a submissão, pessoal ou patrimonial, para a satisfação dos interesses lesados. Serve, também, sob o aspecto da sanção, como advertência à sociedade, para obviar-se a prática de comportamentos lesivos. [...] Importa, pois, no fundo, sob o prisma do agente, o respectivo sancionamento prático, a fim de que sinta a força do Direito e se não abalance a novas investidas lesivas, tomando sempre as cautelas que a prudência e o respeito aos valores protegidos aconselham e impõem. É a função inibidora, que ambas desempenham, quanto a práticas atentatórias a interesses amparados pelo Direito.

Sendo assim a importância de uma condenação razoável e proporcional é de suma importância para o caráter pedagógico do dano moral, de maneira a repreender futuras lesões pelo agente ou outras pessoas. Nesse passo, Rizzatto Nunes apud Cícero Favaretto (2013, s.p) discorre perfeitamente sobre o tema:

[...] é preciso realçar um dos aspectos mais relevantes - e que, dependendo da hipótese, é o mais importante - que é o da punição ao infrator. O aspecto punitivo do valor da indenização por danos morais deve ser especialmente considerado pelo magistrado. Sua função não é satisfazer a vítima, mas servir de freio ao infrator para que ele não volte a incidir no mesmo erro.

Observa-se que o caráter punitivo está diretamente relacionado com a fixação do *quantum* indenizatório, pois através dessa fase que será enfatizado a punição do lesante, levando-se em conta o caso concreto e as razões e fatos de cada caso concreto. Nesse segmento Antônio Jeová Santos (2003, p.44) explica que:

Quem foi condenado a desembolsar certa quantia em dinheiro pela prática de um ato que abalou o bem-estar psicofísico de alguém, por certo não será recalcitrante na mesma prática, com receio de que sofra no bolso a consequência do ato que atingiu um semelhante. Sim, porque a indenização além daquele caráter compensatório deve ter algo de punitivo, enquanto sirva para dissuadir a todos de prosseguir na faina de cometimento de infrações que atinjam em cheio, e em bloco, os direitos personalíssimos.

Ou seja, o caráter punitivo/preventivo se firma no sentido de que a indenização paga pelo lesante não seja apenas para compensar o dano sofrido, mas também, para que o autor do dano sinta medo ao tentar praticar novo ato, estendendo-se esses efeitos à sociedade em geral.

Dentro do caráter preventivo do dano moral observa-se que a justiça brasileira vem adotando tal entendimento, uma vez que a apreensão de novos casos, além de uma ótima prestação judicial, as inúmeras demandas de danos morais diminuirão. Assim tem-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público - presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal a quo - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (“*punitivedamages*”), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro. [...] -é igualmente perflhada pelos Tribunais, especialmente pelo E. Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência, na matéria em questão, firmou essa mesma diretriz (REsp 295.175/RJ, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - REsp 318.379/MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI - REsp 355.392/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. CASTRO FILHO, v.g.):“I –A

indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza.”(RSTJ 151/269-270, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO - grifei)“*I – A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensore desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza. A fixação do seu valor envolve o exame da matéria fática, que não pode ser reapreciada por esta Corte (Súmula nº 7) [...]*.”(REsp 337.739/SP, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO - grifei) [...] (STF - AI 455846 / Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 11/10/2004) (grifos originais)

Nota-se que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal é da dupla função da responsabilidade civil, ou seja, compensação à vítima e punitivo ao agressor, tornando a condenação uma forma de desestimular futuros atos da mesma natureza. Nessa linha o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL - DANOS MORAIS - AUSÊNCIA DA GUIA ORIGINAL DE RECOLHIMENTO DO PREPARO - INTIMAÇÃO DO APELANTE - INÉRCIA - RECURSO NÃO CONHECIDO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - INOCORRÊNCIA - DENUNCIÇÃO DA LIDE - IMPOSSIBILIDADE - ART. 88 DO CDC - COMPENSAÇÃO DE CHEQUE CLONADO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO COMERCIANTE E DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - DANO MORAL - INDENIZAÇÃO DEVIDA - VALOR - EXTENSÃO DO DANO. [...] O desgaste do consumidor na tentativa de solucionar a questão, além de a falsificação de cheque gerar insegurança quanto à possibilidade de desconto de outros títulos falsificados, acarretam danos morais. **É razoável o valor dos danos morais arbitrados em R\$ 6.780,00 (seis mil, setecentos e oitenta reais), levando-se em consideração a proporcionalidade e razoabilidade, a fim de suprir o caráter punitivo -pedagógico do dano moral, não se afigurando exagerada a ponto de se constituir em fonte de renda, já que tem o nítido caráter compensatório.** Wp: O valor da indenização deve ser o suficiente para reparar o dano causado (art. 944, caput, do Código Civil), não podendo servir de enriquecimento indevido do ofendido (Des. Gutemberg da Mota e Silva). - Preliminar de ilegitimidade passiva não acolhida. Preliminar de denúncia da lide não acolhida. Primeiro recurso provido em parte. Segundo recurso não conhecido. (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.852 - MG (2014/0171242-0) RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO - 03/12/2019) (grifou-se)

Do mesmo modo o Superior Tribunal de Justiça adota o critério compensatório e punitivo do dano moral, o qual está em conformidade com a legislação vigente, trazendo maior eficácia à justiça brasileira, bem como prevenindo novas reincidências da mesma natureza. Por fim, é interessante trazer à baila o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

DUPLICATA SEM LASTRO COMERCIAL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA. RECURSO DO DEMANDANTE. DA-

NOS MORAIS. INSURGÊNCIA LIMITADA AO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR FIXADO QUE SE COADUNA COM AS PARTICULARIDADES DO CASO, BEM COMO ATENDE AO CARÁTER PEDAGÓGICO DA INDENIZAÇÃO. Na fixação do valor da indenização por danos morais, deve ser observado o caráter pedagógico, com o objetivo de advertir o causador do dano acerca da conduta ilícita por ele perpetrada. Por outro lado, deve compensar à vítima pelo abalo moral a qual foi submetida, sem ocasionar, contudo, o seu enriquecimento sem causa. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Grifou-se) (TJSC, Apelação Cível n. 0006223-19.2011.8.24.0008, de Blumenau, rel. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 12-03-2020).

Portanto, findando o presente trabalho, mostra-se que por este julgamento recente do Tribunal de Justiça catarinense que o caráter pedagógico do dano moral é levando em consideração para a fixação do *quantum* indenizatório para de repudiar futuras lesões de mesma índole.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar os requisitos para fixação do dano moral e sua eficácia à luz do seu duplo caráter (compensatório e preventivo). Tema de grande relevância haja vista as inúmeras demandas judiciais em busca desse instituto. Nota-se que a valoração do dano é complexa e também muito importante para a compensação do dano e prevenção/repreensão de futuros casos de natureza semelhante e, ainda, para a segurança jurídica das decisões judiciais.

Pode-se observar que o dano moral no direito brasileiro é muito recente, sendo concebido expressamente na Carta Magna de 1988 e sendo perfectibilizado com o Código Civil de 2002. Dessa forma o tema é de grande discussão e controvérsias quanto à sua fixação, haja vista que não existem padrões ou tabelas a serem seguidas.

Conforme item 3 do presente artigo, nota-se que a responsabilidade civil divide-se em duas grandes áreas: Dano material e moral, sendo que aquele é em linhas gerais de fácil fixação e ressarcimento, porém este possui maior complexidade, pois não há forma de ressarcimento e sim compensação e nessa senda não há como realizar a padronização dos sentimentos humanos, haja vista que cada ser possui características próprias e conseqüentemente cada um responderá de uma forma a uma mesma lesão.

Levantada tal questão, através de pesquisa doutrinária, constatou-se que em sua maioria, primeiramente deve-se especificar o que pode causar dano moral, e assim a configuração se dá pelo conjunto da ilicitude da conduta do agente e a gravidade da lesão, ou seja, atos que não ultrapassam o mero dissabor do cotidiano não podem gerar dano moral e ainda observar os requisitos gerais da responsabilidade civil como o nexo de causalidade, conduta do autor/lesante e o dano/lesão.

Passando esse celeuma, a fixação do dano torna esta modalidade de responsabilidade civil desafiadora, pois diferente do dano material que poderá ser ressarcido e retornar ao *status quo ante*, o moral não é simples assim, pois a lesão ocorre ao íntimo do indivíduo e dessa maneira não há como precisar de que forma ocorreu a absolvição da lesão pela pessoa e assim o magistrado terá um grande desafio para valorar o dano,

observando os caracteres compensatório e preventivo.

Dessarte, tanto a doutrina quanto na jurisprudência nota-se que elementos do caso devem ser levados em consideração: Repercussão da lesão, condições financeiras das partes, grau de culpa, sofrimento acarretado à vítima, o proveito econômico obtido pelo lesando, entre outros elementos. Além dos elementos intrínsecos ao caso, a razoabilidade e proporcionalidade necessitam estar junto na fixação do dano para maior contribuição na segurança jurídica.

Encerrando o presente trabalho, o caráter pedagógico/preventivo do dano moral, verifica-se estar interligado na valoração do dano, punindo de certa forma o lesante, advertindo-o sobre futuras ocorrências e de igual modo à sociedade, buscando como objetivo dessa punição a prevenção de futuras lesões de mesma natureza.

Portanto, a fixação de critérios para a valoração do dano moral, bem como aos elementos mínimos para a sua configuração, corrobora para uma excelente prestação jurisdicional, segurança jurídica, bem como ao seu duplo caráter (compensatório e punitivo). Contribuindo para a defesa dos direitos daquelas pessoas que realmente foram ofendidas, afastando do âmbito judicial àquelas causas sem fundamentos mínimos e que não ultrapassam o mero dissabor do cotidiano e principalmente nos casos de dano moral compensando a lesão sofrida e de outro punindo o agente, prevenindo futuras lesões de mesma natureza.

Encerrando, por ser relativamente novo na legislação brasileira, há muito o que evoluir, porém, já houve grande crescimento com o seguimento dos critérios e elementos junto com a criação dos caracteres compensatório e punitivo como bem demonstrados no presente trabalho, através das doutrinas e entendimentos jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Leis e decretos. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03/out/2020.

_____. **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>. Acesso em: 24/nov/2020.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03/out/2020.

CAHALI, Y. S. **Dano Moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FAVARETTO, C. **A tríplex função do dano moral**. Disponível em: <https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 27/nov/2020.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Vol. 4. 13. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br>. Acesso em: 03/out/2020.

_____. **Responsabilidade civil:** Direito Civil brasileiro. Vol. 4. 15. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br>. Acesso em: 26/set/2020.

MELO, N. D. **Dano moral nas relações de consumo:** doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br>. Acesso em: 26/set/2020.

MIRAGEM, B. N. B. **Direito Civil - Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br>. Acesso em: 27/set/2020

OLIVEIRA, R. P. R. **Dano moral e seu caráter desestimulador.** Disponível em: <http://www.lex.com.br>. Acesso em: 10/out/2020.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil.** Vol. 3. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br>. Acesso em: 27/set/2020

RODRIGUES, R.; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica.** 9. ed. Lages: Papervest, 2020.

SANTOS, A. J. **Dano Moral Indenizável.** 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AI 455846** / Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 11/10/2004 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 17/out/2020

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial nº 1.497.852** - MG (2014/0171242-0) RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO - 03/12/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br>. Acesso em: 17/out/2020

_____. **Agravo em recurso especial nº 1.345.802** - MT (2018/0206914-0) Relator: Ministro Moura Ribeiro - 25/02/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br>. Acesso em: 24/nov/2020

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Apelação Cível n. 0006223-19.2011.8.24.0008**, de Blumenau, rel. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 12-03-2020. Disponível em <http://busca.tjsc.jus.br>. Acesso em: 17/out/2020

_____. **Apelação Cível n. 0300980-71.2019.8.24.0030**, de Imbituba, rel. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 21-01-2020. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br>. Acesso em: 17/out/2020

PARIDADE DE ARMAS: A DESIGUALDADE ENTRE A ACUSAÇÃO E A DEFESA NO PROCESSO PENAL

Vitor Pacheco¹

Joel Saueressig²

Luiz Claudio Araujo Schneider³

Tatiana Zanghelini Ribeiro⁴

RESUMO

O presente trabalho, denominado artigo científico, possui como requisito a aprovação no curso de Bacharel em Direito, cujo título é, a paridade de armas: a desigualdade entre a acusação e a defesa no processo penal, tendo por fundamento o artigo 5º da Constituição Federal, sobre o princípio da igualdade no Código de Processo Penal entre a acusação e a defesa. A igualdade processual abrange toda a persecução penal até o tribunal do júri, apontando as desigualdades entre as partes na fase do inquérito policial, as questões atinentes a estrutura funcional e econômica dos sujeitos, destacando os pontos acerca da estrutura cênica das salas de audiência e do tribunal do júri, e a consequente inobservância dos princípios fundamentais do processo penal em razão da disparidade de armas.

Palavras-chave: Igualdade. Processo Penal. Acusação. Defesa.

ABSTRACT

The present work, called scientific article, has as a requirement the approval in the Bachelor of Law course, whose title is the parity of arms: the inequality between the prosecution and the defense in the criminal process, based on article 5º of the Federal Constitution, on the principle of equality in the Penal Procedure Code between the prosecution and the defense. Procedural equality covers all criminal prosecution up to the jury court, pointing out the inequalities between the parties at the stage of the police investigation, the issues pertaining to the subjects functional and economic structure, highlighting the points about the scenic structure of the audience rooms and the jury court, and the consequent failure to observe the fundamental principles of criminal procedure due to the disparity in arms.

Key Words: Equality. Criminal Proceedings. Accusation. Defense.

¹ Acadêmico 10ª fase do Curso de Direito do Centro Universitário Unifacvest.

² Professor Mestre em Direito do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST.

³ Profº especialista em Direito Penal e Processo Penal e em Processo Civil. Mestre em Ambiente e Saúde. Advogado.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest. Formada em Direito pela Uniplac, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UFSC, Mestra em Práticas Transculturais pelo Centro Universitário Unifacvest, Advogada e Professora Universitária.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso versa sobre o princípio da paridade de armas e as desigualdades entre o órgão acusador e a defesa no processo penal.

A relevância do mencionado assunto pode ser justificada pela importância do princípio da paridade de armas no ordenamento jurídico brasileiro, pois decorre dos princípios constitucionais da igualdade, contraditório e do devido processo legal. Em suma, a paridade de armas está intimamente ligada ao processo penal, uma vez que objetiva igualar as partes no processo. De um lado está o Ministério Público, órgão acusador, cujos benefícios e superioridade econômica, estrutural, investigativa e processual são nítidas em comparação à defesa, na figura da Defensoria Pública ou Advocacia.

O problema se encontra na inobservância do princípio da igualdade de armas na prática, pois se mostra como um preceito fictício, tendo em vista as grandes diferenças existentes entre os polos processuais.

Buscando averiguar respostas para o presente problema, o trabalho apresenta como objetivo geral observar o desenvolvimento histórico da igualdade de armas e a aplicação desse preceito no direito processual penal. E, como objetivos específicos, busca-se apontar o desequilíbrio entre acusação e defesa, bem como analisar os efeitos gerados pela inobservância da paridade de armas.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

O artigo científico se divide em três tópicos, sendo que o primeiro item tratará da origem e do desenvolvimento histórico do princípio da igualdade, desde a constituição monárquica de 1824 até a atual carta republicana, a incidência da igualdade entre as partes nos processos penais brasileiros, da mesma maneira que traz o conceitos e características. Neste item será possível constatar que, atualmente, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, reconhece a igualdade entre os sujeitos processuais.

Posteriormente, no segundo item serão abordadas as disparidades existentes entre o Ministério Público e a Defesa nas áreas econômicas, estruturais, na fase de inquérito policial, nas questões processuais e no que diz respeito ao tribunal do júri.

Finalmente, no terceiro item, abordar-se-á a violação dos princípios fundamentais existentes na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, em virtude do desrespeito a igualdade entre os sujeitos processuais.

2. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DO PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS

O presente item tem por objetivo demonstrar o significado, origem e o desenvolvimento histórico do princípio constitucional da igualdade e o princípio da paridade de armas, até a consolidação destes preceitos no atual Código de Processo Penal brasileiro e a Carta Republicana de 1988.

Em suma, a igualdade consiste no tratamento idêntico dos cidadãos, sem

qualquer tipo de discriminação. Nas palavras de Capez (2017, p.19): “As partes devem ter as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualmente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades”.

Por outro lado, em uma leitura simples, a paridade de armas versa sobre a igualdade entre a acusação (Ministério Público) e a defesa (Defensoria Pública ou Advocacia) no processo penal, devendo receber do magistrado tratamento idêntico, para que possam exercer as mesmas oportunidades durante o julgamento de um réu.

De acordo com Tourinho Filho (2013, p.59): “No processo, as partes, embora figurem em polos opostos, situam-se no mesmo plano, com iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades”.

Assim, a igualdade de armas consiste no tratamento sem distinção entre a acusação e a defesa no processo penal, devendo o magistrado garantir a isonomia entre os polos.

Historicamente, o princípio da igualdade, surgiu na Declaração de Independência Americana, elaborada no estado da Virgínia no ano de 1776, trazendo em seu inciso I o pensamento de que:

Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

Com a Revolução Francesa em 1789, surge na França a primeira Constituição a tratar do princípio da igualdade. Com inspiração na Declaração de Independência americana, a Constituição Francesa de 1791 consagrava a igualdade em seu artigo 1º, aduzindo que: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum”. Desta forma, a igualdade surgiu com as revoluções ocorridas nos Estados Unidos da América e na Europa, tendo por base a ideia liberal de autodeterminação do homem.

Com a ascensão do Império do Brasil, e com a elaboração da Constituição de 1824 com ideias liberais, a igualdade aparece, ainda que tímida, no artigo 179, inciso XIII, dispondo que:

A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...] XIII - A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

Com a proclamação da República do Brasil, o princípio da igualdade ganhou força na Constituição de 1934, especificamente no artigo 113, inciso I, no qual traz que: “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”.

Após intensas instabilidades políticas e econômicas, e com o fim do regime militar, foi promulgado a Constituição Federal de 1988, totalmente democrática. Surge assim a igualdade formal e material, prevista no caput do artigo 5º onde: “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”. Assim, manteve-se a ideia liberal de igualdade, mas não somente na própria lei, como também na prática, especificamente no tratamento entre os possuidores deste direito.

Sobre o tema, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Celso de Melo, relator no julgamento do Mandado de Injunção nº 58, na qual tratava acerca da majoração de vencimentos devidos a servidor público em observância ao princípio da isonomia, proferiu voto no sentido de que:

Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. **A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no momento de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.** (STF, 1991, grifo nosso)

Ademais, conforme trata a Carta Magna, as exigências decorrentes da igualdade de fato são inerentes aos objetivos fundamentais da República do Brasil em reduzir as desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1988, art. 3º, III).

Concernente ao princípio da paridade de armas, decorrente do preceito da igualdade, esta foi introduzida de forma tímida e lenta no ordenamento jurídico brasileiro, passando por inúmeros períodos históricos até a sua consolidação. Durante o Império do Brasil, foi elaborada a Lei de 29 de novembro de 1832, o que se tornou o primeiro Código de Processo Penal brasileiro, sem distinguir, no entanto, a separação e as funções das partes processuais. Dessa forma, o código processual penal do Império nem sequer se preocupou em tratar a igualdade entre acusador e defesa, assim como a democratização dos embates nos julgamentos.

Já com a proclamação da República do Brasil em 1889, sucedeu-se a promulgação da Constituição Republicana de 1891, na qual a competência para legislar dividiu-se em residual e própria, aduzindo em seu art. 34, parágrafo 22, que: “Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 22 - legislar sobre o direito civil. Comercial e criminal da República e o processual da justiça federal”.

Diante disso, conforme preconizava o artigo 65, parágrafo 2º da Carta Política de 1891, ficou reservado aos estados a competência para elaborar as leis processuais, assim como a organização judiciária, em matéria criminal que não envolva as questões de competência da justiça federal. Dessa forma, vários estados elaboraram seus códigos de processo penal, sendo que em nenhum ordenamento regional houve a imposição do tratamento entre as partes no processo. Contudo, há de se notar que no Código Judiciário do Estado do Rio de Janeiro (BRASIL, 1919), houve a criação de uma nova sistemática no interrogatório do réu, na qual o artigo 328 tratava da advertência de que:

O interrogado nunca será obrigado a responder precipitadamente, devendo a autoridade conceder-lhe o tempo que lhe parecer razoável para recuperar a serenidade que tenha perdido da narração dos factos ou circunstâncias particulares ou de tempos mais remotos.

Assim, neste código estadual, passou-se a observar o direito ao contraditório do réu, de forma a permitir que o advogado formulasse a defesa técnica de seu cliente.

No entanto, com a elaboração da Constituição de 1934, ocorreu a alteração na sistemática de elaboração regional dos códigos processuais, pois o artigo 5º, inciso XIX, alínea “a” trouxe a competência exclusiva da União para legislar sobre direito processual.

Logo após, o então presidente da República, Getúlio Vargas, editou o Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941, o último Código de Processo Penal brasileiro, que trouxe inovações no que diz respeito ao tratamento igualitário das partes. Nele, segundo o artigo 257: “O Ministério Público promoverá e fiscalizará a aplicação da lei”, estabelecendo dessa forma a competência penal da promotoria pública. Já com relação ao acusado, o art. 261 aduz que: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”, consolidando o direito fundamental da ampla defesa e do contraditório. Todavia, apenas com as reformas que se seguiram, a paridade de armas é consolidada no processo penal.

Com o advento da Lei nº 10.792 de 2003, alterou-se o artigo 186 da redação original do *códex* processual penal, que antes tratava a respeito do silêncio do acusado e sua interpretação como prejuízo da sua defesa, trazendo que:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Esta alteração foi de suma importância ao princípio da igualdade de armas, assim como a presunção de inocência do réu, sem a imposição pelo juízo na culpa do acusado em virtude do seu silêncio.

Já com as alterações ocorridas com a da Lei nº 11.690, de 10 de junho de 2008, abriu-se ainda mais o campo da igualdade processual, pois com o acréscimo do artigo 159, especificamente em seu parágrafo 3º, surge a facultação do Ministério Público, assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado à “formulação de quesitos e indicação de assistente técnico”. Em vista disso, surgiu a oportunidade igualitária entre a acusação e a defesa no que se refere a oitiva de peritos em audiência.

No que diz respeito as atividades inquiritórias do magistrado, também houve mudanças com as alterações ocorridas com a introdução lei de 11.690 de 2008, pois estas atividades passaram a serem apenas supletivas, sendo necessárias somente em casos de pontos não esclarecidos, conforme preconiza o artigo 212, parágrafo único do Código de Processo Penal. Destarte, ficou a cargo apenas do *Parquet* a formulação de perguntas acusatórias, desprendendo a figura do magistrado ao da acusação, fortalecendo a paridade de armas.

Com a entrada da Lei nº 11.719 de 2008, houve uma significativa modificação

no que consiste no tratamento igualitário entre Ministério Público e defesa. Isso porque, com a nova redação dada pelo art. 400, estabeleceu-se o interrogatório do acusado na audiência de instrução e julgamento como instrumento de defesa, haja vista a colheita de prova testemunhal anterior ao interrogatório. Também houve a introdução dos artigos 396 e 396-A, na qual se passou a oportunizar as respostas do acusado quanto a acusação feita pelo Ministério Público, fortalecendo o princípio do contraditório e da ampla defesa, em conjunto com a igualdade processual entre os polos.

Ressalta-se ainda, a alteração da competência de atuação penal do Ministério Público, que passa de mero fiscal da execução da lei para, de acordo com a nova redação dada ao art. 257 do Código de Processo Penal, detentor da competência para promover a ação penal pública, mantendo-se intacta a função de *Custos Legis*.

No que concerne ao tribunal do Júri, a introdução da Lei nº 11.689 de 2008 trouxe novidades, em especial ao artigo 474, parágrafo 3º, que preconiza:

Art. 474 - A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção. [...] § 3o Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

Diante desta medida inédita, a imagem do réu deixou de ser a de culpado, sendo imperativo a observância da presunção de inocência, estabelecendo a igualdade entre acusação e a defesa na busca do julgamento justo e democrático do réu.

Em síntese, nessa primeira parte se viu que o princípio da igualdade surgiu após a declaração da independência dos Estados Unidos da América em 1776, e a elaboração da Constituição francesa de 1791, assim como a introdução na primeira Constituição brasileira em 1832, passando por várias etapas até a sua consagração no artigo 5º da atual Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Além disso, foi possível ver a introdução tímida da paridade de armas no ordenamento jurídico brasileiro, na qual consiste no tratamento igualitário entre a acusação e a defesa nos embates processuais, até ser consolidada no atual código de processo penal.

A seguir, o próximo item tratará da aplicação da igualdade de armas no processo penal, assim como a disparidade existente entre o Ministério Público e a defesa na prática.

3. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS E A DESIGUALDADE PROCESSUAL

Neste item, será abordada a aplicação da igualdade processual no direito penal brasileiro, com as suas desigualdades, diante da disparidade havida entre acusação e defesa no direito processual penal.

Como demonstrado no item anterior, a paridade de armas existe para equiparar as partes processuais, qual seja a acusação, representada pelo Ministério Público, e a defesa, na figura do advogado ou da Defensoria Pública. Esta norma é decorrente dos

preceitos constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, incluindo, ainda, o princípio norteador da paridade de armas, o da igualdade.

Embora não haja menção expressa no Código de Processo Penal, a paridade de armas encontra respaldo no artigo 7º do Código de Processo Civil, que aduz:

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Dessa forma, há a aplicação do artigo 3º do CPP que dispõem que a “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Ao Ministério Público, órgão acusador, cabe promover a ação penal, com o ônus da prova no processo penal. Já para a Defesa, cabe salvaguardar os direitos de seu cliente ou assistido, fazendo-se valer o princípio do contraditório, da ampla defesa e do status de inocência do réu.

Assim, a igualdade entre os polos é necessária em um Estado democrático de direito. Sobre isso, colhe-se o entendimento de Gomes e Mazzuoli (2010, p.113):

A igualdade não pode ser, evidentemente, somente formal: o correto enfoque da ‘paridade de armas’ leva ao reconhecimento não de uma igualdade estática, senão dinâmica, em que o Estado deve suprir desigualdades para vivificar uma igualdade real. Se o devido processo é a expressão jurisdicional democrática de um determinado modelo de Estado, essa igualdade somente pode ser a substancial, efetiva, real. As oportunidades dentro do processo (de falar, de contraditar, de reperguntar, de opinar, de requerer e de participar das provas etc.) devem ser exatamente simétricas, seja para quem ocupa posição idêntica dentro do processo (dois réus, v.g.), seja para os que ostentam posição contrárias (autor e réu, que devem ter, em princípio, os mesmos direitos, ônus e deveres).

No que concerne à fase investigativa, onde cabe à autoridade policial buscar informações e provas, há de se notar a ausência da investigação defensiva. Ainda que o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha pacificado a súmula vinculante nº 14, na qual trata que: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Nota-se que o defensor possui pouquíssimos meios investigativos, estando a mercê do juízo de autoridade na qual dispõe o artigo 14 do CPP, aduzindo que: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”. Assim, o acusado conta apenas com seu advogado ou defensor público para salvaguardar o direito à ampla defesa e ao contraditório, sem ao menos ter acesso à sistemas ou meios de investigação defensiva.

Já o *Parquet*, que possui o inquérito policial a seu favor, com ampla atividade policial, tem a seu lado vários órgãos e instituições, tais como a Polícia Civil, Polícia Militar, Polícia Federal, Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF),

Banco Central do Brasil, dentre outras que compõem o aparato estatal que integram o polo acusatório. Ademais, possuem acesso a sistemas de informações privativos aos serventuários do Estado, buscando a alteração do status de inocência do réu. Além disso, o ente ministerial não necessita do juízo de autoridade para requisitar diligências, pois encontra respaldo no artigo 13, inciso II do CPP, que preconiza que incumbirá à autoridade policial: “Realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público”.

Nessa senda, entende o renomado jurista italiano, Ferrajoli (2010, p.490):

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau de procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

É notável o poderio econômico e estatal do Ministério Público em face da defesa, demonstrando a inobservância da isonomia de armas na fase pré-judicial.

Ainda, é necessário mencionar a disparidade entre o Ministério Público e a Defensoria Pública no que diz respeito aos recursos orçamentários, estruturais e humanos. O Parquet dispõe de uma ampla estrutura, autonomia financeira e recursos abundantes, o qual é consagrado pelo artigo 127, parágrafo 2º da Constituição Federal, que assegura a “autonomia funcional e administrativa”.

Já Defensoria Pública carece de recursos, muitas vezes fadados ao orçamento disponível do poder público, desempenhando seus ótimos trabalhos em salas minúsculas, dispondo de poucos recursos para a sua atividade. Nesse sentido, leciona Távora (2016, p. 48):

Seria fictícia a paridade, se o órgão ministerial, acusador oficial, desfrutasse da estrutura e condição digna e necessária de trabalho, ao passo que os defensores, assoberbados pelas demandas que se acumulam, ficassem na condição de pedintes, subjugados a boa vontade do Executivo para que pudessem galgar um mínimo de estrutura para desempenhar as suas funções.

É evidente o poder econômico do órgão acusador em face da Defensoria Pública. Ademais, ressalta-se a necessidade de autonomia financeira à Defensoria Pública, a fim de propiciar a tão mencionada paridade de armas.

Já durante a fase judicial, a sistemática adotada pelo processo penal brasileiro é o sistema acusatório, que segundo as palavras de Capez (2017, p.412): “As funções são separadas: um órgão acusa, outro defende e outro julga. Em tal sistema, o acusador e o defensor são partes e estão situados no mesmo plano de igualdade, mantendo-se o juiz equidistante das partes”. Assim, tem-se a separação de funções entre os sujeitos do processo, sem distinção ou hierarquia entre eles.

Durante as audiências criminais e no tribunal do júri, o simbolismo da promotoria pública é incontestável, pois o promotor de justiça está ombreado com o magistrado

do que dirige a audiência, construindo a ideia de que há uma força dupla do Estado que está indagando o réu.

Ainda, existe o estereótipo de que há uma hierarquia entre os sujeitos do processo, com o juiz no centro e o promotor ao seu lado, aparentando uma superioridade funcional perante o defensor. A aproximação entre o órgão julgador e o órgão acusador, por muitas vezes, possibilita uma maior comunicação, o que não deveria existir, pois, retira a aparência da imparcialidade do magistrado.

Com relação ao tribunal do júri, a postura física do promotor junto ao presidente da sessão, próximo dos jurados, muitas vezes ajuda na decisão dos jurados para a condenação do réu, visto que existe a impressão de que ambos estão unidos na busca da punição. Por outro lado, a defesa figura sentada do outro lado, afastada do juiz e dos jurados, sendo uma patente violação da paridade de armas.

Nesse passo, averiguam Casara e Karam (2005, p.125):

Esta estrutura cênica, manifestamente inadequada ao modelo republicano e aos princípios garantidores expressos nas declarações universais de direitos e na Constituição Federal brasileira, nitidamente revela a estrutura patriarcal e a ideologia de casta, que, entranhadas na autoridade histórica do Estado brasileiro, favorecem o surgimento de violências simbólicas e tratamentos privilegiados, que acabam por não ser sentidos, nem percebidos como tal.

Dessa feita, a estrutura e a disposição das cadeiras em uma sala de audiência não seguem os parâmetros democráticos consagrados pela Constituição Federal, demonstrando a imagem de uma superioridade funcional do representante de Ministério Público em face da defesa.

Ainda, constata Pletsch (2007, p.46):

Topograficamente, o Ministério Público, na sala de audiências ou de sessão nos Tribunais, está à direita do julgador, ocupando uma “posição cênica”. Além disso, o acusado e as testemunhas que desconhecem a estrutura e o funcionamento do Poder Judiciário são incapazes de distinguir o órgão julgador do órgão acusador. Se há dúvidas sobre o distanciamento do Ministério Público e do magistrado, é certo o distanciamento de ambos e do defensor, o único a estar próximo do acusado.

Assim, existe a impressão de que o Estado está unindo forças, entre o promotor de justiça e o magistrado, para buscar a condenação do réu, diante da proximidade existente entre ambos em decorrência da disposição cênica dos assentos em uma sala de audiência.

Da mesma Maneira, há decisões judiciais no sentido de separar o lugar ocupado pelo representante do ministério público ao lado do magistrado. Em 2011, o juiz federal Ali Mazloum, titular da 7ª Vara Federal da 1ª subseção Judiciária do Estado de São Paulo, determinou a adequação da sala de audiência com a retirada da mesa do ministério público ao lado do juiz federal, objetivando que os presentes fiquem no mesmo plano, estabelecendo o assento do “*Parquet*” defronte ao assento reservado a defesa.

Entretanto, tal medida foi objeto de medida de segurança preventivo (MS 0038365-55.2010.4.03.0000/SP) impetrada pelo Ministério Público Federal (MPF)

contra a decisão administrativa do juiz Mazloum, sendo liminarmente deferido pela Desembargadora Federal Cecília Marcondes, a qual determinou o restabelecimento da mesa do Ministério Público ao lado do magistrado, ao argumento de que o Ministério Público Federal (MPF) não deve ser considerado como parte no processo, e sim como fiscal da ordem jurídica (TRF3, 2011).

Diante do deferimento liminar da Desembargadora Marcondes, o juiz federal Mazloum ingressou com a reclamação nº 12.011 ao Supremo Tribunal Federal (STF), argumentando o tratamento igualitário entre o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública ou a Ordem dos Advogados do Brasil, em observância ao princípio da paridade de armas, bem como pelo fato de que cabe ao juiz natural assegurar a igualdade de tratamento entre o polo acusatório e o polo defensivo. Contudo, a mencionada reclamação não prosperou, tendo em vista a perda do prazo do autor para manifestação, pugnando a Procuradoria Geral da República (PGR) pela extinção do feito diante da falta de interesse, encerrando a discussão em 2019.

Nota-se que a discussão a respeito da igualdade de armas é recente, não havendo ainda um posicionamento das cortes superiores no que concerne à estrutura cênica das salas de audiência e tribunal do júri, em observância da isonomia entre as partes no processo penal.

Nessa abordagem foi possível constatar que no direito processual penal brasileiro, as igualdades entre os sujeitos processuais são utópicas, diante do aparato estatal em favor do órgão acusador, buscando a alteração do estado de inocência do réu, enquanto a defesa fica à mercê do magistrado para requerer diligências.

Além disso, existe uma clara desvantagem da Defensoria Pública em face do *Parquet*, porquanto carece de estruturas dignas, sendo inteiramente dependente dos repasses orçamentários do Poder Público, enquanto o Ministério Público possui autonomia funcional e financeira.

Do mesmo modo, existe uma nítida violação do princípio da isonomia de armas no que diz respeito a estrutura cênica das salas de audiência e do tribunal do júri, isso porque o assento do promotor de justiça está ao lado do magistrado, enquanto a defesa fica afastada. Durante os embates do tribunal do júri, a aproximação do magistrado com o representante do Ministério Público passa uma imagem de que existe uma dupla força estatal questionando o réu.

Em seguida e finalmente, se tratará da violação dos preceitos fundamentais do contraditório, da imparcialidade do juiz e do devido processo legal, em virtude da inobservância do princípio da isonomia de armas entre acusação e defesa.

4. A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS EM VIRTUDE DA DISPARIDADE DE ARMAS

Neste tópico, serão abordadas as violações dos princípios fundamentais elencados no ordenamento jurídico brasileiro em razão da disparidade de armas havida entre acusação e defesa, tais como os princípios do contraditório, do devido processo legal e da imparcialidade do juiz.

No item anterior foi possível constatar que, na prática, a paridade processual entre o Ministério Público e a Defesa é fictícia, uma vez que há grandes obstáculos para

se obter a igualdade entre os sujeitos processuais. O órgão acusador detém superioridade econômica e estrutural em face da defesa, além de possuir vantagens processuais na fase pré-judicial e na fase judicial do processo penal. Ademais, o simbolismo do *Parquet* nas salas de audiência e tribunal do júri é incontestável, pois está ombreado ao magistrado durante os embates.

Ocorre que, a inobservância da igualdade de armas, na prática, gera violações a preceitos fundamentais ao processo penal brasileiro.

Entre estes preceitos violados, existe o princípio do contraditório. Está consagrado no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, na qual consiste em proporcionar à defesa contrariar os atos judiciais e administrativos imputados a uma pessoa. Nota-se que a violação deste princípio ocorre já na fase do inquérito policial, uma vez que ao acusado não é permitido se manifestar. Ainda que seja um procedimento administrativo, de natureza inquisitória, para fins de coleta de informações para eventual ação penal, a inobservância da paridade de armas na fase policial gera ofensa direta ao princípio do contraditório, uma vez que, de acordo com o art. 14 do Código de Processo Penal, qualquer diligência na busca da investigação defensiva fica à mercê do juízo de autoridade, enquanto o Ministério Público pode solicitar diligências à autoridade policial sem o crivo do Poder Judiciário.

Assim, leciona Mirabete (2006, p.27):

Do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham.

Diante disso, nota-se que o acusado encontra obstáculos em buscar provas para a sua defesa, assim como de solicitar diligências. Portanto, a inobservância da igualdade de armas viola diretamente o direito do acusado em contraditar, visando afastar eventual prova ilícita e falsa imputação durante o inquérito policial, bem como apresentar as provas que lhe convém à sua defesa.

Além disso, endente Ferrajoli (2010, p. 487):

A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas.

Assim sendo, para que haja o exercício do contraditório, faz-se necessário garantir a igualdade entre os sujeitos processuais, cabendo ao Estado-Juiz assegurar a bilateralidade dos atos das partes em pé de igualdade, para que se tenha o controle justo e democrático na persecução penal.

Igualmente, outro preceito fundamental ao processo penal violado é o da imparcialidade do juiz. Segundo as palavras de Capez (2003, p.18): “O juiz situa-se na relação processual entre as partes e acima delas, fato que, aliado à circunstância de que ele não vai ao processo em nome próprio, nem em conflito de interesses com as partes, torna essencial a imparcialidade do julgador”. Assim, a imparcialidade do magistrado é

fundamental no julgamento em um devido processo, sem tomar as rédeas das peculiaridades do caso.

Ocorre, ainda, que durante as audiências criminais, o magistrado realiza duros questionamentos as testemunhas de defesa e até mesmo ao réu, de forma a intimidá-los, confundindo os papéis do julgador com o da acusação, uma clara violação a paridade de armas.

Com efeito, a aproximação do promotor de justiça com o magistrado nas salas de audiência, em razão da estrutura cênica, afeta profundamente o status de imparcialidade do julgador. É comum, na atual sistemática penal, que o magistrado determine de ofício a realização de diligências para a colheita de provas acusatórias, ainda que para esclarecer dúvidas ao processo. Assim, existe a premissa de que há uma dupla força estatal, entre o Estado-Juiz e o órgão acusatório, buscando a condenação do réu.

Sobre isso, colhe-se o entendimento de Nicollit (2019, p.112):

A estrutura das audiências, com o contorno dado pelas indigitadas leis, além de violar a isonomia retira do juiz a aparência de imparcialidade. Nas audiências, que são públicas, o acusado, seus parentes, as pessoas que assistem ao ato não dão credibilidade à imparcialidade da Justiça quando veem o órgão que deduz a pretensão punitiva Estatal e, uma posição de proximidade com o juiz.

Em vista disso, tem-se que a disparidade de armas afeta significativamente a imparcialidade do juiz, podendo violar o devido processo legal, em razão da aproximação entre *Parquet* e o julgador.

De outra ponta, o devido processo legal, que encontra respaldo no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, é outro preceito violado em razão da inobservância da paridade de armas. De acordo com Capez (2003, p.30):

No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado.

Em suma, deve-se obedecer aos atos judiciais para que ocorra a legalidade no julgamento, devendo seguir à risca todos os procedimentos sem exceções.

Entretanto, a desigualdade entre os polos processuais fere a garantia do devido processo legal, uma vez que deixa a defesa em pé de desigualdade. Nesse sentido, compreende Moraes (2020, p.121) que: “O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado”.

Diante disso, o desrespeito à paridade de instrumentos no processo penal fere o devido processo legal, pois existe uma arbitrariedade do Estado em face do cidadão, pois não foi observado a igualdade entre os polos processuais.

Dessa feita, resta claro que o atentado ao princípio da paridade de armas gera

a violação dos preceitos basilares do processo penal brasileiro, ocasionando injustiças. Destarte, para se buscar o julgamento justo e democrático, a igualdade entre Ministério Público e a defesa é essencial em um Estado democrático de direito.

Neste item, foi possível constatar que a inobservância da igualdade de armas do processo penal, fere princípios essenciais ao processo penal. O preceito do contraditório é ofendido ao desproporcionar o acesso da defesa a manifestação durante o inquérito policial, assim como requerer diligências buscando a investigação defensiva, ficando à mercê do magistrado para análise do pedido, porquanto o Ministério Público pode requerer diligências diretamente à autoridade policial.

Outrossim, a imparcialidade do juiz é afetada diante do desrespeito a paridade de armas, tendo em vista a aproximação do julgador com o *Parquet* nas salas de audiência e do tribunal do júri, tomando o papel de acusador durante a oitiva de testemunhas e inquirição do réu. Além disso, a estrutura cênica das salas de audiência facilita a comunicação entre juiz e promotor, passando a imagem de uma dupla força do Estado questionando o réu.

Por fim, o devido processo legal é desrespeitado diante do desequilíbrio entre as partes processuais, pois a defesa fica em desigualdade diante do órgão estatal, afetando a busca da investigação defensiva, assim como nos requerimentos e manifestações ao Estado-Juiz.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve como objetivo analisar o princípio da paridade de armas e a sua aplicação no sistema processual penal. Tema de grande relevância, tendo por escopo o artigo 5º da Constituição Federal que trata da igualdade, abordou-se a isonomia de tratamento entre o Ministério Público, órgão acusador, e a Defesa, na figura do advogado ou defensor público, no processo penal brasileiro.

Viu-se, no primeiro item, o surgimento do princípio da igualdade, que consiste no tratamento idêntico dos cidadãos sem qualquer tipo de discriminação, com a declaração da independência dos Estados Unidos da América em 1776, e a elaboração da Constituição francesa de 1791. A introdução deste preceito no ordenamento jurídico brasileiro se deu na primeira Constituição monárquica brasileira em 1824, com influência dos ideais liberais da época. Manteve-se a ideia de igualdade nas Constituições brasileiras que se seguiram até ser positivada no artigo 5º da atual Constituição Federal.

Inclusive, relacionado ao primeiro item, verificou-se que a criação o princípio da paridade de armas é decorrente do artigo 5º da Carta Magna, consistindo no tratamento igualitário entre acusação e defesa no processo penal, desde o inquérito policial até o julgamento, sem qualquer tipo de desvantagem entre os polos processuais. Sua introdução no direito brasileiro se deu de forma tímida e lenta, sendo consolidado apenas com o Código de Processo Penal de 1941 e a introdução das reformas que se seguiram.

Já no segundo item, analisou-se a aplicação do princípio da paridade de armas com as suas inobservâncias. Demonstrou-se que, na prática, este preceito é utópico, diante do poder estatal em favor do órgão acusador, na qual dispõe de ampla atividade policial de vários órgãos e instituições do Estado, buscando a alteração do estado de inocência do réu. Por outro lado, a defesa carece de meios de investigação defensiva,

estando à mercê do magistrado para requerer diligências, enquanto o Ministério Público pode requisita-las diretamente à autoridade policial. Ademais, há uma desvantagem da Defensoria Pública em face do órgão acusador, uma vez que estão à míngua dos repasses orçamentários do Poder Público, carecendo de estruturas dignas para o desempenho de seus trabalhos, porquanto o Ministério Público possui autonomia funcional, administrativa e principalmente financeira, conforme estabelece o artigo 127, parágrafo 2º da Constituição Federal.

Também, no segundo tópico, viu-se a existência da violação do princípio da isonomia de armas no que concerna a estrutura cênica das salas de audiência e no tribunal do júri, uma vez que o *Parquet* possui assento ao lado do magistrado, ao mesmo tempo que a defesa fica afastado do plano processual, exprimindo a concepção de uma hierarquia entre os sujeitos processuais. No decorrer da sessão do tribunal do júri, a proximidade entre o julgador com o promotor de justiça demonstra a existência de uma dupla força estatal indagando o réu.

No terceiro item, foi possível verificar que a violação do princípio da paridade de armas afeta outros preceitos fundamentais ao processo penal, tais como o instituto do contraditório, o preceito da imparcialidade do juiz e o princípio do devido processo legal. Ao proporcionar uma vantagem econômica, investigativa e processual ao Ministério Público, tem-se que o princípio do contraditório é violado, haja vista que a defesa não possui os mesmos meios para buscar a proteção do investigado ou réu. De outro norte, a proximidade existente entre o Estado-Juiz com o *Parquet* afeta significativamente a imparcialidade do juiz, pois existe a ideia de que há uma dupla força do Estado visando a condenação do réu, além do julgador tomar, em alguns casos, o papel de acusador durante a instrução processual, ao questionar as testemunhas e o réu de forma incisiva.

Ainda, sobre a terceira abordagem, constatou-se que o devido processo legal também é desrespeitado em razão da disparidade de armas, pois há um desequilíbrio de forças entre os polos processuais, deixando a defesa em pé de desigualdade em face do Ministério Público.

Isto posto, conclui-se que o resultado obtido com a análise do instituto da paridade de armas é de que este princípio é mitigado no processo penal brasileiro e, conseqüentemente, inexistente um equilíbrio processual entre a acusação e a defesa, pois há grandes barreiras para se obter a igualdade na qual preconiza o artigo 5º da Carta Magna. O sistema acusatório adotado pelo Código de Processo Penal proporciona vantagens ao órgão acusador, deixando a defesa em pé de desigualdade durante o inquérito policial até o julgamento do réu. Logo, com a inobservância do princípio da igualdade de armas, tem-se que outros preceitos são ofendidos, tais como o princípio do contraditório, do devido processo legal e da imparcialidade do juiz. A mudança deste cenário é essencial para se buscar o julgamento justo e democrático, fazendo-se valor o princípio constitucional da igualdade. O tema vai muito além dos apontamentos feitos no presente trabalho, possuindo ampla discussão doutrinária, contudo, sem um posicionamento definido das cortes superiores sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 08/set/2020.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 08/set/2020.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 08/set/2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08/set/2020.

_____. **Lei de 29 de novembro de 1832**. Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 08/set/2020.

_____. **Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 08/set/2020.

_____. **Lei nº. 10.782, de 01 de dezembro de 2003**. Alteração do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm#art186. Acesso em: 08/set/2020.

_____. **Lei nº. 11.690, de 09 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativas à prova. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1. Acesso em: 08/set/2020.

_____. **Lei nº. 11.689, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm#art1. Acesso em: 08/set/2020.

_____. **Lei nº. 11.719, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1. Acesso em: 08/set/2020.

_____. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03/out/2020.

CAPEZ, F. **Código de Processo Penal Comentado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Curso de Processo Penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASARA, R. R.; KARAM, M. L. Redefinição Cênica das Salas de Audiência e de Sessões nos Tribunais. v. 5, n. 19. São Paulo: **Revista de Estudos Criminais**, jul., 2005.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA, Embaixada da França no Brasil. **A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** Disponível em: <https://br.ambafrance.org>. Acesso em: 07/set/2020.

GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica.** 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

LOPES, M. V. P. **A paridade de armas no processo penal.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/36490/a-paridade-de-armas-no-processo-penal>. Acesso em: 03/out/2020.

MIRABETE, J. F. **Processo penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, A. **Direito Constitucional.** 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NICOLLIT, A. **Manual do Processo Penal.** 9. ed. Rio de Janeiro: Editora D'Plácido, 2019.

PLETSCH, N. R. **Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença.** São Paulo: IBCCRIM, 2009.

RIO DE JANEIRO, Leis e Decretos. **Lei n. 1.580, de 20 de janeiro de 1919.** Código Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://books.google.com.br>. Acesso em: 08/set/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção n.º 58:** MI n.º 58, Relator: Celso de Melo. DJ 14/12/1990. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br>. Acesso em: 08/set/2020.

_____. **Reclamação n. 12.011:** Rcl n.º 12.011, Relator: Ricardo Lewandowski. DJ 14/05/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 03/out/2020.

_____. **Súmula Vinculante n. 14.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em:

08/set/2020.

_____. **Igualdade entre acusação e defesa em audiência é tema de ação no STF.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 03/out/2020.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal.** 11. ed. Salvador: Editora Podivm, 2016.

TOURINHO, F. C. **Manual de processo penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. **Mandado de Segurança n. 0038365-55.2010.4.03.0000/SP.** Disponível em: <http://web.trf3.jus.br>. Acesso em: 03/out/2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração de direitos do bom povo da Virgínia – 1776.** Disponível em: <http://www.http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 07/set/2020.

ADOÇÃO: A FAMÍLIA EM CONSTRUÇÃO

Laise Freitas de Oliveira¹
Rejane Dutra Bergamaschi²
Grazielle Ferreira da Silva Floriani³
Flávia Sanna Leal Meirelles³

RESUMO

Este estudo busca conteúdos sobre adoção e a importância do psicólogo neste processo, com ênfase nos adotantes. Procura entender a busca pela adoção e seu contexto histórico e os aspectos emocionais que envolvem. A adoção é irrevogável e para que aconteça é necessário um processo jurídico, o psicólogo faz parte da equipe multidisciplinar que atua. O psicólogo trabalha com diferentes tipos de abordagens psicológicas estas devem ser condizentes com sua visão de homem e de mundo neste trabalho usou-se como referencial teórico a Abordagem Cognitivo Comportamental TCC e a sua possível contribuição para pais que desejam adotar. Sendo assim foram abordados assuntos importantes, como: motivação para adotar, idealização do filho, frustrações com a realidade e as consequentes dificuldades, no processo de adoção e a lei, autores como Paiva (2004 et al.) e Weber (1999 et al.), referem-se à adoção nas diferentes fases da história, afirmam que essa prática recebeu vários significados no decorrer dos tempos, desde religiosos até políticos, sendo valorizada ou não, conforme a cultura e o modo de pensar de determinada época.

Palavras-chave: Adoção. Abordagem Cognitivo Comportamental. Pais adotivos.

ABSTRACT

This study is bibliographical in nature, searching in published materials for content about adoption and the importance of the psychologist in this process, with an emphasis on adopters. It seeks to understand the search for adoption and its historical context and the emotional aspects involved. Adoption is irrevocable and for that to happen a legal process is necessary, the psychologist is part of the multidisciplinary team that works. Psychologists work with different types of psychological approaches, these must be consistent with their vision of man and the world. In this work, the Cognitive Behavioral Approach TCC was used as a theoretical framework and its possible contribution to parents who wish to adopt it. Thus, important issues were addressed, such as: motivation to adopt, idealization of the child, frustration with reality and the consequent difficulties in the adoption process and the law, authors such as Paiva (2004 et al.) and Weber (1999 et al., ..), refer to adoption in different phases of history, claim that this practice has received various meanings over time, from religious to political, being valued or not, depending on the culture and way of thinking of a given time.

Keywords: Adoption, Cognitive Behavioral Approach, Adoptive Parents.

¹ Acadêmica da 9ª fase do Curso de Psicologia do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Psicóloga – professora do Curso de Psicologia do Centro Universitário UNIFACVEST, especialista em Avaliação Psicológica, mestre em Ambiente e Saúde.

³ Co-orientadores, professores do Centro Universitário UNIFACVEST.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo traz algumas questões importantes sobre a família adotante e a preparação necessária para pessoas interessadas em adotar uma criança, da perspectiva psicológica. O trabalho em questão pesquisa a opinião de diversos autores sobre uma adoção consciente, bem estruturada seguindo aspectos legais e a importância de apoio emocional adequado.

É evidente que este assunto é de extrema importância para a sociedade e psicólogos de diferentes áreas de atuação, principalmente psicólogos forenses, bem como advogados, assistentes sociais, que atuam em varas de infância. Sendo assim, é relevante, levantar os possíveis problemas psicológicos que os pais vivenciam e precisam estar preparados para o que pode acontecer durante o percurso.

Será levada em consideração a abordagem psicoterápica cognitivo-comportamental de Aaron Temkin Beck e o assunto será separado em três capítulos. No primeiro capítulo será abordada a lei que é exposta no Estatuto da Criança e do Adolescente e um pouco da história da adoção, no segundo o foco é a motivação da família adotante e por último a adoção já sentenciada e vivida.

No mundo globalizado, onde o ser humano evolui a cada dia em diversas áreas e setores, tais como tecnológicos e científicos, ainda são verificados problemas de cunho social cuja solução parece superar a capacidade de inteligência do ser humano. Além de casos de desigualdade social que parece não ter fim, deparamo-nos com a situação de penúria e desvantagem que torna cada vez mais pesado o fardo do desprezo e sofrimento de crianças e adolescentes. Convém destacar o conceito de adoção na visão de Diniz (2002, s.p):

A adoção é ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Desprovidas de uma família, é importante desmistificar que crianças são iguais, pelo contrário crianças que são inseridas em um processo de adoção vêm cheias de marcas, felizmente as leis mudaram a sociedade mudou e evoluiu o processo que antigamente era de pura negligência com as crianças e adolescentes adotados pois só se pensava nos interesses dos que adotavam, hoje o interesse maior e dos menores dando a elas toda a garantia.

1.1 TEMA

Adoção: garantir à criança ou adolescente a oportunidade, que, por algum motivo lhe foi tirada de pertencer a uma família; vontade de adotar uma criança. De um lado casais, e pessoas que desejam ter filhos e que por algum motivo não possam ou não queiram ter filhos biológicos; de um outro lado, crianças que necessitam de uma família, parece simples, mas não, até ocorrer este encontro ambos passam por um processo que pode ser emocionalmente doloroso e cansativo. Segundo Paiva (2004 et al.), a família biológica que segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente é a mais indicada para a crianças, ou seja, permanecer até que se esgotem as inúmeras alternativas. “A primeira

vez que a adoção apareceu em nossa legislação foi em 1828, e tinha como função solucionar o problema dos casais sem filhos.” (PAIVA, 2004, s.p).

São colocadas em prática até que a criança se reintegre na família biológica, ou, vá para adoção. Antes da criança ficar disponível para os adotantes, cadastrados no Cadastro Nacional de Adoção é avaliada toda a família extensa e o interesse de algum familiar com laço de afeto e consanguinidade adotar Weber (1999 et al.), em outras palavras o contexto biológico é levado em consideração e a colocação em uma família sem laços sanguíneos é uma última opção. Desta forma, é comum, que uma criança quando vai para uma família diferente da biológica esteja fragilizada e com sentimento de rejeição.

Fazendo uma analogia: assim como uma mãe biológica engravida, e passa a se programar para receber a criança durante nove meses, e passa a ter expectativas, ou em alguns casos problemas na gravidez e a família acompanha passa por diferentes emoções junto com a mãe, a família que adota passa por vários dilemas e dúvidas, o tempo é indeterminado muitas vezes passa de nove meses, é uma busca, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente se atualizou no decorrer dos anos devido as frustrações que envolve uma adoção mal realizada Albernaz (2010 et al.).

Há vários paradigmas que precisam ser quebrados em relação a idealização de um filho perfeito, esta questão reflete diretamente na relação que irá se estabelecer com a criança. Pode acontecer, e em muitos casos de fato acontece uma resistência da criança em relação aos adotantes ou receio de serem rejeitadas Albernaz (2010 et al.). Será feito uma revisão bibliográfica em artigos, buscando dar ênfase a perspectiva dos pais adotantes e da necessidade de acompanhamento psicológico.

2 JUSTIFICATIVA

No ano de 2018 houve um divisor de águas na minha vida, envolvi-me e presenciei uma história de uma família em extrema dificuldade, o que gerou negligência a menores, consequentemente perda do pátrio poder e adoção por outra família. Marcante é a palavra que melhor define esta história, devido ao fato de vários sentimentos envolvidos, e uma demanda urgente, repleta de momentos de: tristezas e alegrias, raiva, medo impotência e muitos outros. Hoje em dia todo o processo de adoção já ocorreu, as crianças estão em um lar saudável repleto de amor, foi delicado, pois, apesar das dificuldades a família biológica tinha sentimentos ambíguos com as crianças, mesclando afeição com problemas sérios; eram três irmãos, dois eram gêmeos na época com três anos e uma menina de dois anos. Passei por momentos de aborrecimento e tristeza devido ao forte envolvimento, mas hoje com os maiores obstáculos já resolvidos, restou o entendimento de um processo de adoção e suas peculiaridades.

Como era possível não ter empatia por todos os envolvidos, nesta situação tão delicada? Desta forma surgiu interesse no assunto, um despertar profissional para atuação que vivencia um psicólogo em tribunais e varas de infância, abrigos de acolhimento. Oriente e Souza (2005) entendem que as mediações produzidas no contexto em que a criança está inserida são fatores altamente significativos para a construção da vinculação afetiva. Vi de perto o histórico familiar, a rotina e os problemas de a família biológica entendi o contexto, que eram pessoas em vulnerabilidade social, usuários de

álcool e outras drogas, moradores de rua. Devido a todo este contexto, principalmente devido ao uso de entorpecentes, por esta situação que ocorria a negligência, onde as crianças eram expostas ao perigo.

A dor de todos os envolvidos acontecia em cada tentativa frustrada, foram dois anos de convívio intenso, tentei ajudar para que houvesse mudança em prol dos menores, infelizmente não foi possível, e depois de muitas tentativas da justiça para uma reintegração familiar, os pais biológicos perderam o poder familiar. Em seguida, após todo o processo de acolhimento e acompanhamento da vara da infância, houve um período de incertezas no abrigo em seguida a adoção, as crianças descreviam o abrigo como um lugar frio, e imagino que por mais humanizado que seja ficar em um lugar desconhecido é frio. Esta é sem dúvida a história mais emocionante que eu presenciei, eu sorri, eu sofri. Eu tive depressão e precisei usar medicamentos, eu criei um vínculo muito forte com eles, principalmente com a menina.

Eu quase adotei e não estava procurando uma adoção, eu não estava no cadastro eu não estava procurando, não sabia nada a respeito do assunto. Eu me envolvi, e eu conheci a fundo os problemas, eu amei e fiz tudo que estava ao meu alcance por três crianças lindas, perfeitas e muito amadas. Foi uma imersão, eu acompanhei a história deles e me preocupei com tudo que um adulto que ama três pessoas inocentes e sem voz se preocuparia, a muita angústia e indecisão em uma adoção pois é o juiz que vai decidir onde as crianças irão renascer.

As pessoas são encantadoras e por vezes construímos laços fortes por mero acaso do destino, crianças para mim são incríveis e as admiro pela sua pureza e inocência. Eles sofreram, sofreram muito, moraram com a avó doente e em situação de miserabilidade, toda a dificuldade da doença pela obesidade mórbida da avó era impeditiva para cuidar deles, problemas de saúde de um dos gêmeos, complicações no parto de uma das crianças. Em uma das tentativas na recuperação da guarda as crianças, moraram em uma clínica de reabilitação com a mãe biológica, eles são três, o que dificultava para a família biológica por isso que muitas crianças que vão para a adoção vêm com seus irmãos.

A justificativa do meu tema é simples, querer uma família tão linda e preparada como a família que adotou eles e por sorte eu pude conhecer, por eles serem tão humanos a ponto de abraçarem a história dos filhos como um todo é que eu consegui me aproximar. Muitas foram as nossas conversas, minha e da mãe que adotou, sobre o passado e o presente das crianças, tiveram muitos desafios mesmo estando preparados e houve crítica ao processo disponibilizado pelo judiciário, algo raso para a proporção de uma adoção.

3 PROBLEMA DE PESQUISA

A psicologia está inserida em muitos contextos, seja na compreensão do sujeito com a atuação clínica, que também se torna importantíssima para pais que desejam adotar, no acréscimo da dinâmica familiar, e tem papel indispensável no processo jurídico que inclui os arranjos familiares em construção. Este profissional que atua em abrigos e tribunais acompanhando crianças e adolescentes está ligado há uma parte da psicologia correlacionada ao direito, há profissionais especializados para estes casos em

especial Winnicott (1975, 2000 et al.). O psicólogo atua neste cenário para a resolução de um problema social.

Alguns pais que estão como a intenção de adotar uma criança necessitam de apoio psicológico aí surge a problemática: Como deve ser realizado o suporte psicológico aos pais que desejam adotar? Como realizar o acompanhamento psicológico aos pais durante o processo de adoção?

4 OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GERAL

Verificar a contribuição do psicólogo no processo de adoção em relação aos pais adotantes.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

4.2.1. Apresentar um breve histórico sobre a adoção.

4.2.2. Pesquisar como surge uma nova família.

4.2.3. Levantar a atuação dos psicólogos com os pais adotivos que desejam ter acompanhamento.

CAPÍTULO 1 – BREVE HISTÓRIA

Com o passar dos anos a lei vem evoluindo em relação a adoção as principais mudanças no Brasil aconteceram a partir de 1916 onde foi criado o primeiro documento sobre adoção no código Civil. Já a história mundial aponta escritos interessantes como o tema, o código de Hamurabi A.C é um deles, continha uma regulamentação que foi usada por anos na Mesopotâmia na época pré-romana. Existe também registros históricos da adoção em caráter religioso relacionado a oferendas. Desta forma observa-se que os fins nem sempre foram humanitários e bem vistos.

Antigamente antes de existir o código Civil Frances a adoção só levava em consideração os benefícios de quem adotava após este marco histórico que passou a ser levado em consideração daqueles que eram vistos como relegados. No Brasil depois de 1916 a lei vem sendo aprimorada alguns grandes marcos foi, a aprovação de três leis (3.133/1957, 4.655/1965 e 6.697/1979) antes da chegada, em 1990, do inovador Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069), alterado depois pela atual legislação.

Existe um aspecto evolutivo tanto histórico como legislativo, tanto no mundo quanto no Brasil, na Roma antiga a adoção era um direito privado equiparado a cidadania do estrangeiro a intenção era perpetuar o nome da família. Na idade média houve uma afronta entre adoção e a igreja católica porque permitia direitos a sucessão e financeiramente a igreja católica entendia como desvantagem aos seus interesses.

A constituição federal de 1988 foi um marco histórico para a legislação, no caso da adoção não foi diferente, mudanças como: dar os mesmos direitos de filhos bio-

lógicos a filhos adotivo; a idade mínima do adotando que era de trinta anos mudou para vinte e um, além do mais, uma regra bem absurda que a idade máxima de uma criança adotada era de sete anos com plenos direitos, mudou para dezoito.

O Dia Nacional da Adoção é comemorado em 25 de maio, a caridade cristã teve muita influência na prática de adoção no país, através de notar o interesse das pessoas em se interessar por crianças abandonadas assim formando uma herança cultural.

Os dados do Cadastro de Adoção no Brasil apontam alguns obstáculos: raça não é a principal objeção para a adoção, e sim a idade. Se 38,72% dos pretendentes se dizem indiferentes em relação à cor da pele da criança, quase 100% aceitam crianças da raça negra ou parda. Apenas 4,1% das crianças (227 em 5.465) têm menos de 4 anos, enquanto apenas três quartos dos cadastrados aceitam acolher crianças acima da idade. Outro problema é a determinação da lei, de que irmãos, sempre que possível, sejam adotados por uma mesma família. As estatísticas mostram que 81% dos pretendentes não aceitam adotar irmãos, enquanto 36,82% das crianças não possuem irmãos cadastrados no CNA.

A adoção hoje em dia tem como principal objetivo garantir os interesses da criança, sendo o principal: o direito de convivência familiar, a ideia é minimizar as dificuldades para que o maior interessado que é a criança não seja prejudicado vivendo em casas de acolhimentos temporárias.

Existem muitas normas para adotar uma criança pode-se resumir algumas importantes como: idade máxima do adolescente deve ser dezoito anos de idade, a não ser alguns casos específicos em que já haja convivência, o candidato a adotante deve ter no mínimo vinte e um anos, a diferença entre adotante e adotado deve ser de no mínimo dezesseis anos, ascendentes (avós e bisavós) e descendentes (filhos, netos) não podem adotar seus parentes, antigamente só pessoas casadas podiam adotar hoje em dia o estado civil dos adotantes não é proibido a adoção; a adoção quando não há paternidade desconhecida ou perda do pátrio poder requer a concordância dos pais biológicos; crianças maiores de doze anos precisam concordar com a adoção, antes de concretizada a adoção é necessário fazer um estágio de convivência.

Em constante evolução algumas leis mais recentes trazem acréscimos significativos e facilitam ainda mais o processo, a lei 13.509/2017 prioriza a adoção de grupos de irmãos e crianças e adolescentes com problema de saúde, também traz benefícios para pessoas que queiram adotar estes casos, facilitando e priorizando desta forma resolvendo, outro fator importante que a lei prevê é o período máximo de três meses que antes era seis para reavivar o acolhimento da criança em abrigo, levando em consideração que ele deve ser tratado como um local provisório.

Todas as mudanças de prazos, idades; inclusão de projetos entre outros contribuem para a desburocratização que é tão necessária para motivar familiar a adotarem e tornar o processo emocionalmente menos desgastante.

CAPÍTULO 2 – O NOVO LAÇO

Unir os pais adotivos aos filhos adotivos, é uma tarefa desafiadora para o judiciário trata-se de uma nova família. É essencial que aja preparação de ambos, difícil falar de preparação da criança porque ainda não tem maturidade cognitiva para entender o

que está acontecendo, além do mais muito marcada pelos problemas vivenciados junto a família biológica quanto pelas circunstâncias do meio como: dificuldades financeiras, algum tipo de negligência, vínculos com as pessoas da vida antes da adoção entre outros fatores (PALACIOS, SÁNCHEZ-SANDOVAL 2005).

Tudo está interligado a criança tem muitas expectativas geradas, ela idealiza uma família perfeita e não tem maturidade suficiente para entender que irá migrar de uma família para outra Desta forma quem precisa estar mais que preparado são os adultos que receberão esta criança, não só os pais, mas também a nova família entendendo sua história e o contexto que ela estava inserida. (SILVA, 2002).

“A natureza precisa da educação para expressar seu comportamento, e a educação sempre age sobre a natureza. Não existiria desenvolvimento algum sem a contribuição contínua de ambas.” (SHAFFER, 2008 p.621)

A preparação dos adotantes é muito importante, existe uma tendência forte entre pais sobre a idealização do filho, isso tanto para pais biológicos como pais adotivos, mas na adoção o cuidado deve ser redobrado e a instrução destes pais é responsabilidade da união pois já houve negligência com as crianças e por isso todo cuidado com estas crianças é pouco (HUTZ, et al 2003.,). Buscar meios para a preparação se torna um ato muito responsável.

É necessário verificar a motivação e a capacidade de resiliência quando os problemas chegarem, porque é muito possível que cheguem. Um projeto pessoal que envolve adoção revela, além do desejo explicitado de ter um filho, necessidades específicas de cada sujeito, reflexos de suas histórias psíquicas, que repercutirão na relação a ser estabelecida com a criança (Alvarenga & Bittencourt, 2013 et al.,).

A avaliação teórica psicológica forense no contexto da adoção nacional é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do adolescente (ECA). A avaliação realizada pelo psicólogo perito é diferente em cada caso e cada uma usa as técnicas científicas de acordo com sua metodologia de trabalho, para gerar subsídios para o caso. A adoção é regulamentada pelo ECA diante da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 e pelo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (SILVA; SILVEIRA, 2015).

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, existem dez procedimentos para serem seguidos pelos adotantes: 1. Decisão de adotar, 2. Petição, 3. Curso, 4. Procedimento para pessoas solteiras adotarem, 5. Entrevista Técnica, 6. Parecer do Ministério Público, 7. Fila de espera, 8. M.P, 9. Guarda provisória, 10. Sentença do Juiz.

Em quase todos os relatos de adoção os envolvidos reclamam sobre a lentidão do processo e a enorme burocracia, muitos documentos para serem analisados, idade mínima de 16 anos entre o adotando e o adotado, comparecer diversas vezes na vara de infância, curso de preparação psicossocial obrigatório Dutra (2009 et al.,), entrevistas inclusive domiciliar e com todo o processo desgastante ainda há a possibilidade de não aprovação. Se houver aprovação será monitorado.

Ao mesmo tempo que todo processo burocrático é importante, é essencial minimizar a demora da criança no abrigo, pois este tempo é um tempo de acolhimento que não pode demorar mais que dois anos e deve ser o mínimo de tempo possível Maux (2009 et al.,), tempo em que o juiz está trabalhando para realizar a melhor decisão.

A ideia é que crie laços com a nova família o mais rápido possível, os pais que tem a intenção de adotar podem passar por momentos de aflição e ansiedade junto a criança enquanto por trás há todo um trabalho de equipe realizado por: psicólogos,

assistentes sociais, juízes e promotores em prol dos benefícios e segurança da criança Shaffer (2008 et al.,).

O magistrado tem o papel de analisar a decisão mais assertiva, inserir uma criança no ambiente de um abrigo pode causar sofrimento e decidir se ele é menor que manter com a família biológica vai um tempo a depender da situação, enquanto isso a criança cresce e muitas vezes não consegue mais, pais interessados em adota-las. A função do psicólogo forense é elaborar um bom trabalho para auxiliar o magistrado na decisão, é uma ferramenta que dá subsídio para a decisão, para contribuir o psicólogo precisa de uma avaliação efetiva sobre o caso. Avaliar a subjetividade do caso o contexto dos envolvidos e buscar o melhor para a criança. (SILVA, 2012)

Assim, Cruz e Maciel (2005, p.01) afirmam: “A atividade pericial é semelhante ao trabalho do artesão. O laudo que será feito com os adotantes irá avaliar as condições psíquicas, emocionais cognitivas e de personalidade, para que isso aconteça será realizada entrevistas com perguntas que permitirão avaliar as condições ambientais e financeiras para assumir uma ou mais de uma criança, além da relação entre o casal. Esta função de obrigatoriedade do psicólogo em atuar no auxílio da decisão é totalmente diferente da atuação clínica, desta forma acaba sendo rasa, sendo mais completa um tratamento de psicoterapia para os pais em todo o processo.

O parecer do psicólogo é muito importante para o juiz e pode ser favorável ou não, este subsídio deve conter argumentos e demais provas para o convencimento do juiz. Facilita a sentença pois o laudo pericial é cientificamente respaldado e responde a perguntas solicitadas aponta tendências e indícios.

Para Weber (2011, s.p) “A adoção, é um tema que fascina porque subverte a ordem da natureza, engana a biologia, coloca a frente à subjetividade e mostra a superioridade do afeto sobre os genes”.

Pais e filhos almejam um encontro perfeito onde o elo do amor será construído diariamente, a cada novo passo dado na adoção se aumenta o vínculo e o psicólogo atua como agente promotor neste processo. A família pode ser um agente de perigo ou um agente de acolhimento, a intervenção jurídica vem para solucionar o perigo eminente e o psicólogo.

De acordo com as autoras, Brandalise Tibola e K Emmelmeier (2013) o Psicólogo possui como função facilitar e interpretar a comunicação em casos de adoção.

CAPÍTULO 3 - ACOMPANHAMENTO PSICOLOGICO

Além do acompanhamento exigido legalmente, alguns pais com o intuito de melhor se preparar para a chegada de um filho podem recorrer a um acompanhamento específico individualmente, em casal ou em grupos que estejam com o mesmo objetivo; existem matérias que respaldam o trabalho do psicólogo sob o viés da Abordagem Cognitivo Comportamental.

Beck (1997) defende que a terapia cognitiva motiva mudanças no pensamento e nas crenças dos indivíduos, levando a mudança de comportamentos duradouros, para uma psicoterapia ser cognitivo comportamental ela precisa levar a uma mudança de pensamentos distorcidos e por consequência alterar o comportamento. Segundo Reppold e Hutz (2003) defende que a preparação de pais adotantes deveria ser mais

relevante já que está diretamente correlacionado com a adaptação dos adotados.

Há um artigo publicado por Márcia Cristiana (2009) ex- perita judicial e psicóloga especializada em psicoterapia cognitiva comportamental que defende como principal técnica para pais adotante a psicoeducação. A psicoeducação é uma ferramenta da abordagem cognitivo comportamental que tem por objetivo fazer com que o paciente tenha consciência do seu problema e consiga mudar suas cognições, emoções e comportamentos (NOGUEIRA, CRISOSTOMO, SOUZA et al, 2017).

Juntos terapeuta e paciente buscam compreender e desmistificar os problemas a intenção é ensinar o paciente a ser também seu “próprio terapeuta” adquirindo de forma clara capacidade de compreender seus pensamentos e comportamentos e modifica-los caso estejam disfuncionais desta forma adquirindo mais segurança para lidar com os problemas.

A terapia Cognitivo Comportamental é muito utilizada e se distingue de outras pelo curto tempo e eficácia comprovada o que vai de encontro com a necessidade muito rápida de maneiras eficazes de auxiliar adotantes, esta abordagem é focada no presente, pessoas interessadas em adotar podem ter pensamentos distorcidos sobre o tema e gerar o que se chama em TCC de pensamentos automáticos(WRIGHT; BASCO; THASE, 2009).

Os pensamentos automáticos são frutos de vivências anteriores, surgem durante toda a nossa vida, porém na maioria das vezes não nos damos conta deles são espontâneos fazer uma leitura realista da adoção retirando pensamentos que podem ser equivocados, aumenta a possibilidade de uma adoção bem-feita e responsável.

A família é de extrema importância para o indivíduo é o primeiro grupo em que a criança faz parte, desta maneira adotantes saudáveis emocionalmente e para que isso ocorra é necessário estar com o sistema de crenças propício para a situação e caso necessário em terapia realizar mudanças com o intuito de reestruturar as crenças (WEBER, 2003).

Maldonado (1999) ressalta que o pensamento sobre adoção vem muitas vezes como última alternativa depois de uma frustração de tratamentos que não deram certo para gerar um filho biológico. Biológico ou não o vínculo acontece com a experiência da maternidade e paternidade vivenciada.

Pais adotivos, não diferentes de pais biológicos, podem ser surpreendidos com um turbilhão de emoções e decorrente disso surge a necessidade de preparação de ambos (WEBER 2003).

Da forma como foi dito no capítulo 1 há uma crença que deve ser colocada em pauta junto ao terapeuta, a TCC trabalha com a mudança de crenças do indivíduo e se torna muito apropriada, a crença em questão é a espera de um filho desejado, pode-se dizer: a criança que os pais sonharam com características específicas, tais características podem ser opostas da realidade gerando um processo delicado e doloroso, quando se espera uma criança amorosa e a criança que vem é uma criança desamorosa, arredia com traumas, pode ser gerada uma grande cobrança em cima desta criança e ainda piorar o processo de adaptação a terapia vem com o intuito de conscientizar sobre a importância da aceitação do filho real (SCHETTINI, 2017).

Weber (2003) menciona o cuidado que os profissionais devem ter com os pais, que ainda estão se preparando, não terem amadurecido algumas ideias não os faz inaptos para a adoção. Outros autores complementam este pensamento apoiando a

ideia de que os profissionais devem estar melhor preparados, para que possam auxiliar na preparação dos pais. Sendo assim o ideal é instruir estes pais para acompanhamento psicoterapêutico, grupos com futuros pais na mesma situação.

Picon (2009) fez um estudo em que continha um projeto a ser desenvolvido com dez entrevistas de psicoterapia Cognitivo Comportamental para ser utilizado antes da adoção, com foco nas crenças, após as entrevistas asseria realizado uma intervenção com foco na prevenção.

A intenção é que o profissional que vai atuar junto as futuros pais estejam dispostos a possibilitar a mudança, juntos identificar os padrões cognitivos disfuncionais e muda-los. É importante que os profissionais tenham cuidado para não aumentar os medos já existentes e estar atentos ao conceito de família.

Para finalizar é importante instruir os pais que ao adquirirem uma visão mais apurada, buscando ferramentas terapêuticas os resultados irão gerar impacto diretamente na educação dos filhos contribuindo para um ambiente saudável e um relacionamento afetivo crescente mutuamente.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, F (1989). **Medicina Psicossomática: princípios e aplicações**. Porto Alegre: Artes Médicas. Acessado em abril de 2021 e disponível para acesso.

BEVILACQUA, C (1923)- **Histórico e aspectos legais de adoção no Brasil**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reben/a/BgBrdzpHrV5X4NvD7yBVZwP/?lang=pt>. Acesso em: Junho de 2021.

BRASIL, Leis e Decretos. **Lei n° 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>. Acesso em: 14/jun/2021.

CHAVES, Antônio. Belo Horizonte: Del Rey. 1995. p. 48. **Adoção: Aspectos históricos no mundo e sua evolução no Brasil**. Disponível em: <https://ninguemcresceozinho.com>. Acesso em junho de 2021.

FONSCECA, F.M.M (2020). **A contribuição da psicologia no processo de adoção**. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.31533/pubsaude3.a036> acesso em maio de 2021. <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao> acesso em maio de 2021.

LVARENGA, L. BITTENCOURT, M. I. G. F (2013). **Avaliação Psicológica forense no contexto da adoção nacional e internacional e em pares**. Disponível em: <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1128.pdf> acesso em maio de 2021

PAIVA (2004), **A adoção no Brasil: Algumas reflexões**. Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Natal, RN, Brasil. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo> acessado em maio de 2021.

ROTHER (2007, p. 1) - **A terapia cognitivo comportamental e suas contribuições para a identificação de pensamentos desadaptativos recorrentes em pais adotantes.** Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/pretextos/article/view/25773/17937> acesso em junho de 2021.

SILVA, D. M. P. 2016. **Psicologia jurídica no processo civil brasileiro**: a interface da psicologia com o direito nas questões de família e infância (3a. ed.). Rio de Janeiro, RJ: Forense.

VARGAS, M.M. **Adoção Tardia**: da família sonhada à família possível. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

WEBER, L.N.D. & Kossobudzki, L. H. M. (1996). **Filhos da solidão**: institucionalização, abandono e adoção. Curitiba: Governo Estado do Paraná.

RESÍDUOS SÓLIDOS NA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

Erika Tavares Amaral Rabelo de Matos¹

Darlan Nardi²

Flavia Sanna Leal Meirelles³

Grazielle Ferreira da Silva Floriani⁴

RESUMO

A questão dos resíduos sólidos hoje é de grande importância. A legislação ambiental veio de forma gradativa a estabelecer ou a incluir a questão dos resíduos sólidos no ordenamento jurídico. O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a evolução histórica do resíduo sólido na legislação ambiental brasileira. Este trabalho foi elaborado através da análise da legislação ambiental brasileira desde 1981 até 2021. Foi utilizada a doutrina e a legislação vigente para conceituar resíduos. Hoje, os resíduos sólidos são amplamente regulados, por leis, decretos, resoluções e normas técnicas. Embora a Política Nacional dos Resíduos Sólidos esteja no rol da legislação ambiental, e o problema dos resíduos seja um problema ambiental, na prática não é isso que ocorre. Desse modo, apesar dos avanços da legislação ambiental ainda falta a mudança do paradigma dos resíduos sólidos com o deslocamento de seus conceitos de saneamento básico, para algo muito além do básico. Mas sim, o resíduo como um problema de poluição ambiental.

Palavras-chave: Resíduo sólido; meio ambiente; saneamento básico; legislação ambiental.

ABSTRACT

The issue of solid waste today is of great importance. Environmental legislation gradually established or included the issue of solid waste in the legal system. The present work aims to analyze the historical evolution of solid waste in Brazilian environmental legislation. This work was elaborated through the analysis of the Brazilian environmental legislation from 1981 to 2021. The current doctrine and legislation was used to conceptualize waste. Today, solid waste is largely regulated by laws, decrees, resolutions and technical standards. Although the National Solid Waste Policy is on the list of environmental legislation, and the problem of waste is an environmental problem, in practice this is not what happens. Thus, despite advances in environmental legislation, there is still a need to change the paradigm of solid waste, with the shift from its basic sanitation concepts to something far beyond the basics. But yes, the residue as an environmental pollution problem.

Keywords: Solid waste; environment; sanitation; environmental legislation

¹ Doutora do Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade Veiga de Almeida. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Coordenadora de Extensão e Pesquisa da FABEL e professora da Faculdade Gama e Souza.

² Professor do Centro Universitário Unifacvest.

³ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

⁴ Professora do Centro Universitário Unifacvest.

1. Introdução

Os resíduos sólidos hoje são um tema muito discutido dada a sua relevância, mas nem sempre foi assim. A sociedade moderna vem gerando cada vez mais resíduos, e estes resíduos tem se tornado cada vez mais perigosos para o ambiente, seja pelo aumento da quantidade dos resíduos gerados, seja pelo aumento da toxicidade e da nocividade destes resíduos. Certo é que os resíduos sólidos gerenciados de forma inadequada geram cada vez mais poluição ambiental.

Nesse contexto a legislação ambiental brasileira veio gradativamente incluir a questão dos resíduos sólidos no ordenamento jurídico.

Hoje, os resíduos sólidos são amplamente regulados, por leis, decretos, resoluções e normas técnicas sobre o tema.

A presente pesquisa é encontra relevância na necessidade do correto gerenciamento dos resíduos sólidos, para dirimir os danos ambientais por eles causados que é um dos males da sociedade moderna.

O objetivo geral deste trabalho é analisar a legislação ambiental brasileira, principalmente, com relação aos resíduos sólidos. E como objetivos específicos têm-se: analisar a legislação ambiental brasileira sobre resíduo sólido, identificar a legislação sobre resíduo sólido vigente, conceituar resíduo sólido segundo a doutrina e a legislação vigente.

O presente trabalho foi elaborado através da análise da legislação ambiental brasileira desde 1981 até 2021. Foi utilizada a doutrina e a legislação vigente para conceituar resíduos. Os dados para elaboração deste trabalho foram obtidos nos sites do Ministério do meio Ambiente (MMA) e do Instituto Brasileiro do Meio ambiente (IBAMA).

2. A evolução histórica do resíduo na Legislação Brasileira

Em 1981 foi instituída a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) através da Lei no 6.938 de 31 de agosto de 1981 e regulamentada pelo Decreto no 99.274 de 6 de junho de 1990.

A PNMA constituiu um dos maiores avanços da legislação ambiental brasileira, vez que este foi o primeiro diploma legal que tratou o meio ambiente como um todo, não regulando de maneira fragmentária determinados recursos ambientais (AMADO, 2013),

A Política Nacional do Meio Ambiente estabelece no art.2o seu objetivo como:

A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Contudo, a questão ambiental no Brasil e especialmente a questão dos resíduos começou a ser tratada de forma especial, após a promulgação da Constituição

Federal de 1988, que disciplina a questão ambiental no Capítulo VI, onde o art. 225 estabelece:

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.

A Constituição Federal de 1988 trouxe mais autonomia aos municípios. Os municípios passam a ser um ente federativo autônomo, dotados de competências próprias, independência administrativa, legislativa e financeira e, com faculdade de legislar sobre assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e a estadual e, ainda, organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local de caráter essencial (Art. 30 incisos I, II e V).

Assim, o município é o detentor da titularidade dos serviços de limpeza urbana e toda a gestão e manejo e dos resíduos sólidos, desde a coleta até a sua destinação ou disposição final ambientalmente adequada.

E ainda, o Decreto no 96.044 de 18 de maio de 1988 regulamenta o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos e dá outras providências.

Com a finalidade de consolidar a legislação ambiental esparsa para punir e penalizar administrativa e penalmente as condutas lesivas ao meio ambiente foi editada a Lei no 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 denominada de Lei de Crimes Ambientais (LCA). A Lei de Crimes Ambientais dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Assim, depois de sete anos de tramitação no Congresso Nacional entra em vigor a LCA. O Decreto no 6.514 de 22 de julho de 2008 regulamenta a Lei de Crimes Ambientais que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações e dá outras providências. Uma das principais inovações trazidas pela LCA, de forma clara e objetiva foi a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A Lei de Crimes Ambientais trata de forma expressa da questão dos resíduos sólidos. No art. 54 estabelece que “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”. Este crime possui uma pena de reclusão de um a quatro anos e multa. No art. 54, §2o, V a LCA institui que se a poluição “ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos”, a pena nesse caso é de reclusão, de um a cinco anos.

Nesse contexto, o art. 56, §1o, II da Lei de Crimes Ambientais consagra que comete crime, com pena de reclusão de um a quatro anos e multa, quem “manipula, acondiciona, armazena, coleta, transporta, reutiliza, recicla ou dá destinação final a resíduos perigosos de forma diversa da estabelecida em lei ou regulamento”.

Segundo dados obtidos no site da Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT (Brasil, 2017a) a Resolução da ANTT no 420 de 02 de fevereiro de 2004 aprova as Instruções Complementares ao Regulamento do Transporte Terrestre de Produtos Perigosos foi resultado da análise da equipe técnica da ANTT, tendo como parâmetro as recomendações internacionalmente praticadas, bem como as contribuições encaminhadas

das pelos agentes envolvidos em toda a cadeia dessa atividade, quando da submissão do texto da referida resolução a processos de Audiência Pública (BRASIL, 2017a).

Outro decreto relevante é o Decreto nº 10.240/2020 que regulamenta a PNRS quanto à implementação de sistema de logística reversa de produtos eletroeletrônicos e seus componentes de uso doméstico, visto que atualmente o volume de resíduos eletroeletrônicos é considerável e significativo.

A Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA RDC no 306 de 07 de dezembro de 2004 dispõe sobre o Regulamento Técnico para o gerenciamento de resíduos de serviços de saúde.

A Política Nacional de Saneamento Básico foi instituída através da Lei no 11.445 de 05 de janeiro de 2007 que estabelece as diretrizes para o saneamento básico e para a Política Federal de Saneamento Básico (PFSB). A PNSB estabelece várias definições e, em seu art. 3o, I, c define limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos como sendo, conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário de varrição e limpeza de logradouros e vias públicas.

Em 2010, foi instituída a Política Nacional de Resíduos Sólidos através da Lei nº 12.305 e Regulamentada pelo Decreto nº 7.404, que será objeto de estudo no próximo capítulo.

A Instrução Normativa do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA) no 13 de 18 de dezembro de 2012 dispõe sobre a publicação da Lista Brasileira de Resíduos Sólidos, a qual será utilizada pelo Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais (CTF/APP) e Cadastro Técnico Federal e Instrumentos de Defesa Ambiental (CTF/AINDA) e pelo Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos (CNORP), bem como por futuros sistemas informatizados do Ibama que possam vir a tratar de resíduos sólidos. Também estabelece no art. 2o, I a definição de resíduo sólido.

A Instrução Normativa do IBAMA no 1 de 25 de Janeiro de 2013, que em seu art.1o resolve: “Regulamentar o Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos (CNORP), estabelecer sua integração com o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais (CTF/APP) e com o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental (CTF/AIDA), e definir os procedimentos administrativos relacionados ao cadastramento e prestação de informações sobre resíduos sólidos, inclusive os rejeitos e os considerados perigosos.” No art. 2o estabelece algumas definições como: gerador de resíduo perigoso, operador de resíduo perigoso entre outras.

A Instrução Normativa IBAMA nº 6 de 15 de março de 2013, regulamenta o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais - CTF/APP. Nessa linha a Instrução Normativa IBAMA nº 3 de 28 de fevereiro de 2014 regulamenta o Relatório Anual de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais - RAPP.

A Instrução Normativa IBAMA nº 12 de 16 de julho de 2013, dispõe sobre a regulamentação dos procedimentos de controle da importação de resíduos e o art. 3º estabelece:

É proibida a importação, em todo o território nacional, sob qualquer forma e para qualquer fim, dos seguintes resíduos:

- I - Resíduos Perigosos - Classe I;
- II - Rejeitos;
- III - Outros Resíduos; e
- IV - Pneumáticos Usados.

E, ainda, as Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, tais como:

- Resolução do CONAMA no 005 de 05 de agosto de 1993 dispõe sobre o gerenciamento de resíduos sólidos gerados nos portos, aeroportos, terminais ferroviários e rodoviários. As disposições que tratam de resíduos oriundos do serviço de saúde estão revogadas pela Resolução do CONAMA no 358/ 2005.
- Resolução do CONAMA no 275 de 25 de abril de 2001 estabelece o código de cores para os diferentes tipos de resíduos, a ser adotado na identificação de coletores e transportadores, bem como nas campanhas informativas para a coleta seletiva.
- Resolução do CONAMA nº 283 de 12 de julho de 2001 estabelecia normas sobre o tratamento e a destinação final dos resíduos dos serviços de saúde. Foi revogada pela Resolução do CONAMA no 358/2005.
- Resolução do CONAMA nº 312 de 10 de outubro de 2002 dispõe sobre o licenciamento ambiental dos empreendimentos de carcinicultura na zona costeira.
- Resolução do CONAMA nº 313 de 29 de outubro de 2002 dispõe sobre o inventário Nacional de Resíduos Sólidos industriais.
- Resolução do CONAMA no 316 de 29 de outubro de 2002 dispõe sobre o funcionamento de sistemas de tratamento térmico de resíduos.
- Resolução do CONAMA nº 358 de 29 de abril de 2005 revoga as disposições da Resolução do CONAMA no 005/93, que tratam dos resíduos sólidos oriundos dos serviços de saúde. E revoga a Resolução do CONAMA no 283/01. Esta resolução dispõe sobre o tratamento e a disposição final dos resíduos dos serviços de saúde. Em seu anexo I estabelece a classificação dos resíduos de saúde.
- Resolução do CONAMA no 362 de 27 de junho de 2005 dispõe sobre o recolhimento, coleta e destinação final de óleo lubrificante usado ou contaminado.
- Resolução do CONAMA no 386 de 27 de dezembro de 2006 altera o art. 18 da Resolução do CONAMA no 316 de 29 de outubro de 2002.
- Resolução do CONAMA no 401 de 4 de novembro de 2008 estabelece os limites máximos de chumbo, cádmio e mercúrio para pilhas e baterias comercializadas no território nacional e os critérios e padrões para o seu gerenciamento ambientalmente adequado, e dá outras providências.
- Resolução do CONAMA no 416 de 30 de setembro de 2009 dispõe sobre a prevenção à degradação ambiental causada por pneus inservíveis e sua destinação ambientalmente adequada, e dá outras providências.
- Resolução do CONAMA no 450 de 06 de março de 2012 altera os arts. 9º, 16, 19, 20, 21 e 22, e acrescenta o art. 24-A na Resolução no 362/2005, que dispõe sobre recolhimento, coleta e destinação final de óleo lubrificante usado ou contaminado.
- Resolução do CONAMA no 452 de 02 de julho de 2012 dispõe sobre os procedimentos de controle da importação de resíduos, conforme as normas adotadas pela

Convenção da Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Esta resolução revoga as Resoluções nº 08/1991, nº 23/1996, nº 235/1998 e nº 244/1998. Adota a definição de resíduo sólido perigoso.

Os resíduos também possuem como fonte de normatização, as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, tais como:

- ABNT NBR 7.500 – Estabelece os símbolos utilizados no transporte e armazenamento para designar os diversos tipos de produtos perigosos;
- ABNT NBR 7.501 – Define os diversos tipos de produtos perigosos, bem como estabelece outras definições importantes para o manuseio, transporte e descartes desses produtos;
- ABNT NBR 7.503 – Especifica as características e as dimensões para a confecção da ficha de emergência e do envelope para o transporte terrestre de produtos perigosos, bem como as instruções para o preenchimento da ficha e do envelope;
- ABNT NBR 8.418 – Estabelece normas para aterros de resíduos industriais perigosos;
- ABNT NBR 8.419 – Estabelece normas para aterro sanitário de resíduos sólidos urbanos;
- ABNT NBR 10.004 – Estabelece a classificação dos resíduos sólidos;
- ABNT NBR 10.005 – Procedimento para obtenção de extrato lixiviado de resíduos sólidos;
- ABNT NBR 10.007 – Fixa os requisitos exigíveis para amostragem de resíduos sólidos;
- ABNT NBR 10.157 – Estabelece critérios para projeto, construção e operação de Aterros de resíduos perigosos;
- ABNT NBR 11.175 – Estabelece regras para a incineração de resíduos sólidos perigosos;
- ABNT NBR 11.564 – Define requisitos e métodos de ensaio para embalagem de produtos perigosos - Classes 1, 3, 4, 5, 6, 8 e 9;
- ABNT NBR 12.235 – Define normas e regras para o armazenamento de resíduos sólidos perigosos;
- ABNT NBR 12.807 – Define os termos empregados em relação aos resíduos de serviços de saúde;
- ABNT NBR 12.808 – Classificação dos resíduos do serviço de saúde;
- ABNT NBR 12.809 – Procedimento para manuseio de resíduos de serviços de saúde;
- ABNT NBR 13.221 – Requisitos para transporte terrestre de resíduos sólidos perigosos;
- ABNT NBR 13.463 – Definições e classificações na coleta de resíduos sólidos;
- ABNT NBR 13.896 – Estabelece normas para aterro de resíduo sólido não perigoso.

3. A história da Política Nacional de Resíduos Sólidos

Segundo dados obtidos no site do Ministério do Meio Ambiente (Brasil, 2017b), em 1991 passa a tramitar no Congresso Nacional o Projeto de Lei 203 que dispõe sobre condicionamento, coleta, tratamento, transporte e destinação dos resíduos de serviços de saúde.

Em 1999 foi aprovada pelo plenário do CONAMA a que seria a Conama no 259 intitulada Diretrizes Técnicas para a Gestão de Resíduos Sólidos, mas não foi publicada.

Em 2001 a Câmara dos Deputados cria e implementa Comissão Especial da Política Nacional de Resíduos com o objetivo de apreciar as matérias contempladas nos projetos de lei apensados ao Projeto de Lei no 203/91 e formular uma proposta substitutiva global. Com o encerramento da legislatura, a Comissão foi extinta.

O Presidente à época institui em 2003 o Grupo de Trabalho (GT) Interministerial de Saneamento Ambiental a fim de promover a integração das ações de saneamento ambiental, no âmbito do governo federal. O GT reestrutura o setor de saneamento e resulta na criação do Programa Resíduos Sólidos Urbanos.

Em 2004 o Ministério do Meio Ambiente promove grupos de discussões interministeriais e de secretarias do ministério para elaboração de proposta para a regulamentação dos resíduos sólidos. E, ainda, no mesmo ano, o CONAMA realiza o seminário “Contribuições à Política Nacional de Resíduos Sólidos” com objetivo de ouvir a sociedade e formular nova proposta de projeto de lei, pois a Proposição CONAMA no 259 estava defasada.

Em 2005 o Ministério do Meio Ambiente (MMA) cria um grupo interno na Secretaria de Qualidade Ambiental para consolidar contribuições do Seminário CONAMA, os anteprojetos de lei existentes no Congresso Nacional (CN) e as contribuições dos diversos atores envolvidos na gestão de resíduos sólidos.

Em 2005, ainda, foi encaminhado ao Congresso Nacional o anteprojeto de lei de “Política Nacional de Resíduos Sólidos”, que foi discutido com vários Ministérios tais como os Ministérios das Cidades, da Saúde, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e da Fazenda.

Sendo instituída uma nova Comissão Especial na Câmara dos Deputados para estudar o novo projeto.

Em 2006 é aprovado relatório (deputado Ivo José) que trata do PL 203/91 acrescido da liberação da importação de pneus usados no Brasil.

Em 2007 o Executivo propõe o projeto de Lei 1991. O projeto de Lei trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos, este projeto considerou o estilo de vida da sociedade brasileira contemporânea, que aliado às estratégias de marketing do setor produtivo, levam a um consumo intensivo provocando uma série de impactos ambientais, à saúde pública e sociais incompatíveis com o modelo de desenvolvimento sustentado que se pretende implantar no Brasil.

Nessa linha, o projeto de Lei no 1991/2007 apresenta forte inter-relação com outros instrumentos legais na esfera federal, tais como a Lei de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007) e a Lei dos Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/1995), e seu Decreto regulamentador (Decreto nº. 6.017/2007). Todos estão relacionados com as Políticas

Nacionais: de Meio Ambiente, de Educação Ambiental, de Recursos Hídricos, de Saúde, Urbana, Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior e as que promovam inclusão social.

Em 11 de março de 2010, o plenário da Câmara dos Deputados aprovou em votação simbólica um substitutivo ao Projeto de Lei 203/91, do Senado, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e impõe obrigações aos empresários, aos governos e aos cidadãos no gerenciamento dos resíduos. Sendo o projeto enviado ao Senado Federal onde foi analisado em quatro comissões e no dia 7 de julho foi aprovado em plenário.

Em 2 de agosto de 2010, o Presidente, à época, em cerimônia no Palácio do Itamaraty, sancionou a lei que cria a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Assim, em 3 de agosto de 2010 foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 12.305 que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e dá outras providências.

No dia 23 de dezembro foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto nº 7.404, que regulamenta a Lei no 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências.

Nesse contexto, o art. 4º a Política Nacional de Resíduos Sólidos reúne “o conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações adotados pelo Governo Federal, isoladamente ou em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares, com vistas à gestão integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos”. E, integra a Política Nacional do Meio Ambiente, como estabelece o art. 5o.

4. Conceitos doutrinário e legal de Resíduo Sólido

Resíduo derivado do latim *residuu* é um adjetivo. E significa o que resta, restante, remanescente. Tem como sinônimos: despejo, detrito e lixo (MICHAELIS, 2004).

Portanto, resíduo é tudo aquilo que não tem mais utilidade, o que resta, o que sobrou, tanto do processo produtivo, como no consumo, ou seja, o que não tem mais utilidade e não foi aproveitado. E podem se apresentar sob as seguintes formas: sólida, líquida e gasosa.

No presente trabalho optou-se por apresentar algumas definições de resíduos com base na doutrina e na legislação, a saber.

Nas palavras de Russo (2003, p.47) “Os resíduos sólidos incluem materiais sólidos ou semissólidos provenientes das atividades humanas e que são rejeitados pelos seus produtores”.

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) através da Norma Brasileira (NBR) 10.004 no item 3.1 define resíduo sólido como:

Resíduos nos estados sólido e semissólido, que resultam de atividades de origem industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição. Ficam incluídos nesta definição os lodos provenientes de sistemas de tratamento de água, aqueles gerados em equipa-

mentos e instalações de controle de poluição, bem como determinados líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou corpos de água, ou exijam para isso soluções técnicas e economicamente inviáveis em face à melhor tecnologia disponível.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos conceitua resíduo no art. 3o, XVI, como:

Material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnicas ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível.

Assim, resíduos sólidos são todos os restos sólidos ou semissólidos das atividades humanas ou não humanas, que para a atividade fim para a qual foram geradas, podem não apresentar mais nenhuma utilidade, mas podem servir de insumo para outras atividades.

5. Classificação dos Resíduos Sólidos

Os resíduos sólidos podem ser classificados de várias formas, e esta classificação envolve a identificação do processo ou atividade que lhe deu origem, a segregação do resíduo na fonte geradora, a identificação de sua origem, dentro do processo produtivo e pós-consumo, e conhecer todos os seus constituintes, ou seja, conhecer tudo de que é constituído o resíduo.

Os resíduos sólidos são classificados de acordo com sua origem, tipo de resíduo e composição química e periculosidade. Essa classificação é de extrema importância para que possamos fazer o correto gerenciamento do resíduo sólido e assim minimizar os efeitos danosos à saúde humana e ao meio ambiente.

O item 4 da NBR 10.004 da ABNT estabelece:

A classificação de resíduos envolve a identificação do processo ou atividade que lhes deu origem e de seus constituintes e características e a comparação destes constituintes com listagens de resíduos e substâncias cujo impacto à saúde e ao meio ambiente é conhecido.

A identificação dos constituintes a serem avaliados na caracterização do resíduo deve ser criteriosa e estabelecida de acordo com as matérias-primas, os insumos e o processo que lhe deu origem.

Assim, caracterizar os resíduos sólidos consiste em determinar suas principais características físicas e/ou químicas, qualitativa e/ou quantitativamente. Essa caracterização é feita por profissional especializado, que conforme a complexidade e necessidade deve ser feita em laboratório de análise especializado, de acordo com o item 4 da ABNT NBR 10.004.

5.1 classificação dos resíduos sólidos quanto à origem

O art. 13, I da Lei no 12.305 de 2010 dispõe a classificação dos resíduos sólidos quanto a sua origem e estabelece:

- a) resíduos domiciliares: os originários de atividades domésticas em residências urbanas;
- b) resíduos de limpeza urbana: os originários da varrição, limpeza de logradouros e vias públicas e outros serviços de limpeza urbana;
- c) resíduos sólidos urbanos: os englobados nas alíneas “a” e “b”;
- d) resíduos de estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços: os gerados nessas atividades, excetuados os referidos nas alíneas “b”, “e”, “g”, “h” e “j”;
- e) resíduos dos serviços públicos de saneamento básico: os gerados nessas atividades, excetuados os referidos na alínea “c”;
- f) resíduos industriais: os gerados nos processos produtivos e instalações industriais;
- g) resíduos de serviços de saúde: os gerados nos serviços de saúde, conforme definido em regulamento ou em normas estabelecidas pelos órgãos do SISNAMA e do SNVS;
- h) resíduos da construção civil: os gerados nas construções, reformas, reparos e demolições de obras de construção civil, incluídos os resultantes da preparação e escavação de terrenos para obras civis;
- i) resíduos agrossilvopastoris: os gerados nas atividades agropecuárias e silviculturais, incluídos os relacionados a insumos utilizados nessas atividades;
- j) resíduos de serviços de transportes: os originários de portos, aeroportos, terminais alfandegários, rodoviários e ferroviários e passagens de fronteira;
- k) resíduos de mineração: os gerados na atividade de pesquisa, extração ou beneficiamento de minérios.

5.2 Classificação dos resíduos sólidos quanto à periculosidade

A NBR 10.004 de 2004 classificava os resíduos sólidos quanto aos principais riscos ao meio ambiente e à saúde pública como: Classe I, perigosos e Classe II, não perigosos e ainda, a Classe II se dividia em A - não inertes e B - inertes.

5.2.1 resíduo perigoso

Os resíduos sólidos perigosos são aqueles que, em função de suas características intrínsecas de inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade ou patogenicidade, apresentam riscos à saúde pública através do aumento da mortalidade ou da morbidade, ou ainda provocam efeitos adversos ao meio ambiente quando manuseados ou dispostos de forma inadequada.

A ABNT NBR 10.004 no item 3.2 define periculosidade de um resíduo como:

Característica apresentada por um resíduo que, em função de suas propriedades físicas, químicas ou infectocontagiosas, pode apresentar:

- a) risco à saúde pública, provocando mortalidade, incidência de doenças ou acentuando seus índices;
- b) riscos ao meio ambiente, quando o resíduo for gerenciado de forma inadequada.

Mas uma definição de resíduos perigosos é encontrada na Lei no 12.305 de 2010 no art. 13, II, alínea a, que estabelece:

a) resíduos perigosos: aqueles que, em razão de suas características de inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade, patogenicidade, carcinogenicidade, teratogenicidade e mutagenicidade, apresentam significativo risco à saúde pública ou à qualidade ambiental, de acordo com lei, regulamento ou norma técnica.

O Dicionário de Direito Ambiental conceitua resíduo perigoso como:

Resíduo ou mistura de resíduos que, devido à sua quantidade e às suas características físicas, químicas e biológicas, podem apresentar perigo à saúde humana e à fauna e flora, podendo prejudicar substancialmente o meio ambiente ou causar danos às construções e equipamentos. Podem ocorrer em estados sólido, líquido ou gasoso. Usualmente, são explosivos, tóxicos, corrosivos ou radioativos. Requerem cuidados adequados na sua manipulação, desde o acondicionamento ao transporte, tratamento e disposição final, devendo ser estabelecidos por lei. (FREIRE, 2003 p.339)

E a Resolução do CONAMA no 452/2012 estabelece a definição de resíduo sólido perigoso no art. 2o, I, como: “aqueles que se enquadre em qualquer categoria contida no Anexo I, a menos que não possuam quaisquer das características descritas no Anexo III, bem como os resíduos listados nos Anexos II e IV”; Assim, o anexo I estabelece uma lista de Resíduos Perigosos - CLASSE I (Anexo I da Convenção de Basiléia).

Já o anexo III, da supracitada resolução institui uma lista de características que se o resíduo possuir é classificado como perigoso, são elas: Explosivos; Líquidos inflamáveis; Sólidos inflamáveis; Substâncias ou resíduos sujeitos a combustão espontânea; Substâncias ou resíduos que, em contato com água, emitem gases inflamáveis; Oxidantes; Peróxidos orgânicos; Venenosas (Agudas); Substâncias infecciosas; Corrosivas; Liberação de gases tóxicos em contato com o ar ou a água; Tóxicas (Retardadas ou crônicas); Ecotóxicas e Capazes, por quais meios, após o depósito, de gerar outro material, como por exemplo, lixívia, que possua quaisquer das características relacionadas anteriormente.

Como ensina Derisio (2012, p.172) os resíduos sólidos perigosos são:

Aqueles resíduos ou mistura de resíduos que, por sua natureza (inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade e patogenicidade) e por suas propriedades físicas, químicas ou infectocontagiosas, podem apresentar:

- risco à saúde pública, provocando ou acentuando um aumento de mortalidade por incidência de doenças;
- riscos ao meio ambiente, quando o resíduo for gerenciado de forma inadequada.

Os resíduos sólidos perigosos Classe I são os que possuem as características de inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade e patogenicidade e por isso apresentam risco a saúde pública, provocando ou contribuindo para o aumento da mortalidade. E apresentam efeitos adversos ao meio ambiente, quando manuseados ou

dispostos de forma inadequada (BRANDÃO et.al., 2013).

Dessa forma, os resíduos perigosos (Classe I) são aqueles que apresentam riscos à sociedade e ao meio ambiente por suas características. Devem ter uma coleta, manuseio e descarte adequados com a finalidade de minimizar os riscos à população e ao meio ambiente.

Segundo a ABNT NBR 10.004 os resíduos sólidos perigosos são os que apresentam periculosidade, está descrita no item 3.2 da referida ABNT, ou ainda, inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade ou patogenicidade. Ou constem no anexo A (resíduos perigosos de fontes não específicas) e o anexo B (resíduos perigosos de fontes específicas).

Dentre eles cabe ressaltar os agrotóxicos, seus resíduos e embalagens; pilhas e baterias; pneus; óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista; produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

Como se pode entender da definição de resíduo perigoso, descrita no art. 13, II da PNRS os resíduos perigosos são aqueles que possuem as seguintes características: inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade, patogenicidade e por essa razão são danosos a saúde humana ou ao meio ambiente, quando gerenciados de forma incorreta.

5. 2.2 Resíduo não perigoso

Segundo a Lei no 12.305 de 2010 os resíduos não perigosos são todos os que não se enquadram na classificação de resíduos perigosos. A NBR 10.004 ABNT, classifica o resíduo não perigoso como Classe II, este se subdivide em: Classe II A (não inertes) e Classe II B (inertes).

O Resíduo não inerte – Classe II A é “todo resíduo sólido ou mistura de resíduos que não se enquadra na classe I ou na Classe II B” (DERISIO, 2012, p.173).

E os resíduos inertes – Classe II B é “todo resíduo sólido ou mistura de resíduos sólidos, submetido ao teste de solubilidade (Solubilização de Resíduos Sólidos – Método de Ensaio – ABNT NBR 10.006), não teve nenhum de seus constituintes solubilizado em concentrações superiores aos padrões de potabilidade de água, excetuando-se aspecto, cor, turbidez, dureza e sabor” (DERISIO, 2012, p.173).

6. Considerações Finais

Verificou-se ao logo do presente trabalho que o resíduo sólido começou a demonstrar relevância ambiental na Política Nacional de Saneamento Básico e na Lei de Crimes Ambientais.

Contudo só em 2010 quando da instituição da Política Nacional de Resíduos Sólidos a questão dos resíduos sólidos ganha força e visibilidade, principalmente quando da implementação da Política dos Rs (reduzir, reaproveitar, reutilizar e reciclar) e também com a divulgação da necessidade de encerramento dos lixões e implementação dos aterros sanitários.

A questão do resíduo sólido no Brasil, ainda, é tratada como um problema de

saneamento básico. Visto que em muitos municípios brasileiros, a coleta e destinação final dos resíduos sólidos urbanos, não está ligada a Secretaria Municipal de Meio Ambiente, mas sim das Secretarias de Saneamento e Limpeza Urbana ou outra Secretaria ou órgão para esta finalidade.

Dessa forma, apesar dos avanços da legislação ambiental ainda falta a mudança do paradigma dos resíduos sólidos com o deslocamento de seus conceitos de saneamento básico, para algo muito além do saneamento básico.

A questão dos resíduos sólidos é um problema ambiental, da sociedade moderna e está terá que encará-lo uma hora ou outra, como um problema ambiental.

Referências

AMADO, Frederico. *Resumo Direito Ambiental - Esquemático*. 1ª ed. São Paulo: Editora. Método, 2013.

BRANDÃO, Igor Augusto. et. al. A tecnologia de rádio frequência e a Política Nacional de Resíduos Sólidos. XVI SEMEAD – Seminário em Administração. Outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.semead.com.br/16semead/resultado/trabalhosPDF/1203.pdf>> Acesso em: 12 mar. 2020.

BRASIL, Agência Nacional de Transportes Terrestres. Resolução da ANTT no 420 de 12 de fevereiro de 2004. Aprova as Instruções Complementares ao Regulamento do Transporte Terrestre de Produtos Perigosos. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/1420/Resolucao_420.html> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Agência Nacional de Transportes Terrestres. Produtos Perigosos. Disponível em <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4961/Produtos_Perigosos.html> Acesso em: 10 jun. 2017a.

BRASIL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. RDC no 33 de 25 de fevereiro de 2003. Aprova o Regulamento Técnico para o Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde -Diretrizes Gerais. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2011/res0033_08_07_2011.html> Acesso em 10 mar. 2021.

BRASIL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. RDC no 306 de 07 de dezembro de 2004. Dispõe sobre o Regulamento Técnico para o gerenciamento de resíduos de serviços de saúde, Revoga e substitui a RDC no 33/2003. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/10d6dd00474597439fb6df3fbc4c6735/RDC+N%C2%BA+306,+DE+7+DE+DEZEMBRO+DE+2004.pdf?MOD=AJPERES>> Acesso em 10 mar. 2020.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 7.500 de 19 de abril de 2013. Identificação para o transporte terrestre, manuseio, movimentação e armazenamento de produtos Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=255687>> Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 7.501 de 12 de outubro de 2011. Transporte terrestre de produtos perigosos — Terminologia. Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=88302>> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 7.503 de 10 de junho de 2013. Transporte terrestre de produtos perigosos - Ficha de emergência e envelope - Características, dimensões e preenchimento Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=257959>> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 8.418 de 30 de março de 1984. Apresentação de projetos de aterros de resíduos industriais perigosos- Procedimento. Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=7344>> Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 8.419 de 30 de abril de 1992. Apresentação de projetos de aterros sanitários de resíduos sólidos urbanos – Procedimento. Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=2584>> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 9.735 de 25 de maio de 2012. Conjunto de equipamentos para emergências no transporte terrestre de produtos perigosos. Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=322839>> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 10.004 de 31 de maio de 2004. Resíduos sólidos – Classificação Disponível em <<http://www.aslaa.com.br/legislacoes/NBR%20n%2010004-2004.pdf>> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 10.005 de 31 de maio de 2004. Procedimento para obtenção de extrato lixiviado de resíduos sólido Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=1100>> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 10.006 de 31 de maio de 2004. Procedimento para obtenção de extrato solubilizado de resíduos sólidos. Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=1651>> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 10.007 de 31 de maio de 2004. Amostragem de resíduos sólidos. Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=1102>> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 10.157 de 30 de dezembro de 1987. Aterros de resíduos perigosos - Critérios para projeto, construção e operação – Procedimento. Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma>>

aspx?ID=4278> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 11.175 de 30 de julho de 1990. Incineração de resíduos sólidos perigosos - Padrões de desempenho – Procedimento. Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=5050>> Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 11.564 de 30 de julho de 2002. Embalagem de produtos perigosos - Classes 1, 3, 4, 5, 6, 8 e 9 - Requisitos e métodos de ensaio. Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=4905>> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 12.235 de 30 de abril de 1992. Armazenamento de resíduos sólidos perigosos – Procedimento. Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=2926>> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 12.807 de 15 de maio de 2013. Resíduos de serviços de saúde — Terminologia Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=255052>> Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 12.808 de 30 de janeiro de 1993. Resíduos de serviço de saúde – Classificação. Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=3605>> Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 12.809 de 19 de abril de 2013. Resíduos de serviços de saúde — Gerenciamento de resíduos de serviços de saúde intra-estabelecimento. Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=251728>> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 12.980 de 30 de agosto de 1993. Coleta, varrição e acondicionamento de resíduos sólidos urbanos – Terminologia. Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=3355>> Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 13.221 de 16 de abril de 2010. Transporte terrestre de resíduos. Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=58155>> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 13.463 de 30 de setembro de 1995. Coleta de resíduos sólidos. Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=4942>> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 13.896 de 30 de junho de 1997. Aterros de resíduos não perigosos - Critérios para projeto, implantação e operação. Disponível em <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=4829>>

Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR 14.619 de 22 de junho de 2014. Transporte terrestre de produtos perigosos — Incompatibilidade química. Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=322820>> Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Decreto nº 10.240, de 12 de fevereiro de 2020. Regulamenta o inciso VI do caput do art. 33 e o art. 56 da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, e complementa o Decreto nº 9.177, de 23 de outubro de 2017, quanto à implementação de sistema de logística reversa de produtos eletroeletrônicos e seus componentes de uso doméstico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10240.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL, Decreto nº 96.044 de 18 de maio de 1988. Aprova o Regulamento para o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D96044.htm> Acesso em 10 mar. 2020.

BRASIL, Decreto nº 99.274 de 6 de junho de 1990. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99274.htm> Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL, Decreto nº 6.017 de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Decreto nº 6.514 de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm> Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL, Decreto no 7.404 de 23 de dezembro de 2010. Regulamenta a Lei no 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7404>.

htm> Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente. Instrução Normativa no 13 de 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://servicos.ibama.gov.br/phocadownload/legislacao/in_13_18dez2012_ibama_lista_brasileira_residuos.pdf> Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente. Instrução Normativa no 1 de 25 de janeiro de 2013. Regulamenta o Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos (CNORP) e estabelece sua integração com o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais (CTF-APP), o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental (CTF-AIDA) e o Relatório Anual de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais (RAPP) e define os procedimentos administrativos relacionados ao cadastramento e prestação de informações sobre resíduos sólidos, inclusive os rejeitos e os considerados perigosos. Disponível em: <https://servicos.ibama.gov.br/phocadownload/legislacao/instrucao_normativa_01_2013_cnorp.pdf> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente. Instrução Normativa no 6 de 15 de março de 2013. Disponível em: <https://servicos.ibama.gov.br/phocadownload/legislacao/in_ctf_app.pdf> Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente. Instrução Normativa no 12 de 16 de julho de 2013. Dispõe sobre a regulamentação dos procedimentos de controle da importação de resíduos de que trata a Resolução Conama nº 452/12, em consonância com a Convenção da Basileia. Disponível em: <https://servicos.ibama.gov.br/phocadownload/legislacao/in_12_2013_importacao_residuos_16jul13_final_publicada_17jul2013.pdf> Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente. Instrução Normativa no 3 de 28 de fevereiro de 2014. Regulamenta o Relatório Anual de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais - RAPP. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25330027_INSTRUCAO_NORMATIVA_N_3_DE_28_DE_FEVEREIRO_DE_2014.aspx> Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Hídricos. Norma Técnica no 01 de 22 de março de 2011. Diretrizes para apresentação, implementação e para elaboração de relatórios, nos processos de licenciamento ambiental dos empreendimentos marítimos de exploração e produção de petróleo e gás. Disponível em: <<http://www.bdlaw.com/assets/htmldocuments/CGPEG-DILIC-IBAMA%20Technical%20Note%201%20of%202011.pdf>> Acesso em: 14 mar. 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: 14 mar. 2021.

BRASIL, Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Lei nº 10.165 de 27 de dezembro de 2000. Altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que 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/L10165.htm> Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL, Lei nº 11.107 de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Lei nº 11.445 de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm> Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL, Lei nº 12.305 de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm> Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/pol%C3%ADtica-de-res%C3%ADduos-s%C3%B3lidos>> Acesso em: 01 set. 2017b.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 001 de 17 de fevereiro de 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 005 de 05 de agosto de 1993. Dispõe sobre o gerenciamento de resíduos sólidos gerados nos portos, aeroportos, terminais ferroviários e rodoviários. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=130>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 264 de 26 de agosto de 1999. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=262>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 275 de 05 de abril

de 2001. Estabelece código de cores para diferentes tipos de resíduos na coleta seletiva. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=273>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 283 de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre o tratamento e a destinação final dos resíduos dos serviços de saúde. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=281>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 307 de 5 de julho de 2002. Estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=307>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 312 de 10 de outubro de 2002. Dispõe sobre o licenciamento ambiental dos empreendimentos de carcinicultura na zona costeira. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=334>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 313 de 29 de outubro de 2002. Dispõe sobre o Inventário Nacional de Resíduos Sólidos Industriais. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=335>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 316 de 29 de outubro de 2002. Dispõe sobre procedimentos e critérios para o funcionamento de sistemas de tratamento térmico de resíduos. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=338>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 348 de 17 de agosto de 2004. Altera a Resolução CONAMA no 307, de 5 de julho de 2002, incluindo o amianto na classe de resíduos perigosos. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=449>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 358 de 29 de abril de 2005. Dispõe sobre o tratamento e a disposição final dos resíduos dos serviços de saúde e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35805.pdf>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 362 de 23 de junho de 2005. Dispõe sobre o recolhimento, coleta e destinação final de óleo lubrificante usado ou contaminado. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=466>> Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 386 de 27 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre>>

cfm?codlegi=524> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 401 de 4 de novembro de 2008. Estabelece os limites máximos de chumbo, cádmio e mercúrio para pilhas e baterias comercializadas no território nacional e os critérios e padrões para o seu gerenciamento ambientalmente adequado, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=589>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 416 de 30 de setembro de 2009. Dispõe sobre a prevenção à degradação ambiental causada por pneus inservíveis e sua destinação ambientalmente adequada, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=616>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 431 de 24 de maio de 2011. Altera o art. 3o da Resolução no 307, de 5 de julho de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, estabelecendo nova classificação para o gesso. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=649>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 450 de 6 de março de 2012. Altera os arts. 9º, 16, 19, 20, 21 e 22, e acrescenta o art. 24-A à Resolução no 362, de 23 de junho de 2005, do Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, que dispõe sobre recolhimento, coleta e destinação final de óleo lubrificante usado ou contaminado. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=674>> Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. Resolução do CONAMA nº 452 de 02 de julho de 2012. Dispõe sobre os procedimentos de controle da importação de resíduos, conforme as normas adotadas pela Convenção da Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=676>> Acesso em: 14 mar. 2020.

DERISIO, José Carlos. Introdução ao controle de poluição ambiental. 4ªed. São Paulo: Oficina de Textos, 2012.

FREIRE, William e Daniela Lara Martins (coordenadores). Dicionário de Direito Ambiental. Belo Horizonte: Editora Mineira, 2003.

MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. 1aed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

RUSSO, Mario Augusto Tavares. Tratamento de Resíduos Sólidos. Universidade de Coimbra, 2003. Disponível em: <<http://homepage.ufp.pt/madinis/RSol/Web/TARS.pdf>> Acesso em: 07 mar. 2021.

NORMAS PARA COLABORADORES

A Revista **EXEQUATUR**, revista jurídica do Centro Universitário UNIFACVEST, terá como regras editoriais para a apresentação de artigos as seguintes:

1. Os artigos deverão ser inéditos (não publicados em periódicos de circulação nacional);
2. Os artigos deverão ser entregues num envelope fechado, em três vias, e o nome do autor deverá ser omitido (*blind review*) para a apreciação e análise do Conselho Editorial;
3. Acompanhará o envelope com os artigos, um envelope lacrado, com o título do trabalho e um breve Curriculum Vitae, contendo: nome completo, titulações, atividades profissionais em desenvolvimento, instituição de origem, projetos de pesquisa e extensão desenvolvidos, publicações recentes (últimos 5 anos), endereço completo com endereço eletrônico;
4. Dados técnicos: os artigos deverão conter de 5 a 15 páginas, incluindo texto, referências e ilustrações;
5. A apresentação do artigo¹ deve seguir as normas apresentadas no livro: Procedimentos de metodologia científica², referendados pela ABNT³.
6. O endereçamento para correspondência é: Revista EXEQUATUR. Att. Coordenação de Direito da UNIFACVEST. Av. Mal. Floriano, 947. Lages – SC
7. Os autores receberão, no período de até 35 dias documento informando sobre a análise pelo Conselho Editorial Externo e pelos revisores;
8. Os autores deverão anexar declaração autorizando a UNIFACVEST e a PAPERVEST Editora a publicar os artigos sem quaisquer custos para os autores, bem como desenvolver publicidade na mídia sobre a publicação;
9. A periodicidade de circulação da revista será semestral e os artigos serão recebidos até 30 dias antes do fechamento da edição.

Cordialmente,

Renato Rodrigues

Editor

Pró-reitoria de Pesquisa e Extensão

¹ O padrão estético e metodológico para a construção de um artigo científico aparece no livro de metodologia da UNIFACVEST, nas páginas: (p. 54-79).

² RODRIGUES, R. ; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de metodologia científica**. 9. ed. Lages, SC: Paper-vest, 2020.

³ Associação Brasileira de Normas Técnicas.



Publicação da Papervest Editora
Av. Marechal Floriano, 947 - CEP: 88503-190
Fone: (49) 3225-4114 - Lages / SC
www.unifacvest.edu.br