INCLUSÃO SOCIAL:

POLÍTICAS SOCIAIS, PSICOLOGIA, RESSOCIALIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PENAL:

VOLUME 6

ORGANIZADORES

ILTON GARCIA DA COSTA
LUCIANO FERREIRA RODRIGUES FILHO
JAIME DOMINGUES BRITO

COORDENADORES

DANIELE RAMOS MARINHO GOMES
LUIZ HENRIQUE NÉIA GIAVINA BIANCHI
TIAGO DOMINGUES BRITO

AUTORES

ÁLVARO SEBASTIÃO INÁCIO
ANDREZZA SOUZA RAMOS
ANTÔNIO SÉRGIO CORDEIRO PIEDADE
BRUNA MANZZATO DA SILVA PEREIRA
BRUNNA RABELO SANTIAGO
BRUNO GOFMAN
CAIO CÉSAR TENÓRIO GARÉ
CAMILA RAREK ARIOZO
CARLOS ALBERTO ALBERTUNI
DÉBORA GARCIA DUARTE
DIEGO NASSIF DA SILVA
ELLEN VENTURINI VICENTIN
EMERSON ANTÔNIO DE ANDRADE
EVERSON APARECIDO CONTELLI
EVERSON APARECIDO CONTELLI
FERNANDA APARECIDA LISBOA PORCEL
GABRIEL DELSASSO LAVORATO MANFRÉ
GABRIEL MAFFUD DE PAULA MARQUES
GUILHERME DA COSTA DINIZ
GUILHERME DOMINGOS DE LUCA
ILTON GARCIA DA COSTA
IVANA NOBRE BERTOLAZO
JUNIO BARRETO DOS REIS
LARISSA DELLE SIQUINELLI
LETÍCIA SATIRO SAKAI
LUCIANO FERREIRA RODRIGUES FILHO
LUCIANO FERREREIRA RODRIGUES FILHO
LUCYELLEN ROBERTA DIAS GARCIA
LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK
MARCELO ANTÔNIO THEODORO
MARCELO YUKIO MISAKA
MARIANA FORDELLONE ROSA CRUZ
MATHEUS CAMPOS ZURLO
MATHEUS CONDE PIRES
MATHEUS VERILLO
MIRANDA ORTIZ DE OLIVEIRA
NATASHA MIRELLA MELO COSTA
PATRÍCIA MARTINS GARCIA
RENAN CAUÊ MIRANDA PUGLIESE
RENATO ALEXANDRE DA SILVA FREITAS
RENATO BERNARDI
RICARDO BISPO RAZABONI JÚNIOR
RODOLFO IGNÁCIO ALICEDA
RODRIGO ANTUNES LOPES
STELLA MARIS GUERGOLET DE MOURA
THIAGO CESAR GIAZZI
THIAGO MALUF
VALTER FOLETO SANTIN
VALTER FOLETO SANTIN
VANESSA RUI FÁVERO
VÍTOR DE ALCÂNTARA BUENO
YUKI LOPES TAMURA

ORGANIZAÇÃO

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP – EMITTE LUCEM TUAM

COORGANIZAÇÃO

unopar – BANDEIRANTES - PR

FEATI

PATROCÍNIO

FUNDAÇÃO ARAUCÁRIA – Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná

COPEL

CO-PATROCÍNIO

REDIGE PRODUÇÃO EDITORIAL

FAPE – Faculdade de Presidente Epitácio

CAIXA

APOIO

JACAREZINHO - PR

OAB – JACAREZINHO - PR

ipda – Instituto Paranaense de Direito Administrativo

ORGANIZADORES

Ilton Garcia da Costa
Luciano Ferreira Rodrigues Filho
Jaime Domingues Brito

Coordenadores

Daniele Ramos Marinho Gomes
Luiz Henrique Néia Giavina Bianchi
Tiago Domingues Brito

AUTORES

Luciano Ferrereira Rodrigues Filho, Gabriel Maffud de Paula Marques, Thiago Cesar Giazzi, Patrícia Martins Garcia, Ilton Garcia da Costa, Bruno Gofman, Emerson Antônio de Andrade, Álvaro Sebastião Inácio, Mariana Fordellone Rosa Cruz, Thiago Maluf, Rodolfo Ignácio Aliceda, Valter Foleto Santin, Lucyellen Roberta Dias Garcia, Matheus Conde Pires, Matheus Campos Zurlo, Everson Aparecido Contelli, Letícia Satiro Sakai, Marcelo Antônio Theodoro, Renato Alexandre da Silva Freitas, Vítor de Alcântara Bueno, Marcelo Yukio Misaka, Natasha Mirella Melo Costa, Ricardo Bispo Razaboni Júnior, Guilherme Domingos de Luca, Rodrigo Antunes Lopes, Guilherme da Costa Diniz, Matheus Verillo, Miranda Ortiz de Oliveira, Larissa Delle Siquinelli, Andrezza Souza Ramos, Stella Maris Guergolet de Moura, Yuki Lopes Tamura, Fernanda Aparecida Lisboa Porcel, Everson Aparecido Contelli, Camila Rarek Ariozo, Renato Bernardi, Junio Barreto dos Reis, Bruna Manzzato da Silva Pereira, Ellen Venturini Vicentin, Renan Cauê Miranda Pugliese, Gabriel Delsasso Lavorato Manfré, Vanessa Rui Fávero, Caio César Tenório Garé, Carlos Alberto Albertuni, Diego Nassif da Silva, Luciano Ferreira Rodrigues Filho, Débora Garcia Duarte, Brunna Rabelo Santiago, Luiz Fernando Kazmierczak, Ivana Nobre Bertolazo, Valter Foleto Santin, Antônio Sérgio Cordeiro Piedade.

INCLUSÃO SOCIAL: POLÍTICAS SOCIAIS, PSICOLOGIA, RESSOCIALIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PENAL: SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016: VOLUME 6

1ª Edição
Bandeirantes/PR
Redige Produção Editorial

2016

2016 Ilton Garcia da Costa, Luciano Ferreira Rodrigues Filho, Jaime Domingues Brito, organizadores.
Direitos reservados de publicação
Redige Produção Editorial
Rua Prefeito José Mário Junqueira, n.º 149, Conj.08
Bandeirantes – PR CEP.
86.360-000

EDIÇÃO
ROGÉRIO PICCINO BRAGA

PROJETO GRÁFICO e DIAGRAMAÇÃO
SEMPREINOVE

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
(CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP, BRASIL)

Inclusão social [livro eletrônico] : políticas sociais, psicologia, ressocialização e administração penal : Simpósio ISO Certos 2016, volume 6 / organização Ilton Garcia da Costa, Luciano Ferreira Rodrigues Filho, Jaime Domingues Brito ; coordenação Daniele Ramos Marinho Gomes, Luiz Henrique Néia Giavina Bianchi, Tiago Domingues Brito. -- 1. ed. -- Bandeirantes : Redige Produção Editorial, 2017.
1 Mb ; PDF

Vários autores.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-66668-17-9

1. Administração 2. Direito fundamental 3. Inclusão social 4. Políticas sociais 5. Psicologia 6. Ressocialização I. Costa, Ilton Garcia da. II. Rodrigues Filho, Luciano Ferreira. III. Brito, Jaime Domingues. IV. Gomes, Daniele Ramos Marinho. V. Bianchi, Luiz Henrique Néia Giavina. VI. Brito, Tiago Domingues.

17-01028 CDU-347.121

Todos os direitos autorais reservados e protegidos pela Lei 9.610, de 19.2.1998. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais é tipificada como crime no artigo 184 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940).
Os autores se responsabilizam pelo conteúdo de seus artigos, isentando a Editora e os organizadores da obra coletiva de eventuais responsabilidades oriundas da publicação.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Conselho Científico

Prof. Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade - UFMT
Prof. Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza - UFMT
Prof. Dr. Clóvis Demarchi – Univali
Profª. Drª. Daniella Serra Castilhos - Univ. Portucalense.
Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - Unicuritiba
Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP
Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS – UNIT
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP
Prof. Dr. Ivanaldo Santos - UERN
Prof. Dr. Jaime Domingues Brito - UENP
Prof. Dr. Lino Rampazzo - UNISAL
Prof. Dr. Marcelo Antonio Theodoro - UFMT
Prof. Dr. Marcio Pugliessi - PUC - SP
Prof. Dr. Paulo Nogueira da Costa – Univ. Coimbra
Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuzka - UFPR
Profª. Drª. Regina Célia Martinez - FMU - SP
Profª. Drª. Regina Vera Villas Boas - PUC –SP
Prof. Dr. Ricardo Rossetti - Metodista
Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - Dom Helder
Prof. Dr. Valter Foleto Santin - UENP
Profª. Drª. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba
Profª. Drª. Zélia Luiza Pierdoná - Mackenzie

CONSELHO EDITORIAL

Claudio José Amaral Bahia
Doutor em Direito do Estado - PUC-SP
Mestre em Direito - ITE-Bauru

Cristina Veloso de Castro
Pós-Doutorado em Direito e Saúde - Universidade de Messina, Itália
Doutora em Direito - ITE-Bauru
Doutora em Derecho Empresarial - Universidade de Extremadura

Fabiana Polican Ciena
Doutora em Direitos Humanos - USP
Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direto do Norte Pioneiro – FUNDINOPI

Fernando de Brito Alves
Doutor em Direito - ITE-Bauru
Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direto do Norte Pioneiro – FUNDINOPI

Flávio Luis de Oliveira
Doutor em Direito – UFPR
Mestre em Direito– UFPR

Rui Carvalho Piva
Pós-Doutorado em Direito e Saúde - Universidade de Messina, Itália
Doutor em Direito - PUC-SP
Mestre em Direito – PUC-SP

Vanessa De Biassio Mazzutti
Doutoranda em Direito – Universidade de Lisboa
Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direto do Norte Pioneiro – FUNDINOPI

SUMÁRIO

Apresentação..... 9
Prefácio..... 11
Carta de Jacarezinho..... 12

CAPÍTULO I
MENORIDADE E CRIMINALIDADE: AÇÕES PARA RESSOCIALIZAÇÃO PELA EDUCAÇÃO..... 15
Luciano Ferreira Rodrigues Filho, Gabriel Maffud de Paula Marques

CAPÍTULO II
A (DES) ADOAÇÃO COMO MEIO DE GARANTIR A DIGNIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE..... 36
Thiago Cesar Giazzi, Patrícia Martins Garcia

CAPÍTULO III
A "INSANIDADE MENTAL" DO SERVIDOR PÚBLICO E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR..... 58
Ilton Garcia da Costa, Bruno Gofman

CAPÍTULO IV
A DECISÃO NO HABEAS CORPUS Nº 126.292 FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA..... 78
Emerson Antonio de Andrade, Álvaro Sebastião Inácio, Mariana Fordellone Rosa Cruz

CAPÍTULO V
A DIFICULDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO DO DETENTO NO ATUAL SISTEMA PRISIONAL E A PROBLEMÁTICA DA REINCIDÊNCIA..... 87
Tiago Maluf, Rodolfo Ignácio Aliceda, Valter Foleto Santin

CAPÍTULO VI
A FUNÇÃO SOCIAL DA PENA À LUZ DO PROGRAMA PATRONATO MUNICIPAL..... 101
Lucyellen Roberta Dias Garcia, Matheus Conde Pires, Matheus Campos Zurlo

CAPÍTULO VII
OS NÚCLEOS ESPECIAIS CRIMINAIS – NECRIM´s COMO EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL..... 127
Everson Aparecido Contelli, Letícia Satiro Sakai, Marcelo Antônio Theodoro

CAPÍTULO VIII
PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE, MÉTODO APAC E A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO..... 156
Renato Alexandre da Silva Freitas, Vítor de Alcântara Bueno, Marcelo Yukio Misaka

CAPÍTULO IX
RESSOCIALIZAÇÃO E A ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS - APAC..... 188
Natasha Mirella Melo Costa, Ricardo Bispo Razaboni Junior, Guilherme Domingos de Luca

CAPÍTULO X
A IMPORTÂNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL E UMA PARTICIPAÇÃO MAIS EFETIVA DA SOCIEDADE..... 194
Rodrigo Antunes Lopes, Guilherme da Costa Diniz, Matheus Verillo Miranda Ortiz de Oliveira

CAPÍTULO XI
A LOUCURA INSTITUCIONALIZDA: HOSPITAIS PSIQUIÁTRICOS E MANICÔMIOS JUDICIAIS..... 208
Larissa Delle Siquinelli

CAPÍTULO XII
A PRECARIEDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A DECORRENTE INVIABILIDADE DA RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA..... 227
Andreza Souza Ramos

CAPÍTULO XIII
COLABORAÇÃO PREMIADA FRENTE AO COMBATE DO CRIME ORGANIZADO..... 231
Stella Maris Guergolet de Moura, Yuki Lopes Tamura

CAPÍTULO XIV
DA ANÁLISE DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO..... 266
Fernanda Aparecida Lisboa Porcel, Everson Aparecido Contelli

CAPÍTULO XV
DIREITO DE VOTO AO CONDENADO COMO FORMA DE VISIBILIDADE POLÍTICA E RESSOCIALIZAÇÃO NO CUMPRIMENTO DA PENA..... 284
Camila Rarek Ariozo, Renato Bernardi

CAPÍTULO XVI
INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR..... 289
Junio Barreto dos Reis, Bruna Manzzato da Silva Pereira

CAPÍTULO XVII
MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: A MUDANÇA DE PARADIGMAS COMO PRESSUPOSTO PARA A EFETIVIDADE E A REINSERÇÃO SOCIAL..... 302
Ellen Venturini Vicentim, Renan Cauê Miranda Pugliesi

CAPÍTULO XVIII
O MITO DA IMPUNIDADE: O INSUCESSO ESTATAL NA RECUPERAÇÃO DOS ADOLESCENTES AUTORES DE ATOS INFRACIONAIS..... 329

Gabriele Delsasso Lavorato Manfré, Vanessa Rui Fávero

CAPÍTULO XIX
O OBJETO OCULTO NA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS..... 355
Caio César Tenório Garé

CAPÍTULO XX
O TERMO SYNDERESIS E SUA INTRODUÇÃO NO PENSAMENTO MEDIEVAL..... 373
Carlos Alberto Albertuni

CAPÍTULO XXI
PACIFICAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL: O SUJEITO E SUA MORADA NA CIDADE ESTUDO DO CASO DA VILA XV DE NOVEMBRO DO MUNICÍPIO DE JABOTI/PR..... 382
Diego Nassif da Silva, Luciano Ferreira Rodrigues Filho

CAPÍTULO XXII
PERPETUAÇÃO DO CASO IRMÃOS NAVES: ANÁLISE DA REVISÃO CRIMINAL COMO INSTITUTO JURÍDICO APTO A REVERTER ERROS JUDICIÁRIOS..... 397
Débora Garcia Duarte, Brunna Rabelo Santiago, Luiz Fernando Kazmierczak

CAPÍTULO XXIII
PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR..... 405
Ivana Nobre Bertolazo, Valter Foleto Santin, Antônio Sérgio Cordeiro Piedade

APRESENTAÇÃO

Não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

Depois de muitas reuniões no Grupo de pesquisa GPCERTOS e da interlocução interinstitucional com várias entidades, veio ao lume o *Simpósio Iso Certos 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração*, tendo se realizado na Faculdade de Direito da UENP (dias 28 e 29 de julho) e na sede da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho (dia 30 de julho). O livro a que o leitor ora tem acesso é fruto desses intensos dias de muito trabalho acadêmico, nos quais tivemos aproximadamente 600 pessoas circulando pelo evento.

No primeiro dia do Simpósio, tivemos a belíssima demonstração de robótica, organizada por alunos do Instituto Federal do Paraná, sob a coordenação do prof. Douglas Alexandre Rodrigues. Os presentes puderam desfrutar, outrossim, da sublime apresentação musical do professor Nathan Barros Osipe. Mas não foi só. Didáticas e instigantes palestras de abertura foram levadas a efeito por intermédio dos palestrantes Dr. David José de Oliveira e Dr. Mário Sueki Sonomura, ambos da Receita Federal do Brasil. Foram tratados importantes tópicos sobre a destinação de imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas para finalidades assistenciais. As palestras despertaram muito interesse no público, que direcionaram muitas indagações aos conferencistas sobre temas práticos e atuais.

No segundo dia, contamos com 29 voluntários trabalharam arduamente na organização das mesas redondas simultâneas com 35 pessoas compartilhando conhecimentos na condição de palestrantes e debatedores. Com mais de uma centena de trabalhos submetidos, a maioria dos quais apresentados pelos autores, a propiciar plenamente o diálogo acadêmico acerca dos mais agudos problemas sociais, levando a sério a ideia de que não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.

No último dia, além da participação especial do Juiz peruano Dr. Reyler Rodríguez Chávez, que nos legou belíssimo vídeo de saudação aos participantes do Iso Certos 2016, ainda os irmãos Ana Beatriz e André Luiz Leite fizeram belíssima apresentação musical aos presentes. Tivemos também célebre mesa redonda permeada por considerações relevantíssimas sobre a APAC como alternativa factível ao problema carcerário, sobretudo diante da APAC/JACAREZINHO já constituída na cidade sob a liderança do emérito Juiz de Direito Dr. Renato Garcia.

Digno de nota a título de um dos resultados concretos do evento foi a elaboração da "Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social", que se encontra publicada nesse volume, documento esse que no dia 8/8/2016 recebeu por aprovação unânime na Câmara Municipal de Jacarezinho a Moção de Apoio 1/2016, proposta pelo Vereador Valdir Pereira Maldonado. Aludida Carta, como bem se lê da Moção referida, constituiu um ato concreto, um compromisso, um chamado, uma convocação para que todos da sociedade mobilizem-se em prol da inclusão social. Muitas temáticas foram tratadas, todas de fundamental importância: inclusão da vítima, do egresso do sistema carcerário, bem como da proteção da dignidade do preso; inclusão do idoso, da criança e do adolescente; inclusão da pessoa com deficiência; inclusão da pessoa em situação de pobreza extrema e à margem da proteção trabalhista; inclusão do negro, dos índios e quilombolas; inclusão da mulher e das pessoas homo afetivas; e inclusão dos refugiados. Todos os sete itens da Carta foram discutidos e aprovados nos grupos de trabalho do Simpósio no dia 29 e/ou na Plenária realizada na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho no dia 30, onde, ao término do evento, o texto final da Carta foi proclamado solenemente pelo Presidente da OAB, Dr. Jaziel Godinho de Morais. É importante no ponto que todos divulguem ao máximo esse relevante documento, a fim de que ele se espraie no tecido social sua força inclusiva, a lançar por diferentes lados e vieses um movimento social concretizador da inclusão na nossa e em todas as sociedades contemporâneas.

Por derradeiro, merece toda nossa admiração e nosso agradecimento pelo apoio a Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP/Grupo de Pesquisa GP CERTOS, a Universidade Norte do Paraná-Unopar/Bandeirantes e a Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti-Feati, sem os quais nada seria possível. Da mesma forma, é de registrar nossa gratidão à OAB/Subseção de Jacarezinho, bem como o reconhecimento imperioso do apoio da Diocese de Jacarezinho e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo-IPDA; e, por fim, àqueles que patrocinaram o evento, em especial à Fundação Araucária, à Companhia Paranaense de Energia-Copel, ao Sebrae, à Faculdade de Presidente Epitácio-Fape e à Caixa Econômica Federal.

À editora Redige, na pessoa do editor Prof. Dr. Rogerio Piccino Braga, fica o registro de nossa especial homenagem pelo esmero notável na publicação desse valioso material.

Cabe-nos, de em diante, persistir na senda da inclusão social. Apenas assim teremos uma sociedade mais justa, inclusiva e pacificadora.

Muito obrigado a todos e boa leitura!

Dr.Ilton Garcia da Costa, professor doutor da UENP, líder GP CERTOS, Coordenador Geral do Simpósio Iso Certos 2016
Dr. Jaziel Godinho de Morais, Presidente da OAB/Subseção Jacarezinho
Dr. Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Juiz Federal/Subseção Jacarezinho

PREFÁCIO

O trabalho consubstancia o atendimento, por seletos pesquisadores de diversas partes do país, interessados na temática Inclusão Social e que revelaram preocupação com um substancialismo, concretude dos Direitos Fundamentais, levantando falhas no sistema a fim de conclamar a sociedade e a comunidade acadêmica para produção de soluções compatíveis à redução das desigualdades sociais.

Ao que se percebe dos trabalhos apresentados ao Simpósio Iso Certos 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração, idealizado pelo estimado e competente Dr. Ilton Garcia da Costa, Líder do Grupo de Pesquisa GP CERTOS Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações do Trabalho e Organizações Sociais da UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná, os estudos apresentados suplantam a academia, com formulações de soluções sistêmicas e passíveis de concretização no mundo dos grupos marginalizados.

Idêntica tônica se extrai da Carta de Jacarezinho-PR, documento decorrente da discussão de ideias entre os participantes do evento, que apregoam assuntos de especial relevância, como o do diálogo sobre acesso a justiça criminal e métodos alternativos à solução de conflitos, a proteção especial do idoso e a acessibilidade das pessoas portadoras de deficiências, o reconhecimento do caráter humanitário e social do problema dos refugiados no mundo etc.

Dessa forma, a obra que se traz à lume neste momento de fagulhas sociais é essencial para despertar na sociedade e na comunidade jurídica a descoberta de um paradigma inclusivo e necessário à reafirmação de um modelo de Estado Democrático de Direito, que seja responsável por uma pauta de erradicação das desigualdades sociais para o Brasil e a América do Sul.

Everson Aparecido Contelli
Delegado de Polícia
Mestre em Direito
Professor da FAPE-Faculdade de Presidente Epitácio-SP

SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016: INCLUSÃO SOCIAL, NAS FISSURAS DO SISTEMA, SOCIEDADE E INTEGRAÇÃO

NOTA DE ESCLARECIMENTO SOBRE A CARTA DE JACAREZINHO PELA INCLUSÃO SOCIAL

Não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

O ***Simpósio Iso Certos 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração***, concretizou-se em Jacarezinho entre os dias 28 a 30 de julho, sob a Coordenação-Geral do prof. Dr. Ilton Garcia da Costa e organizado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP/Grupo de Pesquisa GP CERTOS, pela Universidade Norte do Paraná-Unopar/Bandeirantes e pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti-Feati em colaboração com outras entidades como OAB/Subseção de Jacarezinho, Diocese de Jacarezinho e Instituto Paranaense de Direito Administrativo-IPDA, bem como do patrocínio da Fundação Araucária, da Companhia Paranaense de Energia-Copel, da Editora Redige, do Sebrae, da Faculdade de Presidente Epitácio-Fape e da Caixa Econômica Federal.

A ***Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social*** constitui um ato concreto, um compromisso, um chamado, uma convocação para que todos da sociedade mobilizem-se em prol da inclusão social. Não representando a opinião particular de nenhuma instituição apoiadora do evento, todos os sete itens da Carta foram discutidos e democraticamente aprovados nos grupos de trabalho do Simpósio no dia 29 e/ou na Plenária realizada na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho no dia subsequente, onde, ao término do evento, o texto final da Carta foi proclamado solenemente pelo Presidente da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção Jacarezinho, Dr. Jaziel Godinho de Morais.

Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social

*Os participantes do **SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016**, reunidos na cidade de Jacarezinho, Paraná, Brasil, de 28 a 30 de julho de 2016, na Universidade Estadual Norte do Paraná e na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil -*

Subseção de Jacarezinho, assumindo o dever de contribuir para inclusão social à guisa de especial obrigação de todos que pretendem conviver em democracia; reafirmando os ditames constitucionais para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para erradicação da pobreza e da marginalização; considerando a fraternidade e a misericórdia especiais instrumentos para superação da intolerância e dos conflitos contemporâneos; tomando em conta que há de estar presente na agenda de compromissos assumidos pelo Estado brasileiro a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de quaisquer outras formas de discriminação; assumindo que a exclusão social é fator dificultador da paz e do bem-estar social; reconhecendo a existência do direito fundamental à inclusão social; tendo em mente que, fazendo parte da única família humana, constitui substrato mínimo a qualquer forma de organização social legítima o respeito pela diferença; ***CONCLAMAM*** *todos a concretizar com coragem, divulgar com amor e estimular com firmeza as seguintes ações e boas práticas para justiça e inclusão social:*

1. *Apoiar práticas que abram espaço às vítimas de delitos para se expressar quanto às suas necessidades em vista da completa reparação do dano causado, inclusive quanto à confiança e integridade psíquico-emocional. Sobremais, disseminar práticas sociais contrárias àquelas estigmatizantes dos egressos do sistema carcerário, a fim de que possam eles (re)integrar-se à sociedade. Da mesma forma, apoiar iniciativas que promovam o diálogo sobre o acesso à justiça criminal e a ressocialização dos presos por intermédio de métodos alternativos de solução de conflitos e ao sistema carcerário tradicional, respectivamente.*

2. *Reafirmar a importância social da proteção especial do idoso, da criança e do adolescente na condição de elo de ligação atual entre passado e futuro da sociedade, tratando com urgência e prioridade as demandas sociais que lhes digam respeito.*

3. *Admitir que não só a eliminação de barreiras arquitetônicas em logradouros, prédios e veículos de transporte coletivo, mas também o estabelecimento de políticas públicas de cotas para ingresso em cargos e empregos públicos, assistenciais e de incentivos fiscais constituem mecanismos de acessibilidade e inclusão social das pessoas com deficiência, atribuindo-lhes o equânime tratamento para garantir igualdade de oportunidades.*

4. *Apoiar melhor distribuição de riqueza em nosso País, notadamente em favor daqueles que vivem em situação de pobreza extrema. Apoiar a redução de tributos incidentes sobre a relação de trabalho como forma de estimular a criação de empregos sob proteção das leis trabalhistas, representativas de conquistas marcantes no processo de evolução social, econômica e jurídica do Brasil.*

5. *Apoiar políticas públicas lastreadas em ações afirmativas no combate à discriminação e na redução das desigualdades sociais em prejuízo das minorias como negros, índios e quilombolas, estimulando a preservação de culturas, tradições e crenças de todos os povos.*

6. *Promover, divulgar e apoiar práticas de inclusão da mulher e da pessoa homo afetiva com a finalidade de concretizar o princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, ambos amplamente garantidos pelo Estado de Direito Democrático Constitucional, propiciando maximizar o reconhecimento social e estatal dessas garantias, evitando as desigualdades reversas de gênero e permitindo a compreensão definitiva do humanismo do outro por toda a sociedade.*

7. *Reconhecer o caráter humanitário e social do problema dos refugiados no mundo, zelando para a devida inclusão destes nos países de asilo sem que tal inclusão implique violação ou diminuição de costumes, crenças e tradições que lhes sejam próprios. Repudiar ações de outros países tendentes à expulsão por motivo de raça, crença, nacionalidade, grupo social a que pertence ou opiniões políticas.*

Capítulo I

MENORIDADE E CRIMINALIDADE: AÇÕES PARA RESSOCIALIZAÇÃO PELA EDUCAÇÃO

MINORITY AND CRIMINALITY: ACTIONS BY EDUCATION RESOCIALIZATION

RODRIGUES-FILHO, Luciano Ferreira[1]
MARQUES, Gabriel Maffud de Paula[2]

RESUMO: Esse artigo discute o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo (PMAS) e suas ações voltadas ao menor em conflito com a lei. O documento elaborado pelos municípios, em consonância com a Resolução 119/2006 e pela Lei Federal 12.594/2012, organizada pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), instituição vinculada à Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente (SNPDCA), regula a normatização, conceitual e jurídica, necessária à implementação e execução das medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes a quem se atribui a prática do ato infracional. Em decorrência do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), no Art. 4º, inciso I, que dispõe sobre a municipalização do atendimento ao menor em conflito com a lei, o plano visa balizar as ações municipais conforme as diretrizes estaduais e nacionais pela efetivação dos direitos da criança e dos adolescentes. Nesse artigo será abordado o conceito de criança e adolescente, explorará algumas histórias de vida, mostrando a necessidade da participação do Estado e suas políticas públicas para o desenvolvimento humano, assim como, na análise do Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo de um município de pequeno porte no Norte Pioneiro do Paraná. Desta forma, pode-se constatar que as ações e projetos determinados pelo plano se esbarram na hipossuficiência do Estado, dificultando a concretização em decorrência do descaso público.

PALAVRAS-CHAVE: Medida socioeducativa; Direito; Criança; Adolescente; Menor em conflito com a lei.

[1]Mestre em Psicologia Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP, membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa Trabalho e Ação Social – NUTAS – PUC/SP. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS, do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho-PR. Docente do curso de Direito da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti – FEATI, coordenador do Núcleo de Estudos em Subjetividade, Direito e Território - NESDI (lu_fr@yahoo.com.br).

[2]Graduando em Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti – FEATI, pesquisador do Núcleo de Estudos em Subjetividade, Direito e Território - NESDI (gabriel_maffud@hotmail.com).

ABSTRACT: This article discusses the Municipal Plan for Socio-Educational Services (PMAS) and their actions to lower in conflict with the law. The document prepared by the municipalities in accordance with Resolution 119/2006 and Federal Law 12.594/2012, organized by the Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), an institution linked to the Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente (SNPDCA), regulates the standardition, conceptual and legal, necessary for the implementation and enforcement of social and educational measures to adolescents who attributed the practice of an infraction. As a result of the Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), in Art. 4, section I, which provides for the municipalization of the lowest in conflict with the law, the plan aims to delimit municipal actions as state and national guidelines for conducting the rights of children and adolescents. In this article we will address the concept of child and adolescent, explore some life stories, showing the need for participation of the state and its public policies for human development, as well as the analysis of the Municipal Plan for Socio-Educational Services of a small city Pioneer in the North of Paraná. Thus, it can be seen that the actions and projects determined by the plane ran into enough lacking the state, making it difficult to achieve due to public indifference.

KEY WORDS: Socio-educational measures; Right; Child; Adolescents; Minor in conflict with the law

INTRODUÇÃO

O Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo (PMAS) consiste no planejamento de ações no âmbito de políticas públicas municipais a ser cumpridas a pequeno, médio e longo prazo, destinadas ao adolescente em conflito com a lei. Este plano de ações ressalta a participação dos órgãos públicos, privados em conjunto com a sociedade para a defesa dos direitos das crianças e adolescentes previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente– ECA.

As medidas socioeducativas não podem ser versadas como ato penal, mas como medidas pedagógicas, a fim de conscientizar o adolescente sobre seus atos e suas consequências. Com este propósito, o plano vem garantir a criança e ao adolescente o cumprimento do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente que promulga:

> É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (DIGIÁCOMO, 2010, p. 5).

Neste sentido, cabe ao PMAS elaborar medidas a serem cumpridas pela rede interdisciplinar envolvendo instituições, profissionais e a comunidade. Tendo subsídios do âmbito governamental para que tais medidas possam tornar realidade. No entanto, para a concretização das ações, reconhece-se a dificuldade de um trabalho em rede no município de pequeno porte, ocorrido pela falta de conscientização dos profissionais e pela ausência de investimentos público para a efetivação dos projetos.

Desta forma, este artigo irá discutir sobre a execução do PMAS, de uma cidade de pequeno porte do Norte do Paraná. Este documento foi elaborado para ser aplicado no decênio de 2015 a 2024. Nele, foram organizadas ações apontando dois objetivos: 1) de elaborar ações de políticas públicas para o atendimento ao adolescente em conflito com a lei, tomando os dados e as informações apresentados pelos relatórios institucionais e pelos históricos de atuação dos profissionais que mantêm relação direta com o adolescente em conflito com a lei; 2)de um trabalho conjunto de conscientização de todas as instituições ligadas ao adolescente em conflito com a lei, na responsabilidade do agir em prol destes e, consequentemente, no engajamento para criar medidas intervencionistas que garantam as crianças e aos adolescentes o "desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade" (DIGIÁCOMO, 2010, p. 5) como forma preventiva e estruturante para o desenvolvimento da criança e do adolescente, a fim de evitar a socialização com os atos infratores.

Pensando nesta forma, o plano trabalhará o adolescente que já está em conflito com a lei, assim como, no intuito de evitar futuros delitos cometido por adolescentes ou reincidentes. Portanto, compreende-se que é uma ação em conjunto, necessitando da participação e incentivo físico e financeiro para a construção de uma estrutura capaz de cumprir com as necessidades da fase de desenvolvimento infantil e do adolescente. Nisto implica a execução apresentado pelo Plano Decenal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Estado do Paraná (PARANÁ, 2013) que admite,

> O direito à prioridade absoluta assegurada às crianças e adolescentes contempla a primazia em receber proteção e socorro, precedência no atendimento nos serviços públicos e preferência na formulação e execução das políticas públicas e, ainda, na destinação de recursos públicos (p. 76).

Segundo citação do plano decenal, são prioritárias as medidas de políticas públicas em prol da criança e adolescente sob todas as formas e instituições, com isto, as medidas socioeducativas devem estar pautadas nas discussões do Poder Público e Judiciário como mecanismo de análise da conjuntura socioeconômica do município. Como afirma Sposato

(2004, p. 11), "tratar de medidas socioeducativas implica discutir política", e política como sendo práxis em um contexto social, com ações embasadas na reflexão e no diálogo de uma rede articulada e intersetorial. Segundo Digiácomo (2010),

> A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Art. 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente) (p. 102).

Apesar do PMAS, *a priori*, estar vinculado com as ações da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social e com o Centro de Referência Especializada em Assistência Social – CREAS, acredita-se que deve haver uma descentralização das responsabilidades no que se refere às medidas sócio educativas. É pretensão criar medidas e um Estado de vigilância nestas instituições públicas para que torne concreta uma autonomia municipal (entende-se também sobre uma autonomia institucional), conforme proposto pelo artigo 34, inciso VII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

> Esta autonomia desdobra-se em aspectos políticos, referentes à auto-organização normativa e ao autogoverno; aspectos administrativos, voltados à organização e execução de serviços públicos; e, por fim, aspectos financeiros, como a capacidade de arrecadação de tributos e sua destinação (SPOSATO, 2004, p. 17).

Perante tal quadro, o PMAS trata de medidas propostas pelas instituições que convivem diariamente com a realidade socioeducativa e também, com instituições, órgãos e sociedade no convívio com as crianças e adolescentes. Versando sobre um projeto ético-político para além das medidas socioeducativas, mas, também, para um projeto de município. No entanto, este artigo discorre sobre a hipossuficiência dos municípios na realização de projetos e programas destinadas as crianças e adolescentes, bem como para aqueles em conflito com a lei.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A INFÂNCIA E SUAS INSTITUIÇÕES

Segundo Philippe Ariès (1981) em seu livro a "História social da criança e da família" o autor afirma que a velha sociedade tradicional/medieval via a criança de forma distorcida, pois não havia distinção entre crianças e adultos, não existindo, portando, um sentimento próprio da infância.

> [...] o sentimento da infância não existia - o que não quer dizer que as crianças fossem negligenciadas, abandonadas ou desprezadas. O sentimento da infância não significa o mesmo que afeição pelas crianças: corresponde à consciência da particularidade infantil, essa particularidade que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem. Essa consciência não existia. (ARIÈS,1981, p. 156).

No século XII, a ideia é de que o tempo de "ser criança" era breve e não havia espaço para ela, subentendendo-se que, naquela época, as crianças não desfrutavam de cuidados necessários, pois a partir do momento em que elas eram consideradas capazes de "sobreviver" sem a supervisão constante da mãe, já adentravam no mundo dos adultos, e assim eram misturados no meio deles, participando de qualquer tipo de atividade social, tanto nas ocasiões de diversão, como no exercício das profissões, nas atividades de vida diária, nas festas, cultos e rituais. A ideia da infância estava relacionada fundamentalmente à ideia da dependência, por isso se saía da infância ao sair dos mais baixos graus de dependência (SOUZA, 2014).

É somente a partir do século XVI que mudanças de compreensão em relação à criança e à infância começam a ser percebidas e a criança passa a ser observada como um ser social. O primeiro sentimento do adulto pela criança em sua infância surge entre os séculos XVI e XVII, onde se começa a perceber a criança como um ser diferente do adulto. Este sentimento um pouco distorcido é denominado "paparicação", descrito por Ariès (1981, p. 100) como sendo “um novo sentimento da infância que havia surgido, em que a criança, por sua ingenuidade, gentileza e graça, se tornava uma fonte de distração e de relaxamento para o adulto". Entretanto, este sentimento não parte da família em si, e sim das mães ou amas que começam a preocupar-se com as necessidades da criança, com a saúde, higiene e educação. O novo sentimento de infância não foi bem aceito por todos e muitos criticaram e se opuseram ao fato de se dedicar atenção ou de se demonstrar sentimentos às crianças.

> Algumas pessoas rabugentas consideraram insuportável a atenção que se dispensava então às crianças: sentimento novo também, como que o negativo do sentimento da infância a que chamamos "paparicação". Essa irritação é a base da hostilidade de Montaigne: "Não posso conceber essa paixão que faz com que as pessoas beijem as crianças recém-nascidas, que não têm ainda nem movimento na alma, nem forma reconhecível no corpo pela qual se possam tornar amáveis, e nunca permiti de boa vontade que elas fossem alimentadas na minha frente". (ARIÈS, 1981 p. 147).

Segundo Souza (2014) a ideia de transmissão de valores e conhecimento e, principalmente, a socialização da criança não era uma função da família, por isso a necessidade de instituições de valores. A grande mudança na família e no sentimento da

mesma ocorre no final do século XVII, quando a escola substitui a aprendizagem como um meio de educação e a criança deixa de se misturar com os adultos, tendo o seu próprio espaço.

> A família tornou-se o lugar de uma afeição necessária entre os cônjuges e entre pais e filhos, algo que não era antes. Essa afeição se exprimiu, sobretudo através da importância que se passou a atribuir à educação. Não se tratava mais apenas de estabelecer os filhos em função dos bens e da honra. Tratava-se de um sentimento inteiramente novo. (ARIÉS, 1981, p. XI).

O modelo de infância toma forma a partir da invenção e depois expansão da escolarização formal, com a exigência de que as crianças fossem educadas por longos períodos. Diante disso, houve uma mudança na forma de relacionamento entre pais e filhos, em que os pais passam a ter uma responsabilidade maior e a família é encarregada de uma nova função educacional, preocupada com o futuro dos filhos e com a tarefa de fazer destes, adultos instruídos (POSTMAN, 1999).

Através da preocupação com a educação das crianças, instala-se uma preocupação moral em relação às crianças e aos métodos de ensino. É a partir deste novo sentimento, que a criança sai de uma condição anônima, passando a ter importância na família, de modo que agora não mais se aceita perdê-la, nem substituí-la facilmente por outra criança.

Com os sentimentos de "paparicação" e educação, surge na família uma nova preocupação relacionada à higiene e à saúde das crianças. É a partir de um movimento em prol de uma concepção mais humanitária da infância que há um significativo aumento da preocupação do governo em relação ao bem estar das crianças da época. Foucault (1987) descreve que, com o surgimento de um novo tipo de governo - Estado Moderno, há uma nova organização, onde o Estado começa a se preocupar com a população. Com isso, surgem campanhas para manter a saúde da população, como uma forma de gerenciar, controlar e evitar possíveis riscos à saúde da mesma. A partir desse momento, a criança passa ser o centro da família e sua vida torna-se um assunto sério, passando a merecer atenção e preocupação (SOUZA, 2014).

No Brasil, as primeiras leis sobre o tema surgem em 1871, com a Lei do Ventre Livre, deste período até a Constituição de 1988, muitas leis foram criadas (PARANÁ, 2013), contudo, foi com a CF/1988 que se delineou as bases da Doutrina da Proteção Integral, dando as crianças as condições de sujeitos de direitos, dignos de toda a proteção merecida e necessária. Nos últimos anos foram criadas instituições e órgãos com o

objetivo de executar políticas públicas para as crianças e adolescentes, dentre estes órgãos está o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA que, através da Resolução 119/2006, determina a elaboração do plano de ações ao atendimento a medida socioeducativa (CONANDA, 2006b), regulamentada pela **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (BRASIL, 2012).**

2 HISTÓRIAS DE VIDA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para elucidar esse estudo, recorremos a uma história de vida envolvendo um menor em conflito com a lei. O caso que se tornou notícia no Brasil no início do século foi do jovem Sandro Barbosa do Nascimento (22), mais conhecido como "Sandrinho da Candelária". Seu caso ficou conhecido por ter sequestrado o ônibus 174, no Rio de Janeiro. O desfecho do sequestro resultou na morte de Geisa, uma das reféns de Sandro, e na morte do próprio Sandro, porém, Geisa foi morta por um tiro disparado por um policial, enquanto que, Sandro, foi morto asfixiado dentro da viatura militar.

O caso se tornou icônico no país por revelar pontos que mostram falhas na condução da situação, bem como, falhas das políticas públicas para crianças e adolescentes no país. Policiais despreparados, falta de técnicas e equipamentos, comunicação mal sucedida, poder político na corporação etc. Do outro lado, encontramos a hipossuficiência do Estado para políticas destinadas às crianças e adolescentes: abandono, educação, saúde, ressocialização, profissionalização, marginalidade etc. Estas duplas características somadas a muitas outras, resulta em casos como o do Sandro que, pelo sequestro, pode expor a situação subjetiva constituída pela sua relação com a sociedade sem proteção básica necessária para sua vida digna, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (DIGIÁCOMO, 2010, p. 3).

Nota-se que a lei aborda com rigor a busca máxima pela efetivação da proteção integral aos menores, visando proporcionar resguarda aos direitos adquiridos pelas crianças e adolescentes. No entanto, a cotidianidade revela o contrário proposto pelo texto legal, percebe-se a falta técnica e de infraestrutura para o acompanhamento dos menores.

Assim como, na condução dentro das instituições de internação para o trabalho psicopedagógico com os menores, conforme artigo 7º do Estatuto:

> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência (DIGIÁCOMO, 2010, p. 10).

É notável que a escassa falta de políticas públicas para o real cumprimento das medidas socioeducativas, traz consigo reincidência de crimes por menores. Sem estrutura, o caráter reeducativo fica à mercê do necessário. O caso do Sandro vem expor uma realidade que não acontece, apenas, nas grandes cidades e metrópoles do país, perto de nós ocorre constantemente.

O caso a ser descrito refere-se a um menor de 14 anos, será abordado o codinome de Júlio para não expor a sua identificação. Com 14 anos Júlio já possui um histórico de 7cumprimentos de medidas socioeducativas, segundo a Comarca de Tomazina-Pr. Júlio vive com sua avó paterna, ela não possui a guarda do menor. Sua mãe foi assassinada a facadas quando Júlio tinha 4 anos, o menor acompanhou a cena. Seu pai tem uso abusivo de álcool, não vive na casa, tampouco possui um vínculo afetivo com o filho. Pelo seu histórico de vida, o menor não foi aceito pelos avós maternos.

Assim, vive ele e a avó paterna, sobrevivendo do trabalho rural. Na residência, morava junto com eles um tio, por brigas com o menor decidiu sair da casa e morar na cidade, realizando alguns trabalhos como anônimo.

Segundo a avó de Júlio, o menor sempre deu “trabalho” a ela e, agora, com as ações judiciais e as brigas na escola, o menor está mais “tranquilo”. Este comportamento de Júlio foi motivos para a avó bater no menor com um intuito “corretivo”, segundo parecer técnico apresentado à comarca.

Júlio não está frequentando a escola, segundo ele, não está frequentando por ter sido expulso. Segundo a pedagoga da escola, o menor não foi expulso, mas foi afastado para um acompanhamento clínico até um parecer técnico que comprove que o menor não oferece risco a outros alunos. Assim, foi solicitado ao Departamento de Saúde um parecer sobre o caso, dizem que o menor estava em tratamento, entretanto parou de frequentar.

A vida deste menor foi conturbada pelos acontecimentos e pelos ocorridos dentro de sua família, ainda na fase infantil viu a fatalidade com sua mãe e, com isto, acabou perdendo a figura afetiva de extrema importância para seu desenvolvimento psicológico,

ainda assim, não encontrou nenhuma figura que pudesse completar esta perda. Pela figura paterna não obteve nada, além do desprezo, viciado em álcool não deu e não dá nenhum suporte afetivo e econômico para o menor, ou seja, um pai ausente. Por fim, Júlio foi rejeitado por todos os familiares e, até pela avó paterna pode ser encontrado uma forma de rejeição por parte dela, mas como "não teve outra saída" ficou com Júlio.

Antes mesmo de Júlio nascer houve discórdia entre a mãe e o pai sobre a paternidade do filho, com ações judiciais durante a gestação até o nascimento do menor. O comportamento de Júlio com o ilícito pode ser interpretado como uma forma de se comunicar com o mundo, de expressar suas angústias por tudo o que passou e, seus atos, colocam o "dedo na ferida", assim como foi abandonado pela família, ele mostra que também foi abandonado pelas políticas públicas que não deu o amparo necessário conforme determinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que determina:

> **Art. 3º** - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Júlio cresceu sem uma figura simbólica que exercesse o papel de apresentar a ordem, a lei, assim como, ele é vítima de sua condição sócio histórica e de políticas públicas mal sucedidas e inexistentes. Casos como esse, revelam a importância do PMAS nos municípios, na aplicação de políticas que efetivam um projeto ressocializador, assim como, um projeto que construa uma subjetividade pautada na dignidade do sujeito.

3 O DIAGNÓSTICO MUNICIPAL PARA A CONSTRUÇÃO DO PLANO

O município está localizado no Norte Pioneiro do Paraná, possui uma população estimada (2013) de 4.902 habitantes (IBGE, 2014) que, destes, 1.521 (31%) são considerados crianças[3] ou adolescentes. Segundo análise do histórico de ocorrências de

[3] São considerados adolescentes os indivíduos com idade entre 12 a 17 anos. No caso das crianças, será considerado o art. 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente que determina "apenas a medidas de proteção (relacionadas no art. 101, do ECA), que deverão ser aplicadas pelo Conselho Tutelar, juntamente com medidas específicas destinadas aos pais ou responsável" (GIÁCOMO, 2010 p. 150).

infrações para medidas socioeducativas, o município possui 21 incidências [4] de adolescentes em conflito com a lei, para prestação de serviços à comunidade.

Das ocorrências consta que, em sua maioria, consiste de transgressões ao art. 155, inciso 4, sobre furto qualificado; sobre desobediência, art. 330, quanto a infrações de trânsito: conduzir sem habilitação e fuga e posse de drogas para consumo pessoal, art. 28 da Lei nº 11.343/06. Perante tais dados, o determinante como núcleo de sentido para os casos se trata de anseio pelo descumprimento (transgressão) da ordem pública e, mais importante, procura de formas ilegais para satisfazer as necessidades individuais, seja por vício ou pela condição de miséria.

Revendo este quadro de ocorrências, faz jus retornar ao princípio de trabalho conjunto, com políticas públicas envolvendo a família e a conjuntura socioeconômica do município, em conformidade com o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativos – SINASE, proposto pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA:

> O êxito nas atividades desenvolvidas nos programas está diretamente relacionado com a qualidade de seus processos de gestão. O impacto social de seus serviços será maior ou menor conforme a capacidade de planejar com eficiência, de definir sua missão com clareza, de formatar seus serviços atendendo adequadamente a necessidade de seus destinatários (os adolescentes). Planejar, definir, formatar, organizar, monitorar e avaliar em conjunto asseguram ações mais consistentes. Diante disso, a gestão participativa configura-se como a mais aproximada para responder com eficiência, eficácia e efetividade às demandas do atendimento socioeducativo (CONANDA, 2006a, p. 44).

Para o êxito nas atividades, entende-se que são necessárias políticas de conscientização das famílias em geral, dos que estão relacionados diretamente com crianças e adolescentes e das famílias que mediam no relacionamento com crianças e adolescentes, da própria família ou de outros, colocando-os como responsáveis pela proteção integral de crianças e adolescentes. O trabalho com as famílias e adultos implica na participação efetiva e responsável no que condiz a educação das crianças e adolescentes, de forma a atuar como agente norteador aos direitos das crianças e adolescentes. Todo adulto deve sentir-se e atuar-se em prol do desenvolvimento da criança e do adolescente, além de ter um papel atuante em reivindicações por medidas políticas que garantam a criança e ao adolescente o direito à educação, saúde, cultura, esporte, lazer, entre outros dispostos pelo Plano Decenal dos Direitos da Criança e do

[4] 07 de janeiro de 2016.

Adolescente do Estado do Paraná (PARANÁ, 2013) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (GIÁCOMO, 2010).

Retornando as ocorrências do município, averígua-se uma necessidade de reestruturar o estado relacional entre membros da sociedade visando o "futuro pedagógico" discutido por Manacorda (1992), pois trata de regular os papéis sociais de seus membros dentro do contexto social, visando seguir as diretrizes e os estatutos de bem estar social.

Para isso, se tratando de um município predominantemente com atividades rurais, o exemplo de educação como do "Pai patrão" de Taviani e Taviani (1977) deve ser ignorado, necessitando de uma remodelação do papel familiar e suas figurações e de responsabilidade social, principalmente do Poder Público. Pensando neste trabalho que recorremos a Manacorda (1992) para expor o sentido pedagógico para a educação de crianças e adultos.

> Mas tudo isto nos lembra que não é só a escola, seja ela qual for, a educar, mas a vida inteira em sua plenitude, todo o platônico *pantakhoû*; o que nos remete à complexa relação educação-sociedade, que muitos, especialmente Marx, claramente descobriram e que hoje tem dimensões mundiais. Se o fato educativo é um *politikum* e um social, consequentemente, é também verdadeiro que toda situação política e social determina sensivelmente a educação: portanto, nenhuma batalha pedagógica pode ser separada da batalha política e social (p. 360).

Sabendo destas palavras de Manacorda, dita em "História da educação", é compreensível que o educar não se trata de uma particularidade institucional, tampouco da própria e só, instituição familiar, mas sim de uma "batalha política e social" que, hoje, está sendo tratado como um "problema" e não como projeto de sociedade para o futuro do município. Perante tal quadro, a necessidade de conscientização é de extrema importância, pois no município, onde deveria ser um papel social e político, o "problema" é jogado para todos os lados (Escola, Conselho Tutelar, Assistência Social, Delegacias, Judiciário, etc.) e, quase sempre, nenhuma das instituições consegue resolver o "problema", se trata de uma questão política, e não de pendência institucional.

Em se tratando de diagnóstico, a ocorrência, a ação contra lei, responde pelo efeito de um histórico da dimensão subjetiva da realidade da criança e do adolescente, é resultado. Portanto, medidas socioeducativas visa repor uma dimensão objetiva que corroborou para o conflito com a lei, isto impõe uma intervenção nestas bases objetivas,

não se trata de uma questão subjetiva, do próprio individual, e de culpabilizar apenas o adolescente.

O diagnóstico se dirige a toda à comunidade, pública ou privada, por entender que educação não existe fronteiras, a linha entre público e privado é tênue, quase imperceptível. Por isso, delimitar espaços e responsabilidades pode ser uma dificuldade estrutural, do contrário, abordar a questão socioeducativa que permeia os espaços (família, público, privado, etc.), além das responsabilidades, contribui para fortalecer as redes de trabalho sem preocupação que se rompa durante o caminho para concretizar o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo, bem como, um projeto de município.

4 DIRETRIZES DO PLANO MUNICIPAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

O plano foi construído sobre algumas diretrizes, estabelecidas pelo governo do Paraná, estas diretrizes discorrem sobre 4 pontos a serem tratados no plano municipal.

Primeiro, *Fortalecimento do trabalho em rede*, compete às instituições públicas e seus parceiros discutirem e planejarem medidas políticas visando cumprir com os direitos das crianças e dos adolescentes.

Segundo, *Reestruturação de papéis*, discutir e estabelecer os papéis das instituições com objetivo de tornar o atendimento socioeducativo e educacional um serviço comprometido eficiente com as causas das crianças e dos adolescentes do município.

Terceiro, *Políticas de atendimento*, planejamento e intervenção na sociedade com políticas públicas e privadas para o atendimento às necessidades das crianças e dos adolescentes a nível municipal.

Quarto, *Perpetuação das políticas*, colocar as políticas de atendimento as crianças e aos adolescentes como diretrizes fundamentais e contínuos dentro do planejamento municipal e suas governanças;

Estas diretrizes buscam conscientização de instituições públicas, privadas e não governamental sobre responsabilidades e autonomias para o controle social de crianças e adolescentes; realizar ações conforme possibilidade do orçamento público para melhorias no atendimento a crianças e adolescentes; priorizar as medidas socioeducativas conforme avaliação vocacional do adolescente; acompanhar o egresso dos cumprimentos das

medidas socioeducativas para controlar possíveis reincidências; priorizar o trabalho envolvendo famílias para a relação com crianças e adolescentes conforme Estatuto da Criança e do Adolescente e os Direitos Humanos.

5 AÇÕES E METAS INTERSETORIAIS DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

Salienta-se que as ações do Plano de Atendimento Socioeducativo pauta-se, ou dirige-se, aos Direitos Sociais propostos pela Constituição Federal de 1988, principalmente em seu artigo 6, que dispõe sobre os "direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA eleva seus institutos para os direitos de vida e saúde; liberdade, respeito e dignidade; convivência familiar e comunitária; educação, cultura, esporte e lazer; profissionalização e proteção no trabalho. Além de determinar o trabalho a ser realizado com jovens em conflito com a lei.

Segundo o artigo 228 da Constituição Federal "são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial", no entanto, adolescentes são responsabilizados pelos seus atos ilegais, enquanto que crianças são consideradas irresponsáveis pelos seus atos, cabendo assim, medidas de proteção.

Para o adolescente em conflito com a lei, será responsabilizado e caberão, segundo o artigo 112 do ECA, as medidas de advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação. Tendo as medidas socioeducativas um caráter pedagógico e retributivo.

Sabendo disto, o plano visa não só o atendimento ao adolescente e suas medidas, mas também, em ações que contribua para eliminar as reincidências e para evitar novos atos ilegais realizados por crianças e adolescentes. Portanto, novamente o artigo 4º: "é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público", para isso, o plano destaca ações dirigidas à saúde, assistência social, educação, esporte e cultura e a inserção ao trabalho. Ficando o plano ao encargo do Poder Público, Privado e sociedade no que tange sua discussão e elaboração, assim como sua aplicabilidade. Conforme Costa e Zolandeck (2012, p. 211) "o Estado, em determinado momento histórico, avocou para

si o monopólio da jurisdição. A partir de então os conflitos existentes na sociedade somente encontrarão solução com a atuação efetiva do Estado [...]".

Dentro das ações determinadas pelo plano destacamos as seguintes:

6 SAÚDE

- Programas de prevenção e conscientização de famílias sobre saúde da criança e adolescente;
- Ampliação das Unidades Básicas de Saúde em áreas vulneráveis;
- Capacitar profissionais quanto à abordagem da medicalização em crianças e adolescentes;
- Trabalho em rede para projetos em domicílio;
- Trabalho em rede para melhorias habitacionais como prevenção a doenças e drogas.

No que tange a saúde, encontra-se com uma instituição burocrática e com deficiência em seus serviços, não, apenas, para as crianças e adolescentes, mas, no geral, a toda sociedade brasileira. Como destaca (GOMES, 2009),

> É fato público e notório que, no Brasil, os serviços de saúde pública possuem severas deficiências em todos os seus níveis, sem exceções, o que acarreta transtornos e danos, muitas vezes irreparáveis à população que busca tal prestação. [...] Garantida pelo art. 196 da Constituição Federal de 1988, a saúde é um direito de todos e dever do Estado. Mediante políticas sociais e econômicas, o Estado tem o dever de reduzir o risco de doenças e outros agravos, assim como garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Esse dever do Estado é, portanto, pressuposto basilar na efetivação da saúde, já que se vive num Estado Democrático de Direito (p. 101).

Neste princípio, pensa-se nos serviços de saúde realizados em pequenos municípios, ou mesmo se, para tais procedimentos, existe o serviço à comunidade. Em municípios de pequeno porte são de práxis os consórcios intermunicipais, em que os serviços são centralizados em, apenas, um município da região, havendo a superlotação e alta demanda para o centro de serviços a população.

Outro ponto a ser destacado faz relação ao atendimento de usuários de álcool e drogas nos Centro de Atenção Psicossocial-CAPS, instituído pela Portaria/SNAS Nº 224 - 29 de Janeiro de 1992. A dificuldade reside no tipo destas instituições e sua localização, segundo o Conselho Federal de Psicologia (2013):

> • CAPS I – Serviço de atenção à saúde mental em municípios com população de 20 mil até 70 mil habitantes. Oferece atendimento diário de 2ª a 6ª feira em pelo menos um período/dia.
> • CAPS II – Serviço de atenção à saúde mental em municípios com população de 70 mil a 200 mil habitantes. Oferece atendimento diário de 2ª a 6ª feira em dois períodos/dia.
> • CAPS III – Serviço de atenção à saúde mental em municípios com população acima de 200 mil habitantes. Oferece atendimento em período integral/24h.
> • CAPS ad – Serviço especializado para usuários de álcool e outras drogas em municípios de 70 mil a 200 mil habitantes.
> • CAPS ad III – Serviço especializado para usuários de álcool e outras drogas em municípios com população acima de 200 mil habitantes, por período integral/24h.
> • CAPS i - Serviço especializados para crianças, adolescentes e jovens (até 25 anos) em municípios com população acima de 200 mil habitantes (p. 29).

O atendimento ao município pesquisado, com seus 5 mil habitantes, fica debilitado, pois o projeto do CAPS não corrobora para esta demanda, sendo que o atendimento a população destes municípios são realizados pelos consórcios intermunicipais uma vez por mês, tampouco, oferecendo um atendimento específico para as características de usuários de álcool e drogas, estes serviços são, apenas, para os municípios acima de 200 mil habitantes.

7 ASSISTÊNCIA SOCIAL

A medida socioeducativa não pode ser considerada como mecanismo de ação punitiva ao adolescente, exigindo do menor, atividades humilhantes perante a sociedade, em tempos atrás, o município pesquisado realizava tais atividades punitivas (pintar paredes, cortar grama de instituições públicas etc.) que não agregavam nenhuma contribuição pedagógica ao adolescente. Na interpretação errônea de que o menor ocasionou ato ilícito contra particulares e, assim, deve pagar perante a sociedade pelos seus atos.

Neste sentido que as ações no tópico de assistência social vêm discutir a conscientização das instituições e da sociedade para medidas que traga contribuições aos adolescentes, tais medidas envolvem:

- Programas de erradicação do trabalho infantil;
- Trabalho de conscientização e campanhas contra o trabalho infantil em famílias em áreas vulneráveis, remotas e rurais;

- Aplicar medidas socioeducativas conforme características vocacionais do indivíduo;
- Aprimoramento da agricultura familiar (conscientização);
- Ampliação de grupos de trabalho envolvendo as necessidades das crianças e adolescentes;
- Contribuição para a autonomia econômica de moradores em condições precárias;
- Trabalho em rede para melhorias nas condições habitacionais em áreas urbanas e rurais (saneamento).

O município apresenta uma cultura de trabalho infantil, enraizada como "qualidade" o fato de iniciar na labuta com tenra idade, com base no discurso de que "cabeça vazia, oficina do diabo", sendo que o fato de estar sem uma ocupação abre possibilidades para o uso de álcool e drogas. Assim, a família insere as crianças e os adolescentes no trabalho vislumbrando maior renda financeira a família, principalmente, quando a miséria está encrustada na região.

A dificuldade deste tópico atribui-se na dificuldade ou ineficiência do Estado em suprir as necessidades evolutivas das crianças e dos adolescentes, sem aplicação de projetos que contribuam para a constituição biopsicossocial, fora do ensino regular.

8 EDUCAÇÃO

Nesse artigo foi possível conhecer a história de vida de Júlio, menor que foi "expulso" da escola por oferecer riscos a outras crianças, nesse caso, o direito a educação, da primazia à educação, interferindo no Art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que determina a criança e ao adolescente o "direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho" (DIGIÁCOMO, 2010, p. 70), bem como obrigatoriedade do ensino previsto pelo Art. 208 da Constituição Federal, na qual, cita o dever do Estado com a educação efetivada mediante a garantia, dentre várias, da "educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria" (BRASIL, 1988, p. 122).

Portanto, o PMAS contribui para a efetivação dos direitos à educação, não, apenas, para os menores em conflito com a lei, mas para as crianças e adolescentes de todo o município. Conforme o plano, as ações devem:

- Garantia de educação para todas as crianças e adolescentes do município
- Incentivo ao ensino contínuo (graduação e pós-graduação);
- Criação de Programas de Profissionalização para Adolescentes (Cursos técnicos, Projeto Aprendiz);
- Capacitação de profissionais para trabalhar com a nova conjuntura educacional (medicalização da educação);
- Acessibilidade e incentivo a educação básica e contínua para crianças, adolescentes e adultos de áreas remotas, vulneráveis e rurais.

9 ESPORTE E CULTURA

No Brasil, assim como no município pesquisado, a cultura, o lazer e o esporte não recebem os "olhares" na qual deveriam receber, conforme Botelho (2001, p. 77)"os recursos orçamentários dos órgãos públicos, em todas as esferas administrativas, são tão pouco significativos que suas próprias instituições concorrem com os produtores culturais por financiamento privado", contudo, os municípios de pequeno porte não encontram investimento nem mesmo nas instituições privadas, por não tê-las em sua região. Durand (2001, p. 67) acrescenta "no Brasil, sequer se sabe quantas prefeituras possuem secretarias de cultura e, por conseguinte, em quantas os assuntos culturais são tratados através de secretarias de educação, esportes e turismo, ou outra qualquer", no município pesquisado não possui uma secretaria de cultura, esporte e lazer, o assunto não é tratado.

Porém, as ações para o plano envolvendo a cultura e o esporte foram elaborados prevendo este déficit e a mácula do bem estar de crianças, adolescentes e, porque não, de adultos e idosos. São eles:

- Incentivo a locais de lazer em áreas vulneráveis, remotas e rurais;
- Investimento de ambientes para realização de esporte nos bairros vulneráveis;
- Promoção de eventos culturais (teatros, musicais, exposições, etc.);
- Realização de projetos com estímulo a cultura;

- Realização de evento anual com fomento a cultura regional;
- Incentivar práticas culturais dentro das instituições de ensino.

Uma crítica que pode ser levantado ao entendimento sobre cultura e investimento nos municípios da região são os eventos anuais como: feiras, festas e eventos com altos gastos de shows comerciais que não contribui para a prática cultural dos cidadãos, apenas na perpetuação do "pão e circo".

10 INSERÇÃO NO TRABALHO

Os municípios do Norte Pioneiro do Paraná, em sua unanimidade, sobrevivem do trabalho rural, no município metade da população vive na zona rural, com suas pequenas produções para o sustento da família. A cidade não tem empresas de grandes proporções, algumas empresas ligadas aos produtos rurais, mas que não oferece muitas oportunidades de emprego. Segundo Rodrigues-Filho (2015) o trabalhado na ruralidade é "pouco esperançoso para os trabalhadores rurais, a esperança de um trabalho digno ainda está longe de ser alcançado", os trabalhadores rurais não possuem suas garantias trabalhistas, segurança a vida e financeira, nos períodos de entressafra pouco se pode fazer, sobrevive com alguns "bicos".

Para os trabalhadores "o trabalho tem como compromisso tirar os filhos daquelas condições precárias, o que não quer para si, não quer para os filhos" (RODRIGUES-FILHO, 2014; 2015), assim, como tirá-los da condição precária de trabalho, sendo suas únicas oportunidades?

O plano determina as seguintes ações:

- Parcerias com empresas para implementação do Projeto Jovem Aprendiz;
- Aprimorar a oferta de trabalho que acompanhe as tendências atuais dos adolescentes;
- Programas e parcerias para eliminação do trabalho infantil (cooperativas, sindicatos, morango, etc.);
- Estratégias de cooperativismo entre trabalhadores rurais;
- Melhorias de acessibilidade no trabalho para adolescentes de áreas remotas e rurais;

- Capacitação de membros da agricultura familiar quanto ao papel da criança e do adolescente.

Como se sabe, o município não possui empresas de grande porte, apenas pequenos complexos com poucos funcionários, a realização de contrato ou de um projeto de Jovem Aprendiz, ocorreria a inviabilidade para a empresa, haja vista que, em grande parte, trabalham na irregularidade, com trabalho infantil e falta de um contrato trabalhista.

O trabalho infantil está enraizado na cultura local, como já foi dito, eliminar esta prática necessita uma ação com o Poder Público e Judiciário, no entanto a prática de conscientização sobre o trabalho infantil dos cidadãos está bem difundida no plano.

CONCLUSÃO

Este artigo discorreu sobre o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo de um município de pequeno porte no Norte Pioneiro do Paraná. Sua apresentação como marco legal, consequentemente, marco situacional dos atendimentos aos menores em conflito com a lei no município, na qual, direcionam para quais os pontos com maior necessidade de políticas públicas, buscando eliminar os atos ilícitos realizados por menores ou a socialização dos menores em conflito com a lei.

Com as diretrizes para elaboração do PMAS, na qual os municípios devem seguir, encontramos nas ações previstas a hipossuficiência do Estado na execução das ações, seja pela negligencia do governo e seus órgãos, seja pela carência financeira para os projetos voltados para as crianças e adolescentes do município.

As imprevisões às crianças e adolescentes são encontradas nas literaturas como um acontecimento histórico, percebemos estórias como o de Oliver Twist e seu abandono e marginalização. A criança nem sempre teve seu olhar necessário para o desenvolvimento infantil, percebemos Ariès (1981) como o conceito de infância fora construído na sociedade ocidental, da mesma forma, como as políticas para as crianças e adolescentes foram implantadas. Contudo, as melhorias surgiram, mas não acompanharam as complexidades ebulições da infância e adolescência da contemporaneidade.

Recorremos a casos cotidianos para descrever o descaso que o menor sofre perante a falta de políticas públicas, principalmente aqueles que pertencem a uma classe já marginalizada. Nesta visão, o plano desenvolvido visa sanar com as lacunas que o menor é acometido, não chegamos lá, estas políticas não dão conta, por encontrar empecilhos apontados acima: negligencia e falta de investimento para a execução do projeto e para políticas públicas voltadas para crianças e adolescentes, não são particularidades do município, mas do governo Estadual e Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

BOTELHO, Isaura. Dimensões da cultura e políticas públicas. **São Paulo em Perspectiva**, v. 15, n. 2, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, 1988.

_____. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, 2012.

CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. Brasília: Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente – SPDCA/SEDH; Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2006a.

_____. **Resolução nº 119, de 11 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo e dá outras providências. Brasília, 2006b.

Conselho Federal de Psicologia. **Referências Técnicas para Atuação de Psicólogas(os) no CAPS - Centro de Atenção Psicossocial**. Brasília: CFP, 2013.

COSTA, Ilton Garcia da; ZOLANDECK, Willian Cleber. A responsabilidade civil do estado por erro judiciário. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 28, Curitiba, 2012.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010.

DURAND, José Carlos. Cultura como objeto de política pública. **São Paulo em Perspectiva**, v. 15, n. 2, 2001.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhere. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Fabiano Maranhão Rodrigues. Responsabilidade do estado por ineficiência na prestação de serviços de saúde pública. **Rev. Ciên. Jur. e Soc**, v. 12, n. 1, Umuarama, 2009.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Infográficos**: evolução populacional e pirâmide etária. Disponível em: http://www.cidades.ibge.gov.br. Acessado em: 06 ago. 2014.

MANACORDA, Mario Alighiero. **Histórias da educação**: da antiguidade aos nossos dias. 3. Ed. São Paulo: Cortez; Autores Associados, 1992.

PARANÁ. **Plano decenal dos direitos da criança e doa adolescente do estado do Paraná: 2014-2023**. Curitiba: Secretaria da Família e Desenvolvimento Social, 2013.

POSTMAN, Neil. **O Desaparecimento da Infância**. São Paulo: Graphia, 1999.

RODRIGUES-FILHO, Luciano Ferreira. **O trabalhador do corte de cana no Norte Pioneiro do Paraná: o fim da atividade e os sentidos do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social). Programa de Pós-graduação em Psicologia Social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, São Paulo, 2015.

_____. Trabalhadores rurais e sindicato: configurações sindicais em um universo neoliberal. 2014. **Anais IX Seminário do Trabalho**. Marília: UNESP, 2014.

SOUZA, Gabriela Cristina da Silva. **As transformações da família e a função paterna para a psicanálise de Winnicott**. Trabalho de Conclusão de Curso. Curso de Psicologia das Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO. Ourinhos, 2014.

SPOSATO, Karyna Batista. **Guia teórico e prático de medidas socioeducativas**. Brasília: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – Brasil – ILANUD; Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF, 2004.

TAVIANI, Paolo; TAVIANI, Vittorio. **Pai patrão**. Filme. Radio televisione Italiana, 1977.

CAPÍTULO II

A (DES) ADOÇÃO COMO MEIO DE GARANTIR A DIGNIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Thiago Cesar Giazzi[5]
Patrícia Martins Garcia[6]

RESUMO: A legislação pátria prevê que a adoção é instituto de caráter irrevogável, no entanto, tendo em vista a isonomia constitucional existente entre os filhos naturais e os filhos adotivos, a prática da devolução de crianças e adolescentes adotados, através da destituição do poder familiar, tem se tornado cada vez mais periódica, culminando em prejuízos de diversas naturezas ao adotando, que enfrenta novamente o sentimento do abandono. Destarte, utilizando de método hipotético-dedutivo, observa-se que existe lacuna mandamental, acerca de eventual consequência aos adotantes que comentem a devolução do adotado ao Estado, gera grande temor social e jurídico, levantando hipóteses de responsabilização a tais pessoas, para que, sejam reparados os danos sofridos pelo adotado, que retorna às listagens de crianças e adolescentes disponíveis à adoção, no entanto, com suas perspectivas totalmente frustradas.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Dignidade da Pessoa Humana. Devolução do Adotado. Abandono de Menor.

INTRODUÇÃO

O instituto da adoção possui raízes no Direito Romano, principal influenciador do Direito Brasileiro. Com o passar dos séculos, tal instituto sofreu mudanças em sua essência e procedimento.

[5] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Civil e Processo Civil na Universidade Estadual de Londrina-PR. Professor Coordenador do curso de Direito da Faculdade Catuaí em Cambé-Pr.
[6] Graduanda do curso de Direito da Faculdade Catuaí em Cambé-Pr. Estagiária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Vara de Família, Infância e Juventude da Comarca de Cambé-Pr.

Criada com a finalidade de cultivar o culto religioso nas famílias que não possuíam filhos, a adoção deixou de ter meramente o intuito de dar continuidade ou arrependimento, o que gera uma fatal lesão, tanto na família adotante, como no adotado.

Surge, então, a problemática que, havendo ou não irregularidades no procedimento da adoção, o arrependimento e consequente devolução do adotado, acarreta em danos à sua dignidade. Desta forma, a adoção, que deveria possibilitar uma estrutura social e psicológica para o desenvolvimento digno do adotado em um reenquadramento familiar é frustrada, gerando questionamentos sobre quais as melhores medidas a serem aplicadas.

Objetiva-se, assim, de modo geral, explanar o instituto da adoção, observando-se sua essência e motivação, com posterior identificação dos requisitos preexistentes e os que deveriam ser regulamentados, para o êxito da adoção. Em consequência, verificar-se-á que, face à citada ausência de regulamentação, ocorrem sérias consequências e desdobramentos na vida do adotado, os quais poderão ser debatidos na esfera da responsabilização ou em demais campos jurídicos.

Neste cenário e com a justificativa de elucidar o contido no parágrafo 1º, do artigo 39, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em confronto com o artigo 297, da Constituição Federal, pretende-se, a partir do que proporciona o método hipotético-dedutivo, bem como com a utilização de bibliografias, reunião de conhecimentos prévios e identificações de aplicações práticas, através de entendimentos jurisprudenciais, identificar as medidas pertinentes e solucionadoras, que melhor se amoldam a este fatal ato jurídico.

1 NOÇÕES SOBRE FAMÍLIA, FILHOS E ADOÇÃO

A adoção refere-se à inserção de um ente, não biológico à família já existente, o qual receberá os mesmos direitos inerente ao núcleo familiar. Tal instituto passou por um grande processo de construção jurídica no decorrer dos séculos, inclusive com mudanças em seu procedimento e ainda em sua matéria.

Na conceituação de Silvio de Salvo Venosa a adoção pode ser definida como:

> [...] modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade [...] O enfoque da adoção atual terá

> em vista, contudo, a pessoa e o bem-estar do adotado, antes do interesse dos adotantes[7].

Neste sentido, antes de adentrar nas etapas acima referidas, mister se faz delinear a conceituação de família, haja vista que a adoção é uma forma constitutiva do vínculo de filiação.

De acordo com os ensinamentos de Kátia Regina Lobo Andrade Maciel[8], a primeira menção sobre a denominação família, foi no texto do livro de Gênesis, na Bíblia Sagrada, em virtude da criação do homem e da mulher, por Deus, com o objetivo de instituir a família, dando início à sociedade humana.

Ainda de acordo com a doutrinadora em comento, posteriormente, nas civilizações grega e romana, as bases da família eram consideradas meramente políticas e religiosas, de modo que o afeto entre o grupo familiar, não era valorado como o seu esteio maior. Em virtude do instinto religioso, a família passou por um longo tempo sendo liderada pelo poder patriarcal, ou seja, do genitor como provedor e mestre.[9]

Com o advento da Constituição Federal, outorgada no império em 1884 e posteriormente em 1891, não foram feitas referências sobre família ou sobre o casamento, surgindo apenas com o texto constitucional de 1934, o qual trouxe a especificação dos integrantes de uma família, apenas como pessoas. Finalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, "todos os familiares foram reconhecidos e tratados como sujeitos de direito, respeitando-se suas individualidades e seus direitos fundamentais", como nos ensina Maciel.[10]

Ao falar do contexto família, oportuno direcionar a atenção para a denominação de poder familiar. Na conceituação de Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore e Rogério Sanches Cunha[11], pode-se definir poder familiar como a autoridade exercida em relação à outra pessoa, de exercício obrigatório, sob pena de perda ou suspensão. Dentre os deveres do poder familiar, está o exercício da guarda, o sustento e a educação dos filhos, ressaltando-se o atendimento aos deveres elencados no artigo 22, da Lei 8069/90.

---

[7] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 279.
[8] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de direito da criança e do adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117.
[9] Ibidem., p. 124.
[10] Ibidem., p. 118.
[11] ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Comentado Artigo por Artigo**.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 150.

Os poderes conferidos aos detentores do poder familiar, que são normalmente os genitores, poderão ser extintos por meio de procedimento próprio, por provocação do Ministério Público, por qualquer interessado, ou então, em decorrência do alcance da maioridade, emancipação, falecimento e colocação em família substituta, nas modalidades de tutela e adoção.

Adentrando ao desenvolvimento histórico acerca da adoção, nota-se que suas balizas se encaixam e vão de encontro à essência familiar instituída na antiguidade e aprimorada no decorrer dos séculos.

De acordo com os ensinamentos de Coulanges [12] depreende-se que, na antiguidade, especialmente no direito romano, a adoção iniciou-se em razão de crença religiosa, visando evitar a extinção da família, em virtude da carência de descendentes. Assim, a família que não possuísse descendentes por laços sanguíneos, poderia garantir a perpetuação do nome e a continuidade de culto religioso, através da adoção, motivo pelo qual era admitida apenas para aqueles que não possuíssem nenhum descendente.

Neste sentido, consoante os dizeres de Coulanges:

> Adotar filho era, portanto, vigiar pela perpetuidade da religião doméstica, pela salvação do lar, pela continuidade das oferendas fúnebres, pelo repouso dos manes dos antepassados. A adoção, tendo apenas a sua razão de ser na necessidade de prevenir a extinção de um culto, só se permitia a quem não tinha filhos.

Na mesma esteira, Venosa[13], especifica que, no Direito Romano, havia duas modalidades de adoção: a *adoptio* e a *adrogatio.* A primeira equivalia à adoção de um *sui iuris,* ou seja, uma pessoa capaz, por vezes um emancipado e até mesmo um *pater familias,* que se separava inteiramente da sua família originária e se integrava à família do adotante, tornando-se seu herdeiro, sendo tal espécie um instituto de direito privado. Por sua vez, a segunda espécie, *adrogatio,* apontava para um instituto de direito público e equivalia à abrangência não só do próprio adotado, mas sim a agregação da família, filhos e mulher, integrando-se à família adrogante com todo o patrimônio, submetendo-se ao seu poder.

[12] COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. EBooks Brasil: Digitalização do livro em papel. São Paulo. 1998, p. 49.
[13]VENOSA, Sílvio de Salvo. op.cit., p. 288.

Outrossim, conforme a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira[14] o estudo do tema em comento funda-se principalmente na concepção romana, considerada a base do direito brasileiro. Verificando-se que, com a atualização do instituto da adoção, ocorrera o abandono da inspiração e "essência religiosa, substituída pela necessidade de satisfazer o instinto paternal, ou de cumprir as exigências do sentimento de solidariedade humana".

No entanto, salienta Galdino Augusto Coelho Bordallo,[15] no período da Idade Média, a essência da adoção foi ameaçada, pois suas regras iam de encontro com os interesses reinantes naquela época, ou seja, considerando que aqueles que não possuíssem herdeiros, pudessem fazer o uso da adoção, para obstar de deixar sua herança para os senhores feudal ou para a Igreja, a aplicação deste instituto passou a ser de forma escassa.

Ainda na esteira de ensinamento de Bordallo, o instituto da adoção passou a ser regulamentado com o Código de Napoleão, em 1804. Em meados do século XX, após a Primeira Guerra Mundial, em virtude do conflito internacional, muitas crianças tornaram-se órfãs e foram abandonadas, retornando, então, a aplicação da adoção.

No Brasil, no ano de 1828, vigorou a figura da perfilhação, oriunda da legislação portuguesa, que era de competência dos juízes de primeira instância, mas eram poucos os casos de sua efetivação.

Posteriormente, foram criados os orfanatos, locais onde as crianças expostas ou enjeitadas poderiam ser deixadas pelos genitores, sem a identificação de sua identidade, visando a extinção do infanticídio e, para tanto, foram criadas as *Rodas dos Expostos*, localizadas nas Santas Casas de Misericórdia ou em conventos. Sobre a criação da referida forma de preservação dos pais na entrega dos filhos, Bordallo explica:

> Era uma mesa giratória que ficava com sua abertura virada para a via pública; na parte aberta da roda era colocada a criança e a pessoa que a levava girava a alavanca, fazendo com que a mesa girasse para o interior do prédio, fechando a parte externa. Após ser a mesa girada, tocava-se um sino para acordar o funcionário ou a freira que ficava de plantão, que retirava a criança da mesa e encaminhava para o orfanato.[16]

Após tal período, houve diversos incrementos e alterações na legislação pátria, reestruturando o instituto da adoção, no Código Civil de 1916, posteriormente com o

[14] PEREIRA Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 435.
[15] BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** Aspectos teóricos e práticos. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 260-263.
[16] Ibidem, p. 261.

Código de Menores, em 1926, também com a Lei nº 4.655 de 1965, após, com o novo Código de Menores, através da Lei nº 6.697/79 e, por fim com a Constituição Federal promulgada em 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1.990, findando-se com a regulamentação do regime judicial do instituto da adoção, com o Código Civil de 2.002, sendo que todo o capítulo destinado a este tema, foi revogado pela Lei nº 12.010/09, restando apenas as indicações de que, no tocante ao assunto aplicar-se-á o contido na Lei nº 8.069/90, a qual instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive com aplicação para maiores de idade.

Acerca da atual essência da efetivação da adoção, Venosa ensina que tal instituto:

> [...] insere o menor em tudo e por tudo na família do adotante, conferindo-lhe a mesma posição da relação biológica. [...] A adoção, na modernidade, preenche duas finalidades fundamentais: dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente e dar pais aos menores desamparados. A adoção que fugir desses parâmetros estará distorcendo a finalidade do ordenamento e levantará suspeitas.[17]

Relatado brevemente o surgimento da adoção, pode-se, neste momento, iniciar a análise de suas possibilidades, consequências e aplicações práticas.

2 DA APLICABILIDADE ATUAL DA ADOÇÃO

No que tange ao procedimento da adoção, Artur Marques da Silva Filho[18], em análise à legislação pátria traduz em sua obra Adoção que, o artigo 227, parágrafo5º, da Constituição Federal de 1988, preconiza que "a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros."[19]

Por conseguinte, o Código Civil, em seu artigo 1623, esclarece que, a adoção obedecerá a processo judicial e, por fim, dirimindo qualquer dúvida quanto ao procedimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituiu em seu artigo 47, que a adoção constitui-se por sentença judicial.

Ainda, Artur Marques da Silva Filho, em análise ao tema salienta que:

[17]VENOSA. Silvio de Salvo. op.cit., p. 286.
[18] SILVA FILHO, Artur Marques da **Adoção**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 187.
[19] BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

> A intervenção jurisdicional não é meramente homologatória de um ato jurídico privado. Essa intervenção tem autêntica natureza constitutiva (art. 47, *caput*, ECA), prevalecendo, sobretudo, o interesse público, no propósito de proteger integralmente o adotando, aferindo-se das reais vantagens da adoção e da legitimidade dos seus motivos. [20]

Para Bordallo[21], a adoção é a modalidade de colocação em família substituta mais completa, pois confere à família adotante todos os atributos do poder familiar, formando-se o vínculo jurídico de filiação, denominado parentesco cível, pois desvinculado do laço de consanguinidade.

Sobre a natureza jurídica da adoção, o escritor em comento menciona que existem cinco correntes doutrinárias em posições distintas, sendo a primeira corrente indicando a adoção como instituição, a segunda como um ato jurídico, a terceira como um ato de natureza híbrida, a quarta corrente como um contrato e, por fim, a quinta e última corrente conceitua adoção como um ato complexo.

No entendimento de Bordallo, a melhor corrente é a quinta, ou seja, aquela que define adoção como um ato complexo e, neste sentido:

> Para sua formalização, a adoção passará por dois momentos: o primeiro, de natureza negocial, onde haverá a manifestação das partes interessadas, afirmando quererem a adoção; um segundo momento, onde haverá a intervenção do Estado, que verificará da conveniência, ou não, da adoção. O primeiro momento se dá na fase postulatória da adoção, enquanto que o segundo se dará ao fim da fase instrutória do processo judicial, com a prolação da sentença.[22]

Deste modo, se lida essencialmente com a manifestação de vontade, fundada no desejo paternal, com posterior cumprimento de requisitos essenciais para sua efetivação, ao passo que, por meio da adoção será exercida a paternidade na forma mais abrangente.

Inicialmente, para ocorrer uma adoção, é necessário que haja um infante disponível e apto a ser adotado. Para haver tal disponibilidade, o caminho a ser percorrido é bastante minucioso, embora existam casos em que, a partir do consentimento exercido pela jurisdição voluntária, também obedecendo aos preceitos legais, ocorre a efetivação da transferência do poder familiar, pela adoção.

O primeiro passo para a disponibilização de menores para atender aos interessados e aptos à adoção é a destituição do poder familiar em relação aos genitores

[20] SILVA FILHO, Artur Marques da. op. cit., p. 188.
[21] BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord). op.cit., p. 268.
[22] BORDALLO, loc. cit.

biológicos, exceto nos casos de abandono de recém nascidos, nos quais não são encontrados indícios dos genitores.

3 DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: A TUTELA ESTATAL PELA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Observando o artigo 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, denota-se que "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais." [23] Sendo assim, referidas obrigações incumbidas aos pais deverão ser cumpridas.

No entanto, a realidade vivida não aponta totalmente para a previsão legal supracitada e para a solução de divergências entre pais e filhos, acerca do exercício do poder familiar e da orientação dos pais, respectivamente, ocorrerão o controle e a fiscalização pelo Ministério Público e pelo Conselho Tutelar, para que, no princípio do superior interesse, a Justiça da Família ou da Infância e Juventude nomeie Curador Especial para propor as medidas cabíveis, conforme leciona Maciel[24].

Nesta esteira, foram criadas medidas para que ocorra a efetivação das disposições legais, resguardando-se sempre, em primeiro patamar, os princípios inerentes ao menor.

Assim, não havendo correspondência entre os genitores e a preceituação legal, medidas protetivas poderão ser aplicadas, visando fortalecer o vínculo familiar, possibilitando a reestruturação e desvencilhando o menor de situações de vulnerabilidade.

Para tanto, havendo infringências às preceituações legais que protegem o melhor interesse da criança e do adolescente, Medidas de Proteção previstas no Título II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente em seu artigo 98, poderão ser aplicadas:

> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
> I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
> II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
> III - em razão de sua conduta.[25]

[23] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.
[24] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. op., cit., p. 184.
[25] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

Neste compasso, Venosa nos ensina que "cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade." Ressalta ainda o que:

> A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 246 do Código Penal).[26]

Assim, as Medidas Protetivas surgiram para resguardar tais direitos e, não sendo plenamente eficazes, os genitores serão preliminarmente suspensos do poder familiar, nomeando aos infantes representantes legais ou, ainda, serão encaminhados para acolhimento institucional, mediante expedição de Guia de Acolhimento, pelo judiciário competente.

Ressalta-se que o Estatuto tem a pretensão de manter as crianças em suas origens naturais, no entanto, verificando-se que as situações de vulnerabilidade não foram cessadas, o destino será a extinção do poder familiar.

Frise-se que, a Lei 12.962/2014, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, dá ênfase à manutenção da convivência dos filhos com os pais, mesmo se estes estiverem privados de liberdade.

Deste modo, na hipótese de acolhimento institucional do menor, conforme se depreende do artigo 101, parágrafo quarto, do Estatuto em comento, seguirá aos caminhos preceituados:

> Art. 101,§ 4º. Imediatamente após o acolhimento da criança ou do adolescente, a entidade responsável pelo programa de acolhimento institucional ou familiar elaborará um plano individual de atendimento, visando à reintegração familiar, ressalvada a existência de ordem escrita e fundamentada em contrário de autoridade judiciária competente, caso em que também deverá contemplar sua colocação em família substituta, observadas as regras e princípios desta Lei. [27]

[26]VENOSA. Silvio de Salvo. op.cit., p. 328.

[27] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

Destarte, como pode se verificar, fora ventilada, neste cenário, a possibilidade de colocação do menor em família substituta, para melhor atender seus interesses e é neste exato ponto que reside à essência do presente trabalho.

4 DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR COMO GARANTIA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Realizadas todas as tentativas de reintegração familiar, notadamente após o acolhimento institucional e não sendo obtido êxito, o juiz decretará a destituição do poder familiar, como medida excepcional e irrevogável. Esta medida, nos dizeres de Maciel[28], é considerada como afastamento compulsório dos pais em relação aos filhos.

Conforme preconiza a doutrina em análise, mesmo que os filhos sejam colocados em instituições de acolhimento, a obrigação e os nomes dos pais biológicos permanecem e, somente cessarão com a colocação do menor em família substituta, ou seja, mediante adoção.

Bordallo[29] aduz que, superada a destituição do poder familiar ou ainda mesmo, havendo parecer da equipe Inter profissional do Juízo ou de qualquer um dos programas de acolhimento indicando a adoção como à medida que melhor atende os interesses da criança e do adolescente, ocorrerá o seu encaminhamento para inserção no respectivo cadastro para colocação em família substituta.

Posto isto, necessário explicitar o sistema atinente à habilitação de interessados a adotar, o que é feito mediante um registro, que visará crianças e adolescentes destituídos do poder familiar, pertencentes aos registros de crianças disponíveis.

Segundo o artigo 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente, "a autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção."[30]

O entendimento de Bordallo[31] indica que, "a existência desses cadastros é bastante útil, pois facilita a apuração dos requisitos legais e facilita a compatibilidade

[28]MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. op., cit., p. 194.
[29]BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord). op.cit., p. 289.
[30] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.
[31]BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord). op.cit., p. 289.

entre adotante e adotando, pela equipe Inter profissional, o que tornará mais célere os processos de adoção."

Antigamente, o registro citado no parágrafo anterior era regionalizado e não contribuía para o crescimento de adoções no país. Assim, no ano de 2008 foi criado o Cadastro Nacional de Adoção, sob a responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça, o qual permitiu a ampliação do sistema de interessados à adoção, bem como a aplicação dos preceitos do melhor interesse do adotado. Por corolário, a ligação das listagens em um Cadastro Nacional, passou a possibilitar que perfis de adotando se encontrassem com perfis de adotantes, mesmo a quilômetros de distância.[32]

Nas referidas inscrições, os pretendentes a adoção podem eleger as características pelas quais procuram e, assim, possibilitar o melhor encaixe dentre adotando disponíveis, evitando-se desapontamento.

Deste cenário optativo de características, tem-se a ideia de que cada pretendente obterá o filho que deseja, para satisfazer o instinto paternal. Ressalta Bordallo[33], que na realidade, quem escolhe a família é a criança/adolescente, em um processo que não entra nenhum outro ingrediente que não seja o amor e a vontade de ser feliz.

Neste aspecto, há de se observar requisitos invisíveis aos olhos, pois, o adotado, passará a ser integralmente um ente da família adotiva, sendo ou não exatamente como o filho esperado.

Destaca-se, assim, o contido no artigo 41, do Estatuto da Criança e do Adolescente: "A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais".[34]

Assim, com o desligamento fatal da família biológica, o adotado passa a ser exclusivamente um ente da família substituta, como se biológica fosse.

Neste contexto, importante enfatizar os direitos e deveres relativos ao poder familiar, existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

---

[32] CNJ. **Cadastro Nacional de Adoção, CNA**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/cadastro-nacional-de-adocao-cna.aspx>. Acesso em: 14.Out.2.015.

[33] BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção.** In: MACIEL Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord). op.cit., p. 258.

[34] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

O texto constitucional, em seu artigo 227, notadamente no parágrafo sexto, prevê acerca dos deveres inerentes ao instituto em tela o seguinte:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).
> § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.[35]

Como se depreende, o vínculo criado pela adoção garante a isonomia entre os filhos naturais e os filhos adotivos.

Para que isto ocorra efetivamente, uma das prerrogativas para adoção é a preparação psicológica dos interessados, procedimento este obrigatório, de modo que, conforme o artigo 50, parágrafo segundo, do Estatuto em comento: "não será deferida a inscrição se o interessado não satisfazer os requisitos legais [...]".[36]

Assim, estando apto a adotar e, existindo infante disponível que se encaixe às características elegidas, dar-se-á início ao procedimento da adoção. Destaca-se, neste norte, o contido no parágrafo quinto do artigo 28, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 28, § 5º. A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe Inter profissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.[37]

Ao ser inserido no meio familiar substituto, conforme o artigo 46, *caput*, do Estatuto em comento, o adotando passará por um estágio de convivência junto à família adotanda.

---

[35] BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.
[36] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.
[37] Ibidem.

Nos dizeres de Bordallo[38]. "o estágio de convivência é o período de avaliação da nova família, a ser acompanhado pela equipe técnica do juízo, com o intuito de verificar-se quanto à adaptação recíproca entre adotando e adotante." Este estágio ocorrerá pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso, conforme dispõe o texto legal contigo no artigo 46, do Estatuto da Criança e do Adolescente, abaixo transcrito:

> Art. 46, §4º. O estágio de convivência será acompanhado pela equipe Inter profissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).[39]

Não havendo irregularidades, a adoção se concretizará. De acordo o artigo 47, do Estatuto em comento o vínculo da adoção será constituído por sentença judicial transitada em julgado, seguindo criteriosamente todo o procedimento descrito no referido artigo.

Acerca do estágio de convivência, é necessário destacar que citado período é de suma importância na convalidação positiva da adoção, haja vista que, em alguns casos, nesta fase, podem ocorrer problemas no relacionamento entre o adotando e a família adotante, culminando na hipótese de devolução.

Ainda à luz dos ensinamentos de Bordallo[40], "muitas vezes as pessoas que, à primeira vista, se mostram perfeitas para criarem e educarem são as que mais surpreendem por sua inaptação para agirem como pai e mãe", e será neste espaço de tempo, com a convivência, que estes fatores serão identificados e tratados pela equipe técnica, visando a superação da crise, podendo, inclusive, ocorrer o indeferimento do pedido de adoção, caso seja o caminho mais indicado para salvaguardar os interesses do menor.

Salienta-se, na linha de pensamento do escritor em comento, como acima exposto, que no início do estágio de convivência, são criadas expectativas para todos os

[38] BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord). op.cit., p. 310.
[39] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.
[40] BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord). op.cit., p. 310.

envolvidos e com a vivência diária se poderá concluir se surgirão as condições emocionais para a constituição de uma família, sendo certo que, quanto mais tempo passa, mãos se forma no adotando o sentimento de amor e carinho, bem como se formará a sensação de estar sendo aceito em um novo núcleo familiar.

5 A FALHA DA ADOÇÃO E A NECESSIDADE DE NOVA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: DESADOÇÃO

Ao desejarem a adoção, muitos casais idealizam situações maternais e paternais que muitas vezes não corroboram com a realidade. Ao adotar, é necessária a criação de uma identidade parental, deixando para traz o ideal anteriormente sonhado à concretização da adoção, tal ensejo, pode ser enfrentado como um dos primeiros obstáculos, pelos quais os adotantes enfrentam no procedimento da adoção.

A idealização retratada no parágrafo antecedente pode ser fatal no procedimento da adoção, pois o adotando inserido no contexto familiar trará consigo raízes, personalidade, traços físicos e genéticos e, dependendo da sua idade trará consigo cultura e hábitos corriqueiros. Sendo assim, as relações familiares criadas com a adoção adquirem uma responsabilidade para o resto da vida.

Neste cenário, por vezes, casais que lidam com a infertilidade, nutrem expectativas e idealizam a família perfeita que poderá ser proporcionada pela adoção e assim, poderão passar por dificuldades para aceitar a realidade do adotado, preservando prioritariamente sua essência.

Desta forma, para a convalidação perfeita da adoção, o cumprimento integral de todos os dispositivos legais é extremamente necessário, pois, embora ocorram devoluções de crianças e adolescentes no estágio de convivência, a devolução do adotado, após a efetivação da adoção é demasiadamente frustrante para a vida da família adotante e do infante adotado, o que pode acarretar em desdobramentos insolúveis em suas vidas.

Sobre o estágio de convivência, ou estando o pretendente a adoção sob a guarda dos que pretendem adotá-lo, embora não haja vedação legal para que os mesmos desistam da adoção nesta fase, cada caso deverá ser analisado com as suas particularidades, evitando-se tornar o processo de guarda meramente mecânico.

Na hipótese de desistência no cenário em análise, cita-se as jurisprudências abaixo colacionadas:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL - ADOÇÃO - DESISTÊNCIA PELOS PAIS ADOTIVOS - PRESTAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - INEXISTÊNCIA - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO NÃO PROVIDO.
- Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança.
- O ato de adoção somente se realiza e produz efeitos a partir da sentença judicial, conforme previsão dos arts. 47 e 199-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Antes da sentença, não há lei que imponha obrigação alimentar aos apelados, que não concluíram o processo de adoção da criança.
- A própria lei prevê a possibilidade de desistência, no decorrer do processo de adoção, ao criar a figura do estágio de convivência.
- Inexistindo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, indefere-se o pedido de indenização por danos morais.
V.V.P.
EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANO MATERIAL E MORAL - ADOÇÃO - DESISTÊNCIA DE FORMA IMPRUDENTE PELOS PAIS ADOTIVOS - PRESTAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DEFERIDA - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
- A adoção tem de ser vista com mais seriedade pelas pessoas que se dispõe a tal ato, devendo estas ter consciência e atitude de verdadeiros "pais", que pressupõe a vontade de enfrentar as dificuldades e condições adversas que aparecerem em prol da criança adotada, assumindo-a de forma incondicional como filho, a fim de seja construído e fortalecido o vínculo filial.
- Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança. Contudo, cada caso deverá ser analisado com as suas particularidades, com vistas a não se promover a "coisificação" do processo de guarda.
- O ato ilícito, que gera o direito a reparação, decorre do fato de que os requeridos buscaram voluntariamente o processo de adoção do menor, deixando expressamente a vontade de adotá-lo, obtendo sua guarda durante um lapso de tempo razoável, e, simplesmente, resolveram devolver imotivadamente a criança, de forma imprudente, rompendo de forma brusca o vínculo familiar que expuseram o menor, o que implica no abandono de um ser humano. Assim, considerando o dano decorrente da assistência material ceifada do menor, defere-se o pedido de condenação dos requeridos ao pagamento de obrigação alimentar ao menor, enquanto viver, em razão da doença irreversível que o acomete.
- Inexistindo prejuízo à integridade psicológica do indivíduo, que interfira intensamente no seu comportamento psicológico causando aflição e desequilíbrio em seu bem estar, por não ter o menor capacidade cognitiva neurológica de perceber a situação na qual se encontra, indefere-se o pedido de indenização por danos morais.(Desª Hilda Teixeira da Costa) .
Ação civil pública - Ministério Público - Legitimidade ativa - Processo de adoção - Desistência - Devolução da criança após significativo lapso temporal - Indenização por dano moral - Ato ilícito configurado - Cabimento - Obrigação alimentar - Indeferimento - Nova guarda provisória - Recurso ao qual se dá parcial provimento. (Des. MR) (TJMG - Apelação Cível 1.0481.12.000289-6/002, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa ,

> 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/08/2014, publicação da súmula em 25/08/2014).[41]

E ainda:

> EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - REJEIÇÃO - SEGREGAÇÃO - DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL - REPARAÇÃO DEVIDA - AÇÃO PROCEDENTE - II. QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.
> - A inovadora pretensão do Ministério Público, de buscar o ressarcimento civil com a condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil.
> - O ilícito que gerou a reparação não foi o ato em si de desistir da adoção da criança, mas o modus operandi, a forma irresponsável que os requeridos realizaram o ato, em clara afronta aos direitos fundamentais da criança, bem como ao que está disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, pode haver outra situação em que a desistência da adoção não gere danos morais à criança, no entanto, não é este o caso dos autos. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.09.567849-7/002, Relator (a): Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/04/2014, publicação da súmula em 23/04/2014). [42]

Denotando-se, portanto, a preservação do interesse do menor, em harmonia com o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, haja vista que, os genitores possuem o dever de atender os interesses dos filhos, sejam eles naturais ou civis, com isonomia entre si. Assim, verifica-se também que, não existe a hipótese de "devolução" de um filho biológico, pelo simples fato de não mais deseja-lo em sua companhia, englobando, de igual forma, portanto, um filho civil.

---

[41] TJMG - Apelação Cível 1.0481.12.000289-6/002, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/08/2014, publicação da súmula em 25/08/2014. Acessado em: 15/07/2016, disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.jsp

[42] TJMG - Apelação Cível 1.0702.09.567849-7/002, Relator(a): Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/04/2014, publicação da súmula em 23/04/2014. Acessado em 15/07/2016. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.09.567849-7%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>

As hipóteses de destituição do poder familiar deixam claro que, o procedimento pelo qual se enfrenta é minucioso e visa à reestruturação familiar, esgotando-se todas as possibilidades para, somente ao final, verificar se é o caso de destituição.

Surge, assim, o questionamento quanto à possibilidade de revogação da adoção, pois, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é irrevogável:

> Art. 39, § 1º. A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. [43]

O enigma a ser tratado é a possibilidade ou não da revogação da adoção, haja vista a legislação a trata como indisponível, no entanto equipara o filho adotado ao filho natural, que por sua vez é passível de ser destituído do poder familiar.

Maciel, em análise ao artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, conclui que o mesmo é suficientemente claro, definindo que os filhos de qualquer natureza terão os mesmos direitos, indicando o princípio da isonomia filial. Ressalta, ainda, a nobre escritora que "a adoção é um ato de amor que gera, através de decisão judicial, liame de parentalidade e de filiação civil",[44] considerando que a força do ato da adoção é de caráter definitivo e irrevogável, para todos os efeitos legais.

No entanto, como já aventado, embora haja posicionamento doutrinário e jurisprudencial que trata sobre a questão em apreço, existe a carência de regulamentação legal específica. Neste sentido, tem-se aplicado, por analogia, o instituto da destituição do poder familiar aos casos de adoções frustradas.

Sobre o tema, Bordallo relata que:

> Quando ocorre a devolução do adotando, após longo decurso de tempo, sem motivo justo, está sendo cometida grande violência contra aquele que está sendo rejeitado mais uma vez (sendo a primeira por sua família natural), ocorrendo abuso de direito por parte dos adotantes, que não estão lidando com uma coisa que não tem mais utilidade, mas com uma pessoa, detentora de sentimentos e expectativas. A devolução destrói o amor próprio do adotando.[45]

[43]BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.
[44]MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de direito da criança e do adolescente:** Aspectos teóricos e práticos. 8. ed.São Paulo: Saraiva, 2015, p. 198.
[45]BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção.** In: MACIEL Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord). op.cit., p. 338.

De acordo com Gama, a irrevogabilidade corresponde à plena aplicação do princípio constitucional que resguarda a igualdade entre os filhos, devendo ser respeitado o vínculo criado entre adotante e adotando.

> [...] a irrevogabilidade gera duas consequências que atendem aos interesses das pessoas envolvidas em relação à segurança jurídica especialmente relacionada aos vínculos jurídico-familiares: a) a impossibilidade de o adotante desfazer, por vontade e iniciativa próprias, a adoção que ele mesmo desejou que fosse constituída; b) a mesma impossibilidade de o adotado também revogar a adoção ainda que tenha sido adotado quando era criança ou adolescente, o que também preserva os interesses do adotante.[46]

Em continuidade ao entendimento dos autores retro mencionados, com o abandono ou a infringência de fatores que agridam o interesse do menor, pertinente, deste modo, será, a propositura de ação de destituição do poder familiar, como forma de equiparação aos filhos naturais, haja vista a isonomia a ele atribuída.

Ocorrendo, então, a destituição do poder familiar em relação ao filho adotivo, este estará enfrentando novamente a frustração do abandono, violando todos os direitos e princípios inerentes ao ser humano e recolocados junto à instituição de acolhimento.

No tocante ao desamparo, é importante destacar que, com a equiparação ao filho biológico, ao ser abandonado ou então, devolvido, o filho adotivo, com direitos violados, adquire legitimidade para pleitear os danos a eles causados.

Salienta a doutrina em comento que, não se pode aceitar que haja devolução ao juízo da infância do adotando, de modo impune, haja vista a violação do direito fundamental, bem como desrespeito ao princípio da responsabilidade parental, acarretando na prática de ato ilícito, culminando na obrigação de reparação civil do dano gerado.

Maciel, em pesquisas realizadas junto à jurisprudência pátria, destaca que "a drástica interrupção do vínculo afetivo, por fato exclusivo dos pais adotivos, acarreta a perda da chance da criança de desenvolver-se material e emocionalmente",[47]culminando em indenizações.

[46] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. 2003 apud MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 199.
[47]MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. op., cit., p. 200.

Oportuno, concluir que, os princípios da isonomia entre os filhos naturais e civis e o princípio do melhor interesse, bem como o da dignidade da pessoa humana, embora devam ser aplicados cumulativamente, se choca, no tocante à devolução do filho adotado, vez que, ocorre mais fatalmente, do que a comum destituição do poder familiar em relação ao filho biológico.

Neste sentido, tamanho é o desastre na vida daquele que apenas desejava ter uma família substituta, pois já fora abandonado, inicialmente, pelos entes biológicos.

Nota-se, que a negligência por parte daqueles que deveriam propiciar a garantia dos interesses do menor, acarreta na responsabilização:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Tendo os pais adotivo abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais, mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.09.568648-2/002, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/11/2011, publicação da súmula em 16/12/2011)[48].

Além disso, com o retorno da criança ou adolescente para a instituição de acolhimento, bem como ao cadastro de pessoas disponíveis à adoção, as chances de obter sucesso em uma futura possibilidade de família substituta são diminuídas, causando problemas psicológicos temporários ou permanentes.

Neste cenário, é também o entendimento de Bordallo[49], no sentido de que, contra os pais adotantes, deverá ser proposta ação de indenização pela prática de dano moral, sendo possível a condenação para custear os tratamentos psicológicos e médicos que acaso o adotando venha necessitar, além da obrigação de pagar alimentos, conforme exemplifica a jurisprudência.

---

[48] TJMG - Apelação Cível 1.0702.09.568648-2/002, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/11/2011, publicação da súmula em 16/12/2011. Acessado em 15/07/2016. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.09.568648-2%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>

[49] BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord). op.cit., p. 338.

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇAO CIVIL PÚBLICA - TUTELA ANTECIPADA - DETERMINAÇAO PARA PROMOÇAO DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO AO MENOR SUBMETIDO A SUCESSIVAS TENTATIVAS DE ADOÇAO PELO MESMO CASAL, COM POSTERIOR DESISTÊNCIA - PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A ANTECIPAÇAO DA TUTELA - RECURSO IMPROVIDO. Processo: AGV 37794 MS 2011.037794-3. Relator(a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Julgamento: 06/03/2012. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Publicação:13/03/2012.
> Parte(s): Agravantes: Marilza Moreira Vargas e outro. Agravado: Ministério Público Estadual[50]

Assim, tem-se o Estado como tutor da dignidade dos menores, crianças e adolescentes, interferindo nas relações familiares para, conforme a proteção do melhor interesse da criança ou do adolescente realocá-los em famílias que podem prestar a atenção e cuidados necessários para o bom desenvolvimento, proporcionando, quando do caso de desadoção, um dever ao particular que não cumpriu com o ônus do procedimento de responsabilização, não deixando que a integridade psíquica do adotando tenha sido danificada sem qualquer contraprestação.

CONCLUSÃO

As entidades familiares têm passado por transformações e construções sociais que ampliaram o conceito de família. A equidade no patamar dos pais, mães, avós, tios, de acordo com o nível afetivo que a entidade familiar proponha é o principal mecanismo de visualização de fundamentação do ente a ser tutelado pelo Estado.

Quando existentes crianças ou adolescentes incluídos em um ente familiar, a responsabilidade do Estado torna-se maior, tendo em vista a situação de vulnerabilidade presumida destes menores.

Ainda que haja liame biológico entre a criança ou adolescente e o ente familiar originalmente detentor do poder familiar, uma vez que não venha o interesse do menor sendo respeitado, ferindo a sua própria dignidade, sua própria situação existencial, deve o Estado, através de seus órgãos próprios e com a ratificação realizada pelo Judiciário, intervir e retirar o poder familiar deste individuo com liame biológico, repassando para uma nova família com o dever de cumprir com a provisão dos interesses do adotando.

[50] TJMS. AGV 37794 MS 2011.037794-3. Relator(a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence. Julgamento: 06/03/2012. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Publicação:13/03/2012. Acessado em 15/07/2016. Disponível em: <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21394601/agravo-agv-37794-ms-2011037794-3-tjms>

A existência de nova família não impede que, havendo motivação para tal, venha o Estado, novamente, interferir na relação familiar, retirando o poder familiar da família adotante sobre a criança ou adolescente em razão de desrespeito a sua própria dignidade e possibilitando a nova outorga deste poder a uma nova família.

A situação traumática que tal ocasião justifica ao menor é, sem dúvida, causa que motiva a responsabilização civil da família que, outrora se comprometeu como provedora dos interesses do adotado, mas, por situação, tornou-se agravadora dos danos psicossociais e existenciais, ferindo sua dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10out. 2015.

BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10out. 2015.

CNJ. **Cadastro Nacional de Adoção, CNA**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/cadastro-nacional-de-adocao-cna.aspx>. Acesso em: 14.out.2.015.

COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. EBooksBrasil: Digitalização do livro em papel. São Paulo: Edameris, 1998.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.).**Curso de direito da criança e do adolescente:** Aspectos teóricos e práticos.6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.).**Curso de direito da criança e do adolescente:** Aspectos teóricos e práticos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito de Civil V. Direito de Família.** 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Comentado Artigo por Artigo**.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 150.

SILVA FILHO, Artur Marques da.**Adoção.**2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Direito de Família.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v.6.

Capítulo III

A "INSANIDADE MENTAL" DO SERVIDOR PÚBLICO E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

Ilton Garcia da Costa[51]
Romeu Felipe Bacellar[52]

RESUMO: Os servidores públicos, em razão da importância das atividades que desenvolvem, intimamente relacionadas à consecução do interesse público, possuem uma ampla gama de direito e de deveres, conforme prescrevem a Constituição Federal e os mais diversos estatutos que os regem. Nas hipóteses em que esse agente descumpre os deveres que lhe são impostos, com o cometimento de infrações e/ou ilegalidades no exercício do cargo, poderão sofrer sanções disciplinares, desde que lhe sejam assegurados o direito ao contraditório e a ampla defesa mediante processo administrativo disciplinar. Além do devido processo legal, os processos sancionatórios devem se submeter aos mais comezinhos princípios jurídicos, dentre os quais a legalidade, a tipicidade, a razoabilidade e a própria culpabilidade. A partir da aplicação desses princípios surge a discussão acerca da possibilidade de se responsabilizar o indivíduo que no momento da prática do ato infracional ou ilícito não tenha consciência da sua atitude, em virtude de ser portador de alguma doença mental. Diante da ausência de um dispositivo legal expresso que discipline essa situação, pretendemos, a partir do levantamento bibliográfico das principais obras da doutrina brasileira, bem como em face de decisões do Poder Judiciário, analisar a repercussão da "insanidade mental" no processo administrativo disciplinar, especialmente com enfoque na dignidade da pessoa humana, aos diretos à saúde e aposentadoria.

PALAVRAS-CHAVE: servidor público; sanção disciplinar; processo administrativo disciplinar; doença mental; inimputabilidade; direito à saúde.

[51] Professor Doutor da UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná, Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP, Mestre em Administração pela Unibero, Avaliador de Instituições e Cursos do MEC-INEP, Membros das Comissões de Direito Constitucional, Direito e Liberdade Religiosa e de Ensino Jurídico da OAB/SP, Advogado. Bruno Gofman Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP); Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito

[52]Graduado em direito pela UNICURITIBA; Advogado.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 e os mais variados Estatutos, dentre os quais podemos citar a Lei nº 8.112/90, conferiram aos servidores públicos uma série de prerrogativas e deveres.

Em virtude da importância que representam, estes agentes públicos não estão imunes em face dos atos por eles praticados, e, caso constatado e comprovado o cometimento de infrações e/ou ilegalidades no exercício do cargo, por meio de processo administrativo onde lhe é garantido o contraditório e ampla defesa, poderão sofrer sanções que vão desde advertência até a possibilidade de demissão.

A partir daí surge um questionamento: e se eventualmente, no decorrer do trâmite do processo administrativo disciplinar, surgir dúvidas quanto à "insanidade mental" do servidor processado? Quais procedimentos a comissão e a autoridade competente deverão tomar? Caso comprovado que ele sofria algum tipo de transtorno mental à época do cometimento da infração ou ilegalidade, poderá sofrer penalidade da mesma forma?

Como forma de tentar responder a essas questões que envolvem os efeitos da "insanidade mental" do servidor público que responde a um processo administrativo disciplinar, pretendemos consubstanciados na doutrina e na jurisprudência, analisar as normas jurídicas que regulamentam a matéria à luz da dignidade da pessoa humana, do direito à saúde e à aposentadoria.

1 ASPECTOS GERAIS DA APLICAÇÃO DE PENALIDADES AOS SERVIDORES PUBLICOS.

Em um primeiro momento é imperioso trazer o conceito do que se entende por servidor público. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sustenta que: "São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos" [53].

No mesmo sentido, Diógenes Gasparini assevera que:

[53] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 25. ed. –São Paulo: Atlas, 2012, p. 583.

> Depreende-se do disposto, notadamente nos arts. 37 a 41 da Constituição Federal que existe uma gama de pessoas físicas que se ligam sob regime de dependência, à Administração Pública direta, indireta, autárquica e fundacional pública, mediante uma relação de trabalho de natureza profissional e perene para lhes prestar serviços". São servidores públicos. Celso Antônio Bandeira de Mello (Regime constitucional, cit. P.12) define-os como "todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional de caráter não eventual, sob vínculo de dependência". Atende-se, desde já, que tais servidores não se ligam a essas entidades por liame que observa idêntico regime jurídico, como logo dir-se-á[54].

Os servidores públicos se submetem ao regime jurídico próprio do ente federativo para o qual estão vinculados e desempenham a sua função. Segundo Lucas Rocha Furtado, "no âmbito de cada entidade política deve ser aprovada lei que defina o regime jurídico dos seus respectivos servidores públicos" [55], o que retira qualquer necessidade de que Municípios e Estados sigam os preceitos e o regramento estabelecido pelo regime jurídico aplicado aos servidores públicos federal, por meio da Lei nº 8.112/90.

Ao mesmo tempo, o autor acrescenta que "vinculam-se, além da União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios às normas relativas aos servidores públicos previstas na Constituição Federal" [56]. Em razão do dever de respeito às premissas constitucionais, os diplomas legais que disciplinam os regimes jurídicos dos servidores públicos são, de uma maneira geral, bastante semelhantes.

Em relação aos direitos conferidos pela Constituição Federal e demais Estatutos aos servidores públicos, Hely Lopes Meirelles destacou que:

> A Constituição da República, ao cuidar do servidor público (arts. 37 a 41), detalhou seus direitos, indicando especificamente os que lhe são extensivos dentre os reconhecidos aos trabalhadores urbanos e rurais (CF, art. 7º).
> De um modo geral, pode dizer-se que os servidores públicos tem os mesmos direitos reconhecidos aos cidadãos, porque cidadãos também o são, apenas com certas restrições exigidas para o desempenho da função pública[57].

Na sequencia, o autor especifica os direitos decorrentes da função pública:

> Os diretos decorrentes da função pública consubstanciam-se no exercício do cargo, na remuneração, nas férias, na aposentadoria e demais vantagens concedidas expressamente pela Constituição Federal e respectivas leis da União, dos Estados, do

[54] GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 17. ed. atualizada por Fabricio Motta – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 224.
[55] FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p; 917.
[56] FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p; 917.
[57] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 37. Ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 519.

> Distrito Federal e dos Municípios. São direitos dos servidores públicos que vicejam ao lado dos direitos gerais e fundamentais do cidadão, e, por isso mesmo, sua extensão e seus limites só podem ser apreciados em face das normas legais que os concedem, segundo as conveniências do serviço[58].

Ao mesmo tempo em que garantem uma série de direitos aos servidores públicos, tanto a Constituição Federal quanto os demais diplomas que regulamentam as atividades destes agentes públicos estabeleceram uma ampla gama de deveres e responsabilidades.

Acerca dos deveres impostos aos servidores públicos, Silvio Luís Ferreira da Rocha assim asseverou:

> A Lei 8.112/1990, ao instituir o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, obriga-os a observar deveres ligados: (a) a legalidade (observar as normais legais e regulamentares; manter conduta compatível com a moralidade administrativa; levar ao conhecimento do superior irregularidades de que tenha ciência; representar contra ilegalidades, omissões ou abuso de poder; cumprir ordens emanadas do superior, exceto se manifestamente ilegais); (b) ao serviço publico especificamente (ser leal com as instituições a que serve; exercer com zelo e dedicação suas atribuições; ser assíduo e pontual; zelar pela economia do material; guardar sigilo sobre assuntos da repartição); e (c) ao público (atender ao publico com presteza e urbanidade[59].

A Lei 8.112/90 previu, além dos deveres dispostos no artigo 116, uma série de proibições. "A transgressão deles dá margem à responsabilidade administrativa. Este ultimo dispositivo é de grande importância, pois as penalidades disciplinares estão, em grande parte, reportadas à violação delas"[60].

Em relação às sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos, Flávio Henrique Unes Pereira assim as conceituou:

> Sanção disciplinar é a consequência jurídica desfavorável prevista em lei e imposta ao servidor público estatutário, após a obediência ao devido processo legal, em razão do cometimento de infração funcional a ele imputável pela Administração Pública. A infração disciplinar, por sua vez, nada mais é do que uma ação humana que o estatuto declarou como ilícito, por consistir em ato contrário à adequada prestação dos serviços públicos[61].

[58] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 37. Ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 521.
[59] FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís. Manual de direito administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 260.
[60] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 324.
[61] PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 42

Como exemplo de sanções disciplinares estão aquelas previstas no artigo 127 da Lei nº 8.112/90, quais sejam: (I) advertência; (ii) suspensão; (iii) demissão; (iv) cassação da aposentadoria ou disponibilidade; (v) destituição de cargo em comissão; e (vi) destituição de função comissionada.

2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E SEUS PRINCIPAIS PRINCÍPIOS NORTEADORES.

A aplicação de qualquer penalidade ao servidor público depende de um procedimento apurador. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

> As distintas penalidades administrativas são aplicáveis tão somente após um procedimento apurador – com garantia de ampla defesa (ex vi do art. 5, LV, LV, da Constituição) -, que será a sindicância ou, obrigatoriamente, o processo administrativo, se a sanção aplicável for suspensão acima de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão ou função comissionada (art. 143, c/c art. 146). A sindicância ou o processo administrativo interrompem a prescrição até a decisão final proferida pela autoridade competente (§3º do art. 142), que só recomeça fluir a partir do dia em que cessar a interrupção (§4º).
> Sublinhe-se que a autoridade que tiver conhecimento de irregularidade é obrigada a promover-lhe a apuração imediata. As denuncias serão apuradas desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada sua autenticidade (art. 143)[62].

A partir da leitura da lição doutrinária acima elencada é bastante clara que a ideia de processo administrativo disciplinar tem como princípio basilar o devido processo legal, que, "resguarda, no campo das relações punitivas, direitos fundamentais em todas as direções possíveis e legítimas, o que envolve a proteção dos direitos dos acusados e das vítimas em perspectivas equilibradas"[63].

Ainda no que toca a necessidade de preservação do direito ao contraditório e ampla defesa no processo administrativo disciplinar, conforme exegese do inciso LIV, do art. 5º da Constituição Federal[64], Romeu Felipe Bacellar Filho sintetiza da seguinte maneira:

[62] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 326.
[63] OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 4. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 165.
[64] A respeito do tema, BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. Reflexões sobre o processo administrativo no Brasil. In: RGUMENTA: revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro

> O art. 5º, LV, da CF, complementado pelo inciso LIV, aplica-se, portanto, ao exercício da competência disciplinar. Conclui-se que: (a) o processo e o procedimento administrativo disciplinar constituem garantias constitucionais, com as decorrências já salientadas de vinculação do legislador, do aplicador e do intérprete à Constituição; (b) como garantia de meios e de resultados, o processo exige incidência do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes; (c) a disciplina processual deverá fazer-se presente quando, no exercício da competência disciplinar, a administração litigue ou acuse servidor público (sentido amplo); (d) da mesma forma, impõe-se o regime processual na hipótese de uma decisão administrativa implicar privação de liberdade ou de bens do cidadão; (e) o litigante e o acusado detém a posição de sujeito processual, gozando de todas as prerrogativas legais e constitucionais conferidas por essa condição; (f) tratando-se de acusados em geral, abrange servidores públicos estáveis e não estáveis (qualquer acusado) como também sanções administrativas leves ou graves (qualquer acusação); (g) em sentido negativo, haverá procedimento administrativo disciplinar e não processo quando a administração apura fatos sem aplicar sanção de qualquer espécie ou quando dessa investigação não decorra provimento capaz de atingir a esfera jurídica individual do servidor[65].

Segundo defende o autor acima citado, o processo administrativo disciplinar deverá se pautar não só pelo devido processo legal, contraditório e ampla defesa, mas também pelos princípios previstos na Constituição Federal, constituindo o regime jurídico constitucional-administrativo.

> Se um dos pilares do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo, com a Constituição de 1988 restou identificada a presença de um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput). Ao lado desses princípios figuram outros – de modo explícito – não menos significativos: da presunção de inocência (art. 5º inc. LVII), do juiz natural (art. 5º inc. LIII), do devido processo legal (art. 5º inc. LIV), do contraditório e ampla defesa (art. 5º inc. LV). Implicitamente extraem-se da Constituição os princípios da lealdade e da boa-fé, da segurança nas relações jurídicas, da razoabilidade e da proporcionalidade, entre outros.
>
> A supremacia da Constituição, sobre todas as normas impõe que o processo de produção legislativa e interpretação do Direito Administrativo seja levado a cabo conforme aqueles princípios constitucionais[66].

Portanto, diante de tudo o que fora exposto até o presente momento, não restam dúvidas de que a aplicação de qualquer penalidade aos servidores públicos em virtude do cometimento de eventual infração funcional e/ou ilegalidade no exercício do cargo deverá ser precedida de um prévio processo administrativo disciplinar, onde se garante o devido

---

de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 3 -Jacarezinho, 2003

[65] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83

[66] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos polêmicos do regime disciplinar do servidor público. In: MOSDESTO, Paulo, MENDONÇA, Oscar. Direito do Estado – novos rumos. São Paulo: Max Limonad, 2001, Tomo II, p.92.

processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como a incidência de outros princípios constitucionais atinentes ao regime jurídico constitucional-administrativo, sejam eles explícitos ou implícitos.

Dentre os princípios de observância obrigatória no processo administrativo, além do já mencionado devido processo legal, está o da legalidade[67] que "exige que o ilícito administrativo e a respectiva sanção sejam criados por lei formal. Apenas o legislador pode tipificar uma conduta como ilícito administrativo e imputar à sua prática uma sanção administrativa"[68].

Intimamente vinculado ao princípio supramencionado está o da tipicidade, que, no âmbito do direito administrativo sancionador substitui o princípio da segurança jurídica, exigindo que "o comportamento proibido esteja descrito de modo claro e preciso na norma jurídica, assim como exige precisão e clareza na descrição da sanção a ele correspondente". [69]

Outro princípio de suma importância no momento da aplicação da penalidade ao servidor público pela autoridade competente diz respeito à proporcionalidade da sanção. Nas palavras de Fábio Medina Osório:

> O certo é que o princípio da proporcionalidade é de ser aplicado pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo na elaboração e concretização das normas de Direito Administrativo Sancionador, seja na própria tipificação do ato ilícito, deixando de fora dos tipos legais comportamentos que não se mostrem materialmente lesivos aos valores tutelados pelo legislador e pelo constituinte de 1988, seja na adequação da resposta estatal, através das sanções a ilícitos de menor gravidade, seja, finalmente, na manutenção da coerência mínima entre os tipos sancionadores e os resultados objetivados com a intervenção pública repressiva[70].

Ainda a respeito da necessidade da persecução estatal ocorrer de forma proporcional, Rafael Munhoz de Mello recomenda que as sanções sejam aplicadas considerando que:

---

[67] A respeito do princípio da legalidade: BRITO, Jaime Domingues; RUIZ, Fernando Teixeira. A servidão administrativa e princípio da legalidade na Constituição de 1988. In: ARGUMENTA: revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 3 -Jacarezinho, 2003.

[68] MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 120

[69] MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 134.

[70] OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 4. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 208.

> Cada caso concreto têm relevância na definição da punição administrativa justa. Tais peculiaridades podem ser analisadas somente pelo agente competente para impor a sanção, devendo necessariamente ser utilizadas como parâmetro para a definição da intensidade da medida sancionadora, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade[71].

Em razão da observância de cada caso concreto, podemos chegar à conclusão de que a aplicação de uma penalidade a um servidor público deverá levar em consideração a culpabilidade do agente no cometimento da infração funcional e/ou ilegalidade e a possibilidade de responsabiliza-lo.

Segundo Rafael Munhoz de Mello o direito administrativo sancionador "exige que a sanção administrativa retributiva seja aplicada apenas à ação que seja, além de típica e ilícita, também culpável".[72]

Nesse sentido, o autor ainda estabelece que:

> Com efeito, não é adequada a medida sancionadora aplicada a sujeito que não agiu de modo doloso ou ao menos com culpa stricto sensu (negligência, imperícia ou imprudência). Para além de tais hipóteses, o sujeito que praticou a conduta típica agiu licitamente e com a diligência exigida pelas circunstâncias. Ou seja, não obstante a diligência, perícia e prudência no agir, voltado a resultado lícito, ocorreu comportamento típico.
> Ora, a finalidade da sanção administrativa é a prevenção da ocorrência de novas infrações administrativas. Como já se ressaltado, a punição em que consiste a sanção administrativa tem finalidade preventiva: aplica-se uma medida negativa ao infrator para prevenir a ocorrência de futuras infrações. A finalidade preventiva tem em mira a pessoa do infrator (prevenção especial) e os demais membros da sociedade (prevenção geral): o infrator não mais praticará o ilícito por receio de nova sanção, além de servir como exemplo para os demais potenciais infratores.[73].

Fábio Osório Medina também defende que a aferição da culpabilidade é um elemento indispensável em um processo sancionador, "decorrente da fórmula substancial do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das infrações e das sanções, sendo imprescindível uma análise da subjetividade do autor do fato ilícito".[74]

Diante das lições doutrinárias acima transcritas, depreende-se que o servidor público só poderá ser penalizado caso constatado que tinha dolo ou, ao menos, agiu culpa (negligência, imperícia ou imprudência) na prática do ato infracional ou ilícito. Ademais,

[71] MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 173.
[72] MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 177.
[73] MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 177.
[74] OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 4. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 358.

em virtude do caráter preventivo da sanção, é necessário que esse individuo e a sociedade tenham consciência da gravidade da atitude reprimida para que isso seja coibido preventivamente.

3 A "INSANIDADE MENTAL" DO SERVIDOR PÚBLICO

É justamente a partir da questão da culpabilidade e da natureza preventiva da sanção que surge o ponto principal do presente artigo. E se o servidor público, no momento em incorreu em irregularidade e/ou ilicitude, não tinha a exata consciência da gravidade do seu ato em decorrência de um transtorno mental? Quais as repercussões da "insanidade mental" em um processo administrativo disciplinar e na penalização do agente?

Como ponto de partida para tentarmos encontrar respostas aos questionamentos acima elencados, é importante noticiar que o art. 160 da Lei nº 8.112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Federais, dispõe a respeito da hipótese na qual há dúvidas acerca da sanidade mental do agente que é objeto do processo administrativo disciplinar.

> Art. 160. Quando houver dúvida sobre a sanidade mental do acusado, a comissão proporá à autoridade competente que ele seja submetido a exame por junta médica oficial, da qual participe pelo menos um médico psiquiatra.
> Parágrafo único. O incidente de sanidade mental será processado em auto apartado e apenso ao processo principal, após a expedição do laudo pericial.

Mediante simples leitura do dispositivo legal supracitado percebe-se que o legislador se preocupou tão somente em determinar que o investigado seja avaliado por uma junta médica oficial que seja composta por, no mínimo, um médico psiquiatra.

Por outro lado, tanto a Lei nº 8.112/90 quanto o artigo 160 se mostraram omissos em relação a aspectos imprescindíveis para sua aplicação no plano concreto, como, por exemplo, o que se considera como sanidade mental e quais as consequências da sua constatação.

É inegável que é árdua a tarefa de se elaborar um conceito exato do que se trata a sanidade mental. De acordo com a Constituição da Organização Mundial da Saúde, saúde é "o estado de completo bem-estar físico, mental e social", ou seja, a pessoa só está plenamente saudável quando está em completo bem-estar mental. O que seria esse completo bem-estar mental?

Diante dessa imprecisão conceitual, talvez a melhor opção seja recorrer à ciência, especialmente à medicina. Nesse sentido, aponta-se a CID-10 - Décima Revisão da Classificação Internacional de Doenças e de Problemas Relacionados à Saúde, que, no seu item F relaciona os tipos de transtornos mentais e de comportamento[75]. Assim, pode-se depreender que a pessoa não está em pleno bem-estar mental quando acometida por um dos transtornos nele arrolados.

Uma vez que a Junta Médica Oficial considere que a pessoa é portadora de alguma forma de transtorno mental e de comportamento, seja à época do ato infracional e/ou ilícito, ao longo do trâmite processual ou então na oportunidade de aplicação da penalidade, qual o procedimento que deverá ser adotado? O servidor público delituoso poderá ficar impune ou deverá ser sancionado de igual forma? Fato é que nem a Lei nº 8.112/90 tampouco o art. 160 indicam o caminho a ser trilhado pela autoridade julgadora. Diante dessa lacuna legal, é preciso se socorrer de outros institutos para tentar achar uma solução a ser empregada nesses casos.

Na doutrina estrangeira, existem àqueles que comparam essa situação à inimputabilidade do direito penal. Carlos Arturo Gómez Pavajeau[76], por exemplo, aduz como causa de exclusão da responsabilidade o transtorno mental que não permita adequado desempenho do cargo. O autor cita, a título de ilustração, o art. 54 do Decreto Ley 1651 de 1977 da Colômbia que estabelecia que as pessoas que não tenham capacidade de compreender a ilicitude de seus atos ou não possam conduzir-se de acordo com sua compreensão não podem ser sujeitos de direito disciplinário.

No mesmo sentido, Fábio Medina Osório aduz que "o princípio da capacidade infratora, já consagrado, implícita ou explicitamente, no Direito Administrativo Sancionador, equivale ao princípio da imputabilidade vigente no direito penal"[77].

---

[75] Transtornos mentais e do comportamento (F00-F09)
1.1 Transtornos mentais orgânicos, inclusive os sintomáticos; 1.2(F10-F19) Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substância psicoativa; 1.3(F20-F29) Esquizofrenia, transtornos esquizotípicos e transtornos delirantes; 1.4(F30-F39) Transtornos do humor [afetivos]; 1.5(F40-F48) Transtornos neuróticos, transtornos relacionados com o estresse e transtornos somatoformes; 1.6(F50-F59) Síndromes comportamentais associadas a disfunções fisiológicas e a fatores físicos; 1.7(F60-F69) Distorções da personalidade e do comportamento adulto; 1.8(F70-F79) Retardo mental; 1.9 (F80-F89) Transtornos do desenvolvimento psicológico; 1.10(F90-F98) Transtornos do comportamento e transtornos emocionais que aparecem habitualmente durante a infância ou a adolescência; 1.11(F99) Transtorno mental não especificado

[76] GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 347.

[77] OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 4. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 351

Acrescenta ainda que "trata-se, sem sombra de dúvida, de verificar se o agente é um sujeito ativo legalmente apto a cometer o ilícito administrativo. Se não o é, resulta inviável reconhecer-lhe capacidade infratora" [78]. Em virtude desta necessidade de capacidade infratora é que se deve levar em consideração requisitos como a saúde mental.

Justamente consubstanciado na ideia de inimputabilidade, emprestada do direito penal, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região proferiu decisão determinando a integração de um servido com doença mental que havia sido demitido.

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. INCAPACIDADE. DOENÇA MENTAL. INIMPUTABILIDADE. REINTEGRAÇÃO.
> - É nula a pena administrativa imputada a servidor acometido de doença mental que lhe retire a compreensão da ilicitude do ato que ensejou a instauração do respectivo processo administrativo.
> - A imputabilidade é requisito da culpabilidade, sem a qual não há pena, seja na esfera penal seja na administrativa.
> - Anulado o ato de demissão do servidor, impõe-se sua reintegração.
> - Apelação improvida e remessa oficial parcialmente provida." (TRF 5ª Região, Apelação Cível n° 261.635-PE, Rel. Desembargador Federal José Maria Lucena, J. 14.3.2002)

Aliada à questão da inimputabilidade, o entendimento é que o servidor público portador algum tipo de transtorno mental não deverá ser punido, mas, ao invés disso, receber o devido tratamento por parte do Estado e da Sociedade. Nessa linha de raciocínio segue Mauro Roberto Gomes de Mattos, quando firma que "um louco ou doente mental não merece repúdio da sociedade e sim tratamento, para que seus problemas psiquiátricos sejam sanados e ele possa usufruir da plenitude de sua higidez mental"[79].

Referido posicionamento encontra respaldo, inclusive, nas mais diversas normas que protegem os direitos dos portadores de transtornos mentais, que não podem de forma alguma serem discriminados e alijados da sociedade. Assim dispõe o Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais de 1966[80], a Convenção Americana de direitos humanos (1969)[81] e a Declaração de direitos do deficiente mental da ONU (1971).

[78] OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 4. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 352

[79] GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. Lei nº 8.112/90 interpretada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 857.

[80] Art. 2: Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação.

[81] Art. 5. 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral

Em consonância com os diplomas normativos internacionais, a Constituição Federal de 1988 protege os direitos dos portadores de doenças mentais ao consagrar o direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) - um dos fundamentos da República e que devem ser obrigatoriamente respeitados tanto pelo Estado quanto por todos os membros da sociedade-; a vedação a qualquer forma de discriminação (art. 3º. V); e o direito universal à saúde (Art. 196).[82]

Na legislação infraconstitucional, os direitos dos portadores de doenças mentais também são assegurados pela Lei nº 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência e, principalmente pela Lei nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Dentre os principais pontos disciplinados pela Lei nº 10.216/2001, vale destacar o disposto no parágrafo único do art. 2º[83], que estabelece os direitos básicos da pessoa portadora de transtorno mental, bem como o art. 3º[84], que impõe a responsabilidade pelo tratamento desse cidadão ao Estado, a sociedade e a família.

É inegável que todos esses direitos deferidos ao portador de transtorno estão intimamente vinculados ao princípio da dignidade da pessoa, que, segundo, Ingo Wolfgang Sarlet:

> 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

[82] Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação

[83] Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.
Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:
I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;
II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;
VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;
VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;
IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

[84] É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

> fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. [85]

O autor ainda, baseado nos ensinamentos de José Afonso da Silva, acrescenta que independentemente da conduta do cidadão, a dignidade da pessoa humana é intangível.

> Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, é de que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração[86].

Portanto, diante dessa ampla gama de direitos garantidos aos portadores de doenças mentais, independentemente dos atos que praticou, pode-se concluir que, além de não receber qualquer punição, deverão receber o devido tratamento médico por parte do Estado com o auxílio da sociedade e família. Mauro Roberto Gomes de Mattos aponta que "o servidor que cometeu determinada falta funcional, devido ao seu desequilíbrio mental, não poderá ser punido, devendo o mesmo tratar-se ou aposentar-se, afastando-se da função até a obtenção de alta médica"[87].

O próprio artigo 202 do Estatuto de Servidor Público Federal prevê a possibilidade de licença para os seus agentes sem prejuízo de remuneração: "Art. 202. Será concedida ao servidor licença para tratamento de saúde, a pedido ou de ofício, com base em perícia médica, sem prejuízo da remuneração a que fizer jus."

A outra solução indicada é a aposentadoria do servidor público acometido por transtorno mental. Para Wladimir Novaes Martinez, previdência social deve ser encarada como:

> A técnica de proteção social que visa a propiciar os meios indispensáveis à subsistência humana – quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os aufira pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de

[85] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 62.
[86]SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 62.
[87] GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. Lei nº 8.112/90 interpretada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 857.

> serviço ou morte -, mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes.[88]

Por esta razão, a previdência social e o direito à aposentadoria estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, com a consequente manutenção das condições mínimas de subsistência daqueles que já não dispõem de possibilidade para desempenhar atividade laborativa ou que já cumpriram os requisitos para aposentar-se.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua o direito à aposentadoria dos servidores públicos como sendo:

> O direito à iniciativa remunerada, assegurado ao servidor público em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo de exercício no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição. Daí as três modalidades de aposentadoria: por invalidez, compulsória e voluntária[89].

Uma vez preenchidos os requisitos para a sua concessão, o servidor público faz jus ao direito à aposentadoria, seja por invalidez, compulsória ou voluntária. A aposentadoria por motivo de saúde é assegurada pelo art. 40, § 1°, inciso I, nos seguintes termos: "I - invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente de serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;"

Em complementação ao artigo 40 da Constituição Federal, o § 1° do art. 186 da Lei n° 8.112/90[90], prevê como doença grave, entre outras capazes de ensejar a aposentadoria do servidor público, a alienação mental.

A concessão de licença para tratamento de saúde ou aposentadoria por invalidez quando constatado que o servidor público é doente mental também são as opções indicadas majoritariamente pelo Poder Judiciário, que, aliás, tem determinado a reintegração do servidor público no caso dele ter sido demitido.

Nesse sentido foi a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 21.907, de relatoria do Ministro Nelson Jobim.

---

[88] MARTINEZ, Wladimir Novaes, A seguridade social na Constituição Federal de 1988. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 99.

[89] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. –São Paulo: Atlas, 2012, p. 625.

[90] Art. 186. § 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

> EMENTA: ADMINISTRATIVO. COMISSÃO INVESTIGATÓRIA DE FRAUDES JUNTO AO INSS. CONCLUSÃO PELO ENVOLVIMENTO DA IMPETRANTE. PROCESSO ADMINISTRATIVO POR FALTAS DISCIPLINARES. INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL CONTRA A MESMA. SENTENÇA QUE DECLARA A INTERDIÇÃO DA IMPETRANTE POR MOTIVO DE INSANIDADE MENTAL. DECRETO PRESIDENCIAL QUE A DEMITE MESES APÓS A SENTENÇA DE INTERDIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DA PENA DE DEMISSÃO. ANULAÇÃO DO DECRETO DEMISSIONÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. (MS 21907, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2000, DJ 04-08-2000 PP-00005 EMENT VOL-01998-01 PP-00197)

No julgamento do RMS 18.017-SP pela Sexta Turma, o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, decidiu reintegrar servidor público, acometido de embriaguez não eventual (reconhecida como transtorno mental pela Corte) e determinar à autoridade coatora as diligências necessárias para o tratamento de saúde, com fundamento nos direitos fundamentais à saúde e à dignidade da pessoa humana:

> RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - EMBRIAGUEZ HABITUAL NO SERVIÇO - COAÇÃO DO SERVIDOR DE PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO, MEDIANTE A COLETA DE SANGUE, NA COMPANHIA DE POLICIAIS MILITARES - PRINCÍPIO DO "NEMO TENETUR SE DETEGERE" - VÍCIO FORMAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - CERCEAMENTO DE DEFESA - DIREITO DO SERVIDOR À LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE E, INCLUSIVE, À APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - RECURSO PROVIDO. 1. É inconstitucional qualquer decisão contrária ao princípio *nemo tenetur se detegere*, o que decorre da inteligência do art. 5º, LXIII, da Constituição da República e art. 8º, § 2º, g, do Pacto de São José da Costa Rica. Precedentes. 2. Ocorre vício formal no processo administrativo disciplinar, por cerceamento de defesa, quando o servidor é obrigado a fazer prova contra si mesmo, implicando a possibilidade de invalidação da penalidade aplicada pelo Poder Judiciário, por meio de mandado de segurança. 3. A embriaguez habitual no serviço, ao contrário da embriaguez eventual, trata-se de patologia, associada a distúrbios psicológicos e
> mentais de que sofre o servidor. 4. O servidor acometido de dependência crônica de alcoolismo deve ser licenciado, mesmo compulsoriamente, para tratamento de saúde e, se for o caso, aposentado, por invalidez, mas, nunca, demitido, por ser titular de direito subjetivo à saúde e vitima do insucesso das políticas públicas sociais do Estado. 5. Recurso provido. (J. 9.2.2006. DJ 2.5.2006, p. 390)

Em outro julgado, proferido no AgRg no Agravo de Instrumento n° 1.318.833-PR, em que agente público militar, quando da prática de infrações disciplinares, era portador de Transtorno Bipolar Afetivo comprovado por perícia médica oficial, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, apontou a responsabilidade da Administração pelo tratamento de saúde do militar acometido de doença mental e, mesmo, pelo direito à reserva remunerada. Nesse caso, manteve-se o julgamento

realizado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reintegrou o agente, como se vê pela seguinte ementa:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 475, 515 E 535, I E II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. MILITAR TEMPORÁRIO. INCAPACIDADE. REINTEGRAÇÃO E REFORMA. MATÉRIA FÁTICA. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Tendo o Tribunal de origem se pronunciado de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, não há falar em afronta aos arts. 475, 515 e 535, I e II, do CPC, não se devendo confundir "fundamentação sucinta com ausência de fundamentação" (REsp 763.983/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ 28/11/05). 2. Enquanto no serviço ativo das Forças Armadas, os militares de carreira e aqueles incorporados para a prestação do serviço militar gozam dos mesmos direitos e deveres, aí incluído o direito à assistência médico-hospitalar. Caso reconhecida a incapacidade definitiva para o serviço militar, o militar tem o direito de ser transferido para a reserva remunerada. Inteligência dos arts. 34 da Lei 4.375/64 (Lei do Serviço Militar) e 140, 146 e 149 do Decreto 57.654/66 (Regulamento da Lei do Serviço Militar) c.c. arts. 3º, § 1º, e 50, IV, "e", da Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares). Precedentes do STJ. 3. O "militar incapacitado total e permanentemente para o serviço, em decorrência de alienação mental, faz jus à reforma com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir na ativa, independentemente da existência de relação de causa e efeito entre a doença e a atividade desenvolvida. Inteligência dos arts. 108, V, § 2º, c/c o 109 e 110, caput, parte final, e § 1º, da Lei 6.880/80" (REsp 783.680/MG, de minha relatoria, Quinta Turma, DJ 20/8/07). 4. Reconhecido pelo Tribunal de origem que o
> militar encontra-se incapacitado para o serviço militar, bem como para o trabalho civil, em decorrência de alienação mental, rever tal entendimento demandaria o reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. 5. "O servidor público reintegrado ao cargo, em razão da declaração judicial de nulidade do ato de demissão, tem direito ao tempo de serviço, aos vencimentos e às vantagens, que lhe seriam pagas durante o período de afastamento" (AgRg no Ag 499.312/MS, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 30/8/04). 6. Agravo regimental não provido. (J. 19.10.2010, DJ 14.11.2010)
> Vários julgados poderiam ser colacionados com decisões semelhantes, atinentes à reintegração de servidor público que tenha cometido infrações administrativas em data em que já era acometido de doença mental.
> EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO – DEMISSÃO – INCAPACIDADE MENTAL – NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. Existindo prova documental nos autos, emitida pela própria Administração, de que o SERVIDOR encontrava-se com problemas mentais à época de sua demissão, não era dado a ela demiti-lo sumariamente, sem exame demissional prévio. "Se o laudo pericial realizado no curso do processo comprova estar o autor apto ao trabalho, cabível sua reintegração ao serviço público estadual" (TJMG, Processo n° 1.0024.01.049488-8/001, J. 7.6.2005, DJ 24.8.2005)

Neste último julgamento, o Desembargador Relator do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais observou que, se o servidor encontra-se enfermo, com problemas de ordem mental, incumbe à Administração providenciar o tratamento adequado e não excluí-lo do serviço público, *"jogando-o à própria sorte"*. Complementa, dizendo que

não é dado à Administração demitir o servidor, *"sem perquirir acerca dos verdadeiros motivos"* das infrações por ele praticadas.

Portanto, diante da leitura de todas as lições doutrinárias e das decisões judiciais acima trazidas, parece-nos que o servidor público portador de uma doença mental não poderá ser punido em virtude de eventual infração e/ou ilegalidade cometida no exercício do cargo, mas, pelo contrário, tem o direito de receber integral assistência médica por parte do Estado, seja durante sua licença para tratamento ou então ao longo da sua aposentadoria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que o servidor público, em razão da importância função que exerce, intimamente vinculada ao interesse público, tem uma ampla gama de direitos e de deveres, que, uma vez descumpridos deverão ensejar na aplicação de penalidades administrativas, que vão desde a advertência até a própria demissão.

Diante da garantia constitucional ao devido processo legal, do contraditório e a ampla defesa, o servidor público só poderá sofrer a sanção mediante prévio processo administrativo, que, além dos direitos anteriormente mencionados, se submete a diversos princípios norteadores do regime jurídico constitucional-administrativo, dentre os quais, destaca-se a legalidade, tipicidade e a razoabilidade.

Ligada a ideia de razoabilidade na aplicação de penalidade, que deverá levar em consideração os fatores relativos a cada caso concreto, está a culpabilidade, segundo a qual o agente público processado só poderá ser responsabilizado se agiu com dolo (consciência) ou, no mínimo culpa (negligência, imprudência, imperícia). Se a resposta for negativa, não há motivo para lhe imputar qualquer sanção.

A partir dessa questão da culpabilidade surge o questionamento acerca da possibilidade de se aplicar sanção a um servidor que, no momento da prática do ato combatido, estava com algum tipo de transtorno mental capaz de alterar sua percepção da realidade.

Diante da inexistência de qualquer orientação expressa para essas situações nos diplomas legais, notadamente no Estatuto do Servidor Público Federal, que tão somente determina que o acusado passe por perícia médica quando questionável sua sanidade mental, é se socorrer de outros institutos jurídicos.

Com base no instituto da inimputabilidade do direito penal, também aplicável no direito administrativo sancionador, podemos chegar à conclusão de que o servidor público com algum tipo de doença mental efetivamente comprovada não poderá sofrer qualquer sanção.

Além disso, em razão das previsões constantes em Tratados e Declarações Universais, na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais, notadamente a Lei nº 10.216/2001, parece inegável que esse individuo doente tem o direito de receber integral assistência médica por parte do Estado e da sociedade até que se recupere. Enquanto isso não acontece, o agente público poderá gozar de licença médica para tratamento de saúde ou então ser aposentado por invalidez permanente. Essa, aliás, tem sido a orientação do Poder Judiciário, que tem determinado inclusive a reintegração daquele que tenha sido demitido.

Em que pese à conclusão seja nesse sentido, é importante destacar a importância de que o legislador regulamente de forma expressa as condições dos servidores com algum tipo de transtorno mental em relação a eventual processo administrativo disciplinar e a consequente possibilidade de penalização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Aspectos polêmicos do regime disciplinar do servidor público. In: MOSDESTO, Paulo, MENDONÇA, Oscar. **Direito do Estado – novos rumos**. São Paulo: Max Limonad, 2001, Tomo II.

_____. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. **Reflexões sobre o processo administrativo no Brasil**. In: ARGUMENTA: revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 3 -Jacarezinho, 2003

BRITO, Jaime Domingues; RUIZ, Fernando Teixeira. **A servidão administrativa e princípio da legalidade na Constituição de 1988**. In: ARGUMENTA: revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 3 -Jacarezinho, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. –São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. atualizada por Fabricio Motta – São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. **Lei nº 8.112/90 interpretada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. **Dogmática del derecho disciplinario**. 3ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004

MARTINEZ, Wladimir Novaes, **A seguridade social na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Malheiros, 2007

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

Capítulo IV

A DECISÃO NO HABEAS CORPUS Nº 126.292 FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Emerson Antonio de Andrade[91]
Álvaro Sebastião Inácio[92]
Mariana Fordellone Rosa Cruz[93]

RESUMO: No início de 2016 o Supremo Tribunal Federal negou o pedido de *Habeas Corpus*, determinando ao réu, após condenação em segundo grau de jurisdição, o imediato cumprimento de sua pena. Esse entendimento do STF abriu uma gama de discussões sobre a proteção da Constituição Federal, que deve ser exercida por aquela Corte. Tal decisão não se trata de súmula vinculante mas configura-se como jurisprudência podendo ser utilizada como base legal para outras decisões, entretanto é notável desentendimento entre os próprios membros da casa, haja vista que, pouco tempo após a decisão, o Ministro Celso Mello, no *Habeas Corpus* nº 135.100 decidiu de forma diferente. Notável também é que, além de contrariar fontes de Direito e tratados internacionais, a decisão da Suprema Corte Brasileira afronta expressamente a Constituição da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Violação constitucional. *Habeas Corpus* nº 126.292. *Habeas Corpus* nº 135.100.

INTRODUÇÃO

No dia 17 de fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal (STF), em uma decisão dada no *Habeas Corpus* 126.292, teve o entendimento de autorizar a prisão do réu após a condenação em segundo grau de jurisdição. O STF entendeu que o condenado em primeira instância que apresentou recurso para ser apreciado em segunda instância já teve todos os fatos e provas do processo analisados, não sendo possível utilizar-se do princípio da presunção de inocência para se manter em liberdade, além disso, determinou

[91] Acadêmico do 5º semestre do curso de Direito da UNOPAR Bandeirantes.
[92] Enfermeiro. Acadêmico do 5º semestre do curso de Direito da UNOPAR Bandeirantes.
[93] Advogada. Mestre em Ciências pela FSP-USP. Docente do curso de Direito da UNOPAR Bandeirantes.

que o réu comece a cumprir pena de prisão, ainda que esteja recorrendo aos tribunais superiores.

De acordo com o artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, o Supremo Tribunal Federal tem como função a guarda da Magna Carta brasileira[94], entretanto o fato supracitado levantou uma série de discussões sobre a lealdade da Corte em guardar a Constituição. O princípio da presunção de inocência é uma garantia fundamental e se autodenomina cláusula pétrea.

O princípio de presunção de inocência, proclamado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, tem suas raízes na Declaração Universal dos Direitos Humanos artigo 11, que expressamente declara "Todos se presumem inocentes até que sobrevenha definitiva condenação judicial" [95]. Dessa forma nota-se que a decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 126.292, de autoria do Supremo Tribunal Federal, a qual autoriza a prisão do réu após a condenação em segundo grau de jurisdição, pode configurar um atentado à Constituição Federal em vigor.

O presente artigo buscará estabelecer de acordo com a visão da doutrina majoritária e do ordenamento jurídico, parâmetros que demonstrem a inconstitucionalidade do ato do STF, ou verificar a sua legitimidade, proporcionando uma embasada discussão quanto ao princípio de presunção de inocência.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O *Habeas Corpus* nº 126.292 foi impetrado contra decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu o pedido de liminar no *Habeas Corpus* nº 313.021/SP. Em breve síntese processual, o réu foi condenado a cumprir em regime inicial fechado a pena de 5 anos e 4 meses de reclusão por ter praticado crime de roubo majorado (artigo 157, 2º, I e II do CP), com direito de recorrer em liberdade. Não concordando com a sentença, a defesa apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso, determinando a expedição de mandado de prisão contra o condenado. Para evitar a reclusão do réu, a defesa impetrou, perante o Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* contra a ordem de prisão, apelação

[94] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Portal da Legislação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 10 jul 2016

[95] ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php Acesso em 29 dez. 2010

que foi indeferida, decidindo-se pela manutenção da sentença. Já em sede de apreciação do caso pelo Supremo Tribunal Federal, assentiu-se com um novo entendimento, em que prevaleceu a possibilidade de que o réu, condenado em segunda instância, já poder iniciar o cumprimento da pena.

A favor deste novo entendimento votaram os ministros Teori Zavascki (relator do *Habeas Corpus*), Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes; Posicionaram-se de maneira contrária a ministra Rosa Weber e os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Diante disso inicia-se a discussão para verificar a inconstitucionalidade da decisão, frente ao princípio da presunção de inocência[96].

O Estado Democrático de Direito pode ser considerado como a maior conquista da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, em vigor até hoje, a referida Carta Magna, também chamada de Constituição Cidadã fez florescer grandes normas e mudanças em todo ordenamento jurídico, na esfera processual penal, por exemplo, vê-se uma nova concepção do indivíduo acusado de cometer um crime[97]. Enquanto um direito fundamental é posto como declaratório no Diploma Constitucional, as garantias lá postuladas funcionam como dispositivos assecuratórios, sendo assim quando o legislador constitucional enuncia um direito assegurado configura-se como uma garantia inviolável.

No arcabouço jurídico brasileiro nota-se o Código de Processo Penal, com sua origem no ano de 1941, produzido em um cenário muito divergente do atual. Nesta via tem-se, então que, para a manutenção dos princípios constitucionais, faz-se necessária uma leitura hermenêutica norteada pela lei suprema da nação brasileira, no pressuposto de evitar a insurgência de contrassensos jurídicos, prova disso são as numerosas mudanças que se sobrepuseram ao diploma processual penal, com a revogação de alguns dispositivos e releitura de outros[98]. Outrossim, os direitos e garantias fundamentais constitucionais são assegurados ao homem, devendo sempre ser considerados na

[96] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 126.292**. Julgamento: 12 fev 2016. Publicado: 17 maio 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>. Acesso em 14 jul 2016.

[97] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Portal da Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 10 jul 2016

[98] BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Decreto-Lei nº 3.689.** 03 de outubro de 1941. Portal da Legislação. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 5 jul 2016.

interpretação dos dispositivos do Código Processual Penal, a fim de resguardar o devido processo legal e a segurança jurídica.

É conhecida no meio jurídico - e igualmente deveria ser entre todos os cidadãos - a importância das cláusulas pétreas, ou seja, os princípios constitucionais, que, por sua importância no ordenamento, não deverão ser abolidas. Haja vista a garantia constitucional de proteção do cidadão ante o arbítrio do Estado, protegendo sua liberdade através da égide da ampla defesa, contraditório, devido processo legal, sistema acusatório, juiz natural, publicidade, dentre tantos outros previstos no artigo 5º da Constituição Federal[99].

Neste sentido a doutrina de Oliveira:

> No extenso rol de direitos e garantias enumerados no artigo 5º da Constituição da República, há normas que instituem direitos subjetivos no plano material, (...) e outras que estabelecem garantias instrumentais de proteção àqueles direitos, como é o caso de inúmeros dispositivos de natureza processual ou procedimental que podem ser reunidos na cláusula do devido processo legal, cujo conteúdo é destinado à genérica proteção dos bens e da liberdade, dado que ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal.[100]

O Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 126.292 enuncia jurisprudência em que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação não viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Antes do referido *Habeas Corpus* o entendimento que prevalecia era que a presunção da inocência vigorava até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, agora, passou-se a ter o entendimento de que a presunção da inocência vigora até a confirmação da sentença condenatória em segunda instância.

Tomando como base os votos dos ministros que estiveram a favor desta decisão, nota-se que a intenção pretendida é de eficácia no combate à impunidade e à criminalidade, sendo que o princípio da presunção da inocência (ou da não culpabilidade) exaure-se com a confirmação da sentença penal condenatória em 2ª instância (e não

[99] GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira. **Diretrizes constitucionais aplicadas no âmbito do Direito Processual Penal**. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 278, 11 abr. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4993>. Acesso em: 20 jul. 2016.

[100] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica:** Na Tutela dos Direitos Fundamentais. 2. ed. ver. e Atual. Pag 147 - Rio de Janeiro: Lumen júris, 2009

quando do trânsito em julgado de sentença penal condenatória)[101]. No entanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal, desconsidera frontalmente o texto constitucional (artigo 5º, inc. LVII, da Constituição Federal) que diz: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".[102]

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, do qual é Brasil é signatário, traz, em seu artigo 8º, que: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade"[103]. Tal tratado Internacional foi diretamente violado quando o *Habeas Corpus* foi negado, pois há a impossibilidade de pendência de recursos e o princípio da presunção de inocência consubstancia-se, portanto, em que ninguém será considerado culpado até o final de todos os recursos.

Essa afirmação, consolidada no Pacto de San José da Costa Rica, também já foi objeto da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, no seu artigo 9° que diz: "Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário a guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei".[104] Este documento jurídico demonstra ampla relevância para esse estudo, considerando que se trata de uma das primeiras fontes dos Direitos Humanos, e que depois foi corroborado no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 11.

Essa decisão não guarda correspondência com o instituto das prisões provisórias e cautelares, pois, o princípio da presunção de inocência diz respeito apenas às prisões que se dão como cumprimento de pena antes de exauridos todos os recursos possíveis, ou seja, anteriormente ao trânsito em julgado. De acordo com Moraes:

> A consagração do princípio da presunção de inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo,

[101] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 126.292**. Julgamento: 12 fev 2016. Publicado: 17 maio 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>. Acesso em 14 jul 2016.

[102] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Portal da Legislação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 10 jul 2016

[103] BRASIL. **Decreto nº 678.** 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Portal da Legislação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 14 jul. 2016

[104] Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. 26. Ago. 1789.

> pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção da não-culpabilidade dos réus. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias e preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem transito em julgado. [105]

Da mesma forma, na opinião de Tavares:

> [...] Ao indivíduo é garantido o não tratamento como criminoso, salvo quando reconhecido pelo sistema jurídico como tal. Por tanto, a autoridade policial, carcerária, administrativa e outras não podem considerar culpado aquele que ainda não foi submetido a definitividade da ativação jurisdicional.[106]

Com base nisso, pode-se perceber que o texto constitucional foi claramente contrariado, pondo à prova a ação daquele que recebeu o título de guardiões da Constituição: o Supremo Tribunal Federal. Frise-se que tal entendimento não pode ser tido como regra, tendo em vista que, no início do mês de julho de 2016, o Ministro Celso de Mello, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 135.100, decidiu de forma contrária ao entendimento da Corte da qual faz parte. Em sua decisão, o magistrado concedeu a ordem de soltura imediata do réu, sem prejuízo para o caso de prisão cautelar:

> [...] defiro o pedido de medida liminar, para, até final julgamento desta ação de '*Habeas Corpus*', suspender, cautelarmente, a execução do mandado de prisão expedido contra o ora paciente na Apelação Criminal nº 1.0024.09.707833-1/004, do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, restando impossibilitada, em consequência, a efetivação da prisão de Leonardo Coutinho Rodrigues Cipriano em decorrência da condenação criminal que lhe foi imposta no Processo-crime nº 7078331-50.2009.8.13.0024 (1º Tribunal do Júri da comarca de Belo Horizonte/MG), sem prejuízo da manutenção das medidas cautelares diversas da prisão estabelecidas pelo magistrado de primeira instância. Caso o ora paciente já tenha sido preso em razão do decreto condenatório proferido nos autos do Processo-crime nº 7078331-50.2009.8.13.0024 (1º Tribunal do Júri da comarca de Belo Horizonte/MG), deverá ser ele posto imediatamente em liberdade, se por al não estiver preso[107].

Também em seu voto, no *Habeas Corpus* nº 126.292, o ministro Celso de Mello esteve contra a decisão da maioria dos membros da Corte e, já no início afirmou: "Registre-se, desde logo, [...], que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o

[105] MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2011

106TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

[107] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus nº* 135.100.292**. Publicado: 01 jul 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5003617>. Acesso em 14 jul 2016.

abuso de poder"[108]. Votaram no mesmo sentido de Mello, os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

A ministra Rosa Weber, ao proferir seu voto, faz referência ao ministro Eros Grau, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078, de onde se originou o posicionamento até então adotado por aquela Corte; ela afirma não estar de acordo com a mudança de entendimento.[109]

O que há de comum nos argumentos dos quatro ministros que votaram a favor da concessão do *Habeas Corpus* é a preocupação com o princípio da presunção de inocência proclamado pela Constituição Federal e, que na opinião deles, deve prevalecer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o que fora exposto até aqui, não sobra alternativa, senão ratificar que houve violação não somente à Constituição Federal, como também ao Pacto de San José da Costa Rica e à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse sentido permanece a dúvida: O quão efetiva é a guarda da Constituição exercida pelo Supremo Tribunal Federal? Permitindo-se, ainda, outros questionamentos: O quão efetivas são as cláusulas pétreas? Quantos outros direitos, arduamente conquistados pelos cidadãos brasileiros, serão resignados a partir de decisões como esta?

Há que se refletir que, na hipótese de execução provisória da pena confirmada em segunda instância, não haverá maneira de restituir ao réu, que venha ser inocentado em última instância, a liberdade referente ao período em que esteve preso injustamente, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito que prevê, como cláusula pétrea, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[108] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 126.292**. Julgamento: 12 fev 2016. Publicado: 17 maio 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>. Acesso em 14 jul 2016.

[109] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 126.292**. Julgamento: 12 fev 2016. Publicado: 17 maio 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>. Acesso em 14 jul 2016.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Decreto-Lei nº 3.689.** 03 de outubro de 1941. Portal da Legislação. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 5 jul 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Portal da Legislação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 10 jul 2016

BRASIL. **Decreto nº 678**. 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Portal da Legislação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 14 jul 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 126.292**. Julgamento: 12 fev 2016. Publicado: 17 maio 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>. Acesso em 14 jul 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* nº 135.100.292**. Publicado: 01 jul 2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5003617>. Acesso em 14 jul 2016.

DECLARAÇÃO FRANCESA DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 26. Ago. 1789.

GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira. **Diretrizes constitucionais aplicadas no âmbito do Direito Processual Penal**. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 278, 11 abr. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4993>. Acesso em: 20 jul. 2016.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica:** Na Tutela dos Direitos Fundamentais. 2. ed. ver. e Atual. Pag 147 - Rio de Janeiro: Lumen júris, 2009

ONU. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php Acesso em 29 dez. 2010

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2011.

Capítulo V

A DIFICULDADE DE RESSOCIALIZACÃO DO DETENTO NO ATUAL SISTEMA PRISIONAL E A PROBLEMÁTICA DA REINCIDÊNCIA.

Thiago MALUF[110]
Rodolfo Ignácio ALICEDA[111]

RESUMO: Numa busca da origem dos problemas vividos no nosso atual sistema prisional, e na tentativa de entender as causas da reincidência no crime foi realizado este estudo. O estudo apresenta a ausência da dignidade da pessoa humana nos presídios brasileiros infringindo o art. 1º, III, da Constituição Federal e em outros diversos incisos do art. 5º. Buscaram-se métodos alternativos já vigentes e que funcionam exemplos deste são: As penitenciárias agrícolas e industriais, o sistema APAC, e a influenciada religião fatores que tem resultados reais na ressocialização e uma taxa de reincidência extremamente menor a dos presídios e institutos prisionais estaduais.

PALAVRA-CHAVE: Sistema Carcerário. Abuso de poder. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos fundamentais .Falência do sistema.

INTRODUCÃO

O presente trabalho expõe a situação do cárcere brasileiro e faz uma busca na origem dos problemas atuais, visto que em maioria o cárcere é um ambiente onde não existe vida digna, além de ser insalubre, superlotado, e desprotegido, ferindo assim os princípios da dignidade da pessoa humana.

[110] Discente do 3º ANO do curso de Direito do Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente E-mail: maluf.thi@gmail.com. Pesquisador Voluntário do grupo de pesquisa "Estado, Direito e Sociedade", do Centro Universitário Toledo, coordenado pelo Professor Caíque Tomaz Leite da Silva.
[111] Discente do curso de Pós-Graduação em direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. E-mail: rodolfo_aliceda@hotmail.com. Advogado e Pesquisador do direito.

Usando-se do método histórico e dedutivo discorreu-se sobre os problemas enfrentados pelos presos nos presídios.

Na maioria das vezes, por culpa do ambiente insalubre e da falta de dignidade, a função essencial do cárcere que, segundo art.10 da Constituição Federal (1988), é prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade não é alcançada, visto que o retorno à vida do crime é a realidade da maioria dos libertos.

No segundo capítulo discorreu-se sobre a dignidade da pessoa humana, que alcança à todos, sem distinção. Tendo em vista sua fundamental importância para o desenvolvimento saudável de uma sociedade e do ser humano, a dignidade do preso deve ser sempre preservada.

Visou-se também mostrar as saídas já existentes com eficácia comprovada e demonstrar que todas elas trazem consigo características em comum como o tratamento humano do encarcerado, sua valorização, o treinamento e ensinamento de funções para que o indivíduo consiga, ao retornar para a sociedade, ter uma nova vida ativa.

1 OBJETIVOS DO DIREITO PENAL

Entendermos sucintamente alguns dos objetivos do direito penal pela história é importante para elucidar o problema apresentado pelo presente trabalho.

Houveram muitas mudanças nas ideias do direito penal durante os tempos, que incialmente eram vistas como uma forma de vingança divina para os atos dos seres vivos crentes na existência de uma força maior que punia os seres humanos.

Explica Júlio Fabrini Mirabete e Renato N. Fabrini (2011, p.15):

> Nos grupos sociais dessa era, envoltos em ambiente mágico (vedas) e religioso, a peste, a seca e todos os fenômenos naturais maléficos eram tidos como resultantes das forças divinas (“totem”) encolerizadas pela pratica de fatos que exigiam reparação. Para aplacar a ira dos deuses, criaram-se series de proibições (religiosas, sociais e políticas), conhecidas por “tabu”, que não obedecidas, acarretavam castigos.

Após a evolução deste período surgiram as teorias da vingança penal, onde toda a sociedade compreendia que após o cometimento de um ato considerado como ilícito, para aquela população, poderia haver uma repressão física causada pelo próprio ofendido, por seus familiares ou até pela sociedade em si, contra o ofensor, seus familiares e grupos de convivência, como modo de punição.

É nesta fase que surgiu a lei de talião, onde se previa que a reação da ofensa deve ser equivalente à lesão que a ofensa causa.

Descreve Júlio Fabrini Mirabete e Renato N. Fabrini (2011, p.16)

> Na denominada fase da vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo.
> [...] Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge o talião (de Talis = tal), que limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por lho, dente por dente). Adotado no Código de Hamurabi (Babilônia), no êxodo (povo hebraico) e na lei das XII Tabuas (Roma), foi ele um avanço na história do Direito Penal por reduzir a abrangência da ação punitiva.

Já, quando a sociedade romana começou a dominar as ideias e direitos proferidos pela sociedade européia, a ideia de vingança divina e vingança privada foi vencida pela teoria de que o crime deve ser defendido pelo Estado e não pela população.

Desta forma, torna-se claro que a paz social depende exclusivamente do Estado, e este deve ser forte.

Continua a explicação Júlio Fabrini Mirabete e Renato N. Fabrini (2011, .p17)

> Finalmente, a pena torna-se, em regra, pública. As sanções são mitigadas, e é praticamente abolida a pena de morte, substituída pelo êxito e pela deportação (interdictio acquae et igni).

Atualmente, após a eclosão da ideia iluminista pelo mundo iniciou-se o poder humanitário do direito penal.

Este modo de observar o direito penal preserva a humanidade acima de todos os valores morais, tornando o delinquente um senhor de direitos que todos os outros homens também possuem, proprietários do direito à dignidade humana.

Julio Fabrini Mirabete e Renato N. Fabrini. (2011, p.18)

> [...] É neste momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os do fundamento do direito de punir e da legitimidade das penas.

É neste momento que a dignidade da pessoa humana se torna o núcleo de existir do direito penal, pensando em modos de socializar o delinquente.

O objetivo do direito penal, portanto, é tentar dar uma resposta para a sociedade sobre os crimes que ocorrem, tirando a tutela do indivíduo e tomando para si o direito de punir.

a. Movimento da Lei e Ordem.

Este movimento tem como prisma o de tornar os dados e conhecimentos sobre o crime uma forma de encontrar alternativas para combate-lo.

Esta teoria defende que o crime deve ser combatido com toda a força possível do Estado, ainda que respeitando os direitos inerentes ao homem.

O rigorismo e a força nas penas cominadas são percebidos como a única solução para os crimes mais graves.

A grande mídia divulgando a gravidade de alguns crimes fez com que o sentimento de vítima das pessoasaumente, surgindo a necessidade de uma maneira mais abrupta de reaprender o crime.

Raul Cervini explica (1994, p.36)

> Um dos princípios do "Movimento de Lei e Ordem" separa a sociedade em dois grupos: o primeiro, composto de pessoas de bem, merecedoras de proteção legal; o segundo, de homens maus, os delinquentes, aos quais se endereça toda a rudeza e severidade da lei penal. Adotando essas regras, o Projeto Alternativo alemão de 1966 dizia que a pena criminal era "uma amarga necessidade numa comunidade de seres imperfeitos". É o que está acontecendo no Brasil. Cristalizou-se o pensamento de que o Direito Penal pode resolver todos os males que afligem os homens bons, exigindo-se a definição de novos delitos e o agravamento das penas cominadas aos já descritos, tendo como destinatários os homens maus (criminosos). Para tanto, os meios de comunicação tiveram grande influência.

Desta forma, nos Estado Unidos, da década de 70 surgiu a ideia de repressão máxima e alargamento das leis criminais.

Escreve Ivo Rezende Aragão (s.d.)

> Na década de 70 (setenta) nos Estados Unidos ganhou amplitude até hodiernamente, com a ideia de repressão máxima e alargamento de leis incriminadoras.
> [...] Essa doutrina sofreu uma ramificação, em meado de 1991, e ficou conhecida também como Tolerância Zero. Originou-se em Nova York, no governo do então prefeito Rudolph Giuliani, e assim como o Movimento de Lei e Ordem é também político-criminal.

Em síntese, essa teoria adota o peso da lei para diminuir a incidência de crimes, penalizando fortemente o delinquente de grandes e de pequenos delitos, como forma de buscar uma sociedade mais tranquila.

b. Movimento da Política Criminal Alternativa.

Da mesma maneira que existem as teorias que acreditam que para o direito penal funcionar plenamente ele deve ser extremo, existem teorias que defendem que meios alternativos para executar uma pena podem ter um resultado muito melhor do que a força do endurecimento penal.

É neste segundo grupo que se encaixa o movimento da política criminal alternativa.

Escreve Reinaldo Santos de Almeida Junior. (2011, p.124)

> A proposta de direito penal mínimo do programa de política criminal alternativa tem por objetivo reduzir o Direito Penal e humanizar o sistema penal, como tarefa tática necessária dirigida ao objetivo estratégico final de abolição do sistema penal, por meio da transformação social revolucionária.

A busca por uma socialização do criminoso, o tratamento mais digno e uma forma de reinserir o apenado no mercado de trabalho são algumas das propostas deste movimento. A justiça restaurativa é uma das ramificações deste pensamento, bem como a teoria do abolicionismo e o minimalismo criminal.

Explica sobre a justiça restaurativa Maiara Batista Dourado (s.d.)

> A Justiça Restaurativa surge para o Direito sob uma perspectiva mais "humanista" no enfrentamento ao crime, revelando-se um sistema mais flexível, voltado para a reparação e que objetiva a pacificação social, bem como preocupa-se com a responsabilização daquele que cometeu ações que causaram danos. Reconhecendo a diversidade teórica e prática da justiça restaurativa, apresenta-se aqui a definição do termo feita por Claudia Santos, para quem.

2 OS PRIMEIROS SISTEMAS PENITENCIARIOS.

Do início da escola clássica para o inicio da escola positiva transcorrem 100 anos, não bastando, no referido lapso temporal, desenvolveu-se vasta doutrina sobre o crime mas a pratica de se punir realmente foi esquecida a prisão.

A prisão ganhou e continuo ganhando espaço no arsenal punitivo do estado, neste sentido devemos tomar como base de estudo os Estados Unidos da América, vez que neste país, enquanto a Europa tinha como foco o debate sobre a concepção do crime, os Estados Unidos, faziam experimentos penitenciários que serviram como base para o resto do mundo e os atuais sistemas conhecidos, como por exemplo o sistema de progressão de regime. Escreve BITENCOUT (1993, P.59), que a prisão é um invento norte americano.

Na época os Estado Unidos era um verdadeiro laboratório acerca do sistema penitenciário, experimentos, testes, presos como objetos da administração pública.

Nasce com o *Sistema Pensilvânico*, criado em 1681 ela tinha como objetivo atenuar a dureza da legislação penal inglesa. A cominação da pena de morte foi limitada ao crime de homicídio e também foram substituídas as penas de castigos físicos e de mutilações pelas penas privativas de liberdade e de trabalhos forçados, que no decorrer do tempo vieram finalmente a ser abolidos, persistindo então apenas a do encarceramento.

O sistema pensilvânico tinha como característica fundamental o isolamento do preso em uma cela, a oração e a abstinência total de bebidas alcoólicas. Tinha uma forte fundamentação teológica, era conhecido pelo (silent system).

Mais tarde em Nova York, para ser mais exato, após a construção da prisão de Auburn, daí a derivação do nome dado a este sistema, numa necessidade de adaptação e também de reforma do sistema que vigente na época, surge o *Sistema Auburniano*, onde os prisioneiros eram divididos em categorias, sendo que aqueles que possuíam um potencial maior de recuperação somente eram isolados durante o período noturno, sendo lhes permitidos trabalharem juntos durante o dia. Vigora aqui não somente a necessidade de reforma do sistema pensilvânico, mas também os interesses econômicos da época, vez que os detentos aqui eram utilizados como mão de obra barata, surge uma adaptação da mão de obra ao capitalismo.

Adoção do sistema conhecido como progressivo, nasce de um sistema onde se tinha consolidado a pena privativa de liberdade, reduzindo drasticamente o rigor excessivo desta. A essência consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, onde cada um deles possuía privilégios que o recluso poderia desfrutar, de

acordo com sua conduta (boa) e do avanço pelo tratamento reformador. Dessa essência surgem diversas vertentes que se aperfeiçoam e evoluem. Sistema Progressivo Inglês, Sistema Progressivo Irlandês e por último o Sistema Progressivo Espanhol.

O Sistema Progressivo Inglês, basicamente se dava com marcas, por isso ficou conhecido como "mark system", por isso, quando atingidas as marcas de acordo, claramente, a gravidade do delito que o indivíduo cometeu, ele progredia de regime.

O Sistema Progressivo Irlandês, compartilhava da mesma ideologia do inglês, tendo como única diferença uma fase intermediária entre o período de trabalho do condenado e o de liberdade condicional, nesse período o preso desenvolvia trabalhos ao ar livre e retornava a penitenciária somente para passar a noite, podendo assim se comunicar com a população e até mesmo receber parcela da remuneração pelo trabalho desempenhado.

Paralelo ao desenvolvimento dos demais sistemas surge na Espanha o *Sistema Progressivo Espanhol*, não era diferente ao sistema progressivo irlandês no entanto tratava os presos na base da legalidade, ou seja, defendia a dignidade e proibia qualquer meio de tratamento violento ao detento.

Ocorre que independentemente do sistema a ser tratado uma coisa é certa, todos nasceram sem base longe da base cientifica e fundamentado no sistema norte-americano, que pregam erroneamente a ressocialização do indivíduo perante a sociedade, o que não é verdade, sendo que a verdadeira função dos sistemas prisionais logo aparece, a exclusão.

Ora, a pratica penitenciaria não nasceu da base cientifica e sim de experiências com seres humanos. Tratando-se de experiências e partindo da lógica de que quando não funcionam carecem de reformas ou devem ser abandonadas, surge a questão se já não teria chegado a hora para tomar uma dessas decisões.

3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O problema no atual cárcere brasileiro, ou seja, no sistema prisional do Brasil não é novo, mas vem se agravando nos últimos anos. As denúncias das violações ocorridas nos presídios são originárias de uma evolução na busca de efetivação dos direitos humanos ou direitos fundamentais, com denúncias feitas pela Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público e Organizações Não Governamentais, bem

como os veículos de comunicação de massa, a chama imprensa que por vezes denuncia as situações mais graves.

No entanto, na época do Império, o cárcere era responsabilidade municipal, porém nem mesmo São Paulo, que era uma cidade desenvolvida, possuía um local para a restrição da liberdade em caso de delitos, os presos então cumpriam pena em casas adaptadas, sem condição de higiene e segurança.

A superpopulação já era um problema grave, visto que as cidades do interior não dispunham se quer de instalações semelhantes, assim os presos eram encaminhados para cumprir pena na capital, o cárcere não tinha nessa época a função de ressocializar o indivíduo, mas sim de retirá-lo do convívio social, não havendo assim qualquer preocupação em oferecer condições dignas aos presos.

Mais tarde em 1787 surgiu a primeira cadeia edificada especificamente para esse fim, mas os problemas continuavam os mesmos e essa realidade seguiu até o século XX quando foi inaugurada a Penitenciária do Estado com a nova postura de reintegrar os condenados, no qual existem.[112]

Para Dráuzio Varella (2012, p. 39):

> As condições das carceragens das delegacias, cadeias públicas, e da maioria dos presídios brasileiros da segunda metade do século passado não eram muito melhores que as das prisões de duzentos anos atrás.

Nota-se claramente que a falta de humanidade, os ambientes superlotados e desestruturados já existiam no passado podemos fazer assim uma ponte histórica para tentar explicar os problemas no sistema prisional brasileiro atual onde a problemática ainda é registrada. No Brasil, a população carcerária cresce e o número de estabelecimentos prisionais não acompanha esse ritmo, por falta de políticas públicas nesse sentido.

4 A CRISE DO ATUAL SISTEMA.

Devemos partir do preceito que se tornou um mito na sociedade brasileira que a cadeia é a saída para todos os problemas criminais. É costumeiro surgir um problema na

[112] *Veja o posicionamento de Fernando Salla, pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP), sobre o "Sistema Carcerário no passado"em SALLA,Fernando ;As prisões em São Paulo: 1822-1940 . São Paulo: Annablume/Fapesp, 1999.*

sociedade e a solução mais visada ser a incriminação, devemos abrir a cabeça e esquecermos da frase clichê de que lugar de bandido é na cadeia.[113] As penitenciarias estão superlotadas segundo o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) há quase 500 mil pessoas nas penitenciárias e cadeias brasileiras, que têm capacidade para menos de 300 mil[114], além de que o sistema não cumpre sua devida função notamos isso nas elevadas taxas de reincidência criminal a cada dez presos sete retornam a vida do crime, taxa de 70%[115].

A necessidade de redução da população carcerária é gritante, senão houver a redução que haja a utilização de métodos realmente funcionais, e que de maneira efetiva ressocializem, e reincluam, os que já pagaram com a restrição de sua liberdade por suas infrações, na sociedade. Se é que podemos falar em reincluir visto que muitos que se tornaram criminosos não tiveram sequer a chance de inclusão como oportunidade de emprego, de uma boa formação educacional. Os direitos fundamentais destes certamente foram feridos, mesmo quando eram livres por dependerem da tutela do estado que lhes conferiu péssima educação, saúde, e segurança.

5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Observa-se que no decorrer do tempo, surge um movimento denominado a Nova Defesa Social ou Novíssima Defesa Social, como denominava Roberto Lyra, é um movimento com traços de uma política criminal humanista, na busca de um Direito Penal de caráter preventivo e protetor da dignidade humana. A Dignidade da pessoa humana é um dispositivo presente na Constituição Federal art 1°, III, que alcança todas as pessoas inclusive aquelas que estão sem o chamado "status libertatis", ou seja, aqueles que estão cumprindo suas penas por delitos cometidos. Trata-se de um chamado supra-princípio que é a razão de ser do ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito. A vida digna é um direito tratado por alguns doutrinadores como superior e por outros como o principal direito fundamental, tem a função de proteger o homem enquanto ser humano,"é o princípio moral de que o ser humano deve ser tratado como um fim e nunca como um meio"(DINIZ, 1998 , p.120) é um direito essencial e fundamental.

[113] *Ideia internalizada após a leitura de VARELLA, Drauzio. CARCEREIROS.*
[114] *http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18527-ipea-pesquisara-reincidencia-criminal-no-brasil*
[115] *http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014*

Para Immanuel Kant nenhum ser humano pode alguma vez ser tratado como simples meio, pois é fim em si mesmo; as coisas são meios e, por isso, têm um preço - o homem, porque é fim, não tem preço, mas dignidade.

É uma informação de conhecimento popular, pois os veículos divulgam as condições precárias e o número superior de pessoas presas em locais apertados. Em termos da efetivação de direito e na busca de recolocar o preso de novo na sociedade, pode-se afirmar então que os presídios são um "fracasso" no tocante à estrutura e não seguem as normas asseguradas aos presos pela Constituição como por exemplo o art 5° XLIX, onde é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, porém é fato a existência de agressões e mortes sem esclarecimento dentro dos presídios.

Há nos presídios a falta de espaço, higiene, alimentação adequada e saúde todas ferindo a dignidade da pessoa humana, talvez isso ocorra, pois, como escreve BECCARIA (200, p.24) :A prisão, entre nós, é antes de tudo um meio de deter e manter afastado da sociedade e não um meio de ressocializar o infrator.

Se o direito à dignidade é um direito essencial, fundamental, intransferível e inestimável, o indivíduo ainda que tenha sua liberdade privada o tem independente da gravidade de seu delito, uma efetiva proteção do Estado para pagar sua pena em condições humanas. O preso ainda é ser humano e deve ser tratado como tal, pois a democracia brasileira, em tese, tem de buscas a sua colocação de novo na sociedade, como um direito fundamental inclusive.

A mudança nesse quadro lastimável que existe em nossos presídios é crucial para que realmente haja a ressocialização pois o que vemos nos dias atuais é um modelo falho e abandonado, onde, o presidiário, recebe um tratamento desumano.

Nesta perspectiva, da dignidade da pessoa humana, vemos que qualquer pessoa tem o direito a uma vida digna com os tratamentos mínimos necessários para a vida de um ser humano, deve assim o Estado reconhecer os problemas e proporcionar condições humanas de habitação dentro dos presídios brasileiros, impedindo que seja ofendida ou humilhada a ideia tão importante e vigente nos dias atuais da dignidade da pessoa humana.

6 A PROBLEMATICA DA REINCIDÊNCIA

A reincidência é um fenômeno jurídico e social bastante frequente nos países, tanto os mais desenvolvidos, como os em desenvolvimento como o Brasil.

Podemos tratar através de duas hipóteses: ausência de agentes punidores (uma vez livre do cárcere) e a da privação social imposta (alimento, emprego, lazer, moradia, entre outros). Ambas contribuem para a ação da reincidência.[116]

Além da ausência de agentes punidores e da privação social que lhes é imposta deve-se considerar o tratamento do indivíduo ainda no cárcere, pois o sistema prisional mesmo com o discurso típico de reincluir visa apenas excluir temporariamente o indivíduo da sociedade em condições desumanas, deixando-o sem qualquer estrutura básica para se inserir uma nova vida na sociedade, a mercê.

A reincidência pode também ser vista como o indivíduo reagindo a violência sofrida dentro dos presídios ou a maneira que encontra para alcançar as metas impostas segundo Robert Merton[117] já que a maioria dos empregos formais se nega a aceitar egressos do sistema penitenciário e o Serviço Público de atendimento a egressos consegue atender parcela mínima, não tendo escolha muitos optam pelo retorno a vida do crime.

7 MÉTODOS ALTERNATIVOS E EFICIÊNTES

Métodos alternativos ou funcionais de ressocialização e o porquê da sua eficácia. Pensemos se o Estado não prestou o auxílio necessário quando ainda existia a liberdade, que tal agora quando houve a privação desta o Estado realmente interferir e dar o suporte necessário para socializar e inserir o detento novamente na sociedade? É o que vem acontecendo nas prisões agrícolas e indústrias os que ali estão são socializados e preparados para que quando sua pena for cumprida ele esteja apto a realizar algum tipo de tarefa em sociedade, temos também programas particulares que recebem ajuda financeira do governo como a APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) sigla que dá nome às unidades que adotam um método baseado na corresponsabilidade dos detentos pela sua recuperação elas possuem assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica, das comunidades onde se situam e tem

[116] *http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_02/vol1no2art1.pdf*
[117] *MODO INOVADOR segundo ROBERT MERTON E A TEORIA DA ANOMIA é: Buscar seus objetivos culturalmente definidos(metas) – riqueza, poder – por outros meios, geralmente ilegais.*

comprovada a eficiência, visto que o índice de reincidência de 70% nos presídios estaduais cai para 15% nos detentos recuperados pela APAC.

Segundo matéria oficial do CNJ sobre a eficiência dos métodos APAC temos a seguinte descrição da metodologia:

> O método APAC é composto por 12 elementos: participação da comunidade; ajuda mútua entre recuperandos; trabalho; religião; assistência jurídica; assistência à saúde; valorização humana; família; formação de voluntários; implantação de centros de reintegração social; observação minuciosa do comportamento do recuperando, para fins de progressão do regime penal; e a Jornada de Libertação com Cristo, considerada o ponto alto da metodologia e que consiste em palestras, meditações e testemunho dos recuperandos. [118]

Temos ainda dentro do próprio sistema carcerário estadual, agentes de socialização que dão formação moral e humana para que o preso não reincida na vida do crime, como a religião que ajuda nessa formação.

Além da metodologia APAC, temos ainda os Centros de Ressocialização, em maioria o cárcere é um ambiente onde não existe vida digna, além de ser insalubre, superlotado, e desprotegido, ferindo assim os princípios da dignidade da pessoa humana, já o CR como irei me referir ao Centro de Ressocialização é totalmente oposto fugindo totalmente da realidade brasileira que pune com o intuito de retirar o indivíduo da sociedade o CR desenvolve o real papel do sistema carcerário que é a ressocialização do indivíduo.

Por isso, usando o método histórico e dedutivo discorreu-se sobre os problemas enfrentados pelos presos nos presídios e sobre o que é o CR no atual sistema (uma rosa no deserto). Na maioria das vezes por culpa do ambiente e da falta de dignidade, a função essencial do cárcere que segundo art.10, da Constituição Federal, é prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade não é alcançada, visto que o retorno à vida do crime é a realidade da maioria dos libertos diferente do CR que vai na contramão do sistema atual. Discorreu-se sobre a dignidade da pessoa humana, que alcança à todos sem distinção.

O preso deve receber um tratamento digno na sua detenção, a fim de que possa ressocializar, depois foi relatada a visita ao CR e sua efetividade.

Temos ainda os presos que aderem aos seguimentos religiosos passam a não cometerem mais atos de violência e se tornarem "pessoas de bem" talvez para

[118] *http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17953-metodo-apac-reduz-reincidencia-criminal*

explicarmos a funcionalidade das religiões dentro do cárcere devemos olhar para a Bíblia, a exemplo do que está no livro de Atos 2:14-40:

> [...] o povo lhe disse a ele e aos outros apóstolos: Irmãos, que devemos fazer? E Pedro respondeu: Cada um deve arrepender-se do seu pecado, converter-se a Deus e ser batizado em nome de Jesus Cristo, para perdão dos pecados. E então receberão também este dom do Espírito Santo[119]

Os detentos vêm na religião uma maneira de sair do estado de pecado que se encontram, necessitando reconciliarem-se com Deus para uma nova vida, consequentemente, novas atitudes e mudança de comportamento. No entanto, o Estado precisa criar mecanismos para poder colocar essa pessoa para trabalhar e continuar a assegurar uma vida digna.

CONCLUSÃO.

O presente trabalho buscou entender e explicar sucintamente alguns dos problemas de ressocialização enfrentados pelas pessoas que vivenciam o cárcere.

Após muitas evoluções históricas sobre o entendimento de pena, e consequentemente do direito penal, a sociedade começou a perceber que não adianta retribuir para o ser delinquente as mesmas dores que ele causou com sua ação.

A teoria humanitária defende uma dignidade ao ser humano, inclusive no que tange as penas aplicadas às pessoas que transgridam a lei, por assim ser, é importante que o Estado pense em maneiras distintas de conseguir voltar o ser criminoso para o convívio em sociedade.

Desta forma, os meios alternativos de pena como as prisões agrícolas e industriais são de extrema importância e veem demonstrando resultados satisfatórios.

O criminoso começa a receber nas mencionadas instituições maneiras de poder voltar ao convívio normal da sociedade, aprendendo um oficio e podendo perceber que há maneiras diversas de conseguir o resultado almejado diferentes do crime.

É um dos objetivos do direito penal dar uma resposta para a sociedade sobre os crimes cometidos, e esta resposta só será realmente satisfatória para a sociedade se as pessoas que cometem crimes pararem de comete-los e se adequarem ao convívio social pacifico.

[119] *http://www.biblegateway.com/passage/?search=Atos%202&version=OL*

Assim sendo, os meios comuns de punição para os criminosos não estão sendo satisfatórios quando o ponto é a reforma de seu caráter e a possibilidade de novas oportunidades em sua vida.

Portanto, a manutenção e a inserção de novos meios de apenamento para os delinquentes se mostram como uma possibilidade de buscar a verdadeira paz social que o direito penal nasceu para exercer, educando e possibilitando uma nova vida para as pessoas que transgridem a lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Ivo Rezende. *Movimento da Lei e Ordem: sua relação com a lei dos crimes hediondos.* < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7938 > Aessado em 20 de julho de 2016

BECCARIA, Cesare; *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2000. 7ª Edição.

COSTA, José Faria *apud* FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e Criminalidade dos Poderosos, in Temas de Direito Penal Econômico.* Podval, Roberto, Org., São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 260/261

DINIZ, Maria Helena; *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. Vol.

DOURADO, Maiara Batista. *Política Criminal e Justiça Restaurativa*. < http://conteudojuridico.com.br/artigo,politica-criminal-e-justica-restaurativa,56108.html> Acessado em 20 de julho de 2016.

FOUCAULT, Michel; *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 39. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

JUNIOR, Reinaldo Santos de Almeida. *A política criminal alternativa: a proteção libertária de bens jurídicos na vida concreta da América Latina*< http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26830/Dissertacao.pdf?sequence=1> Acessado em 20 de julho de 2016.

KANT, Imanuel; *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.* Tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

MIRABETE, Julio Fabrini E FABRINI, Renato N. *Manual de direito Penal volume I.* 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011

Raul Cervini, Incidencia de la "mass media" en la expansión del control penal en Latinoamérica, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, 5: 36)

SALLA, Fernando; As *prisões em São Paulo: 1822-1940* . São Paulo: Annablume/Fapesp, 1999.

VARELLA, Dráuzio*; Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. *Carcereiros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

Capítulo VI

A FUNCÃO SOCIAL DA PENA À LUZ DO PROGRAMA PATRONATO MUNICIPAL

LUCYELLEN ROBERTA DIAS GARCIA[120]
MATHEUS CONDE PIRES [121]
MATHEUS CAMPOS ZURLO[122]

RESUMO: O presente artigo busca a reflexão acerca da aplicação da pena, de modo a inferir se a mesma, de fato, atende a sua função social, qual seja, a ressocialização do indivíduo que cometeu um crime. Neste contexto, parte-se de uma análise acerca das teorias que ao longo da histórica buscaram-se delinear a real finalidade da pena, considerando os seus diferentes momentos em que foram formuladas, e a forma pelo qual o Estado se valia da reprimenda penal para apresentar uma resposta proporcional e justa à sociedade. Atualmente, sabe-se que o ordenamento jurídico pátrio reconhece o caráter social da pena, estabelecendo sua dupla finalidade, qual seja retributiva e preventiva. Não obstante, torna-se imperioso refletir acerca do efetivo cumprimento da finalidade ressocializadora da pena. O presente estudo demonstra que ao contrário do que se percebe no regime fechado, o Estado tem demonstrado atingir soluções para a problemática quando se trata da aplicação de penas alternativas em meio aberto. A instituição do Patronato Municipal, órgão este de execução penal atuante no meio aberto é um claro exemplo de mudanças promovidas no âmbito penal buscando efetivar o caráter ressocializador da pena, na medida em que além do Estado retribuir pelo injusto praticado, ainda apresenta condições para que o assistido reflita acerca do seu comportamento e entenda a real necessidade de se promover a sua inclusão social no meio em que vive.

PALAVRAS- CHAVES: função social; pena; ressocialização; inclusão social; prevenção.

[120] Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, campus de Jacarezinho/PR. Professora de Direito Ambiental e Agrário nos cursos de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Orientadora da área de Direito do Projeto Patronato Municipal de Jacarezinho.
[121]Acadêmico do 3º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Estagiário bolsista do Projeto Patronato Municipal de Jacarezinho (estagiário na área de Direito).
[122] Acadêmico do 1º ano do Curso de Administração da Faculdade do Norte Pioneiro (FANORPI). Bolsista do Projeto Patronato Municipal de Jacarezinho (profissional na área de Direito)

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva percorrer uma análise acerca do panorama normativo das penas no Brasil, bem como a verdadeira função que esta possui com sua responsabilidade perante a sociedade e o delinquente. Para tanto, parte-se de uma análise acerca do papel realizado pelos Patronatos Municipais do Estado do Paraná, programa este implementado pelo Governo Estadual do Paraná, em parceria com a Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direito Humanos – SEJU, que busca a promoção social dos indivíduos afastados do convívio social, através do acompanhamento da aplicação de penas alternativas indicadas pelo Juízo, e de subprogramas específicos direcionados à modalidade de delito praticado.

Em um primeiro momento, busca-se compreender o caminhar histórico das penas ao longo do processo de sua significação e definição de fins e objetivos. Após, pretende-se analisar as modalidades de penas existentes no atual ordenamento jurídico pátrio, passando-se, na sequência a perscrutar a finalidade social da reprimenda penal. Por fim, apresenta-se como modelo de atuação do Estado na busca do cumprimento da função social da pena, o trabalho desenvolvido pelo Patronato Municipal, órgão este de execução penal que se direciona à fiscalização das penas alternativas aplicadas em meio aberto.

O Patronato Municipal tem como perspectiva a reintegração do assistido respeitando sua condição humana, bem como a promoção da garantia da cidadania de seus direitos, englobando todos e quaisquer aspectos que os envolvem; os programas desenvolvidos no seu âmbito direcionam sua atuação na reflexão do assistido acerca das consequências de seu comportamento.

Justifica-se o estudo apresentado na necessidade de se demonstrar as alternativas de que se tem valido o Poder Público no sentido de buscar a efetivação da função social da pena, desmistificando a ideia já adotada pela sociedade de que o delinquente não tem recuperação e que, portanto, deve ficar segregado e distante de qualquer contato com o meio externo. Como resposta, o Patronato Municipal tem desempenhado relevante papel de transformação e mudança de paradigmas, atuando no processo de mudança de comportamento tanto do assistido, como da sociedade que futuramente o acolherá.

Em suma, o estudo apresentado apresenta uma abordagem a partir do método interpretativo, onde procedeu-se uma análise e exegese de textos a partir de uma revisão bibliográfica de livros e artigos disponíveis em meio físico e digital.

1 A PENA E AS TEORIAS HISTORICAMENTE ESTABELECIDAS PARA JUSTIFICAR OS SEUS FINS.

A análise da evolução histórica das penas impõe, de imediato, a compreensão do caminho percorrido pelo Direito Penal para regularizar a vida em sociedade, assim como as formas de punição então marcadas por diferentes períodos para castigar os indivíduos que não seguiam as regras de uma determinada sociedade.

Neste aspecto, não se pode perder de vista que um dos maiores desafios do Direito Penal, certamente é proteger valores e bens jurídicos fundamentais da vida comunitária e garantir a paz jurídica em sua plenitude.

Para que se possa entender o significado da pena é necessário que se faça uma reflexão acerca do próprio Direito Penal. Isso se justifica porque este importante ramo da ciência jurídica é necessário à sociedade como uma forma de sistematizar a aplicação da punição àqueles que não seguem as "regras" de uma determinada sociedade.

Destaca-se, ainda, como de fundamental importância para a compreensão da evolução das pena e a sistemática do *jus puniendi*, a análise das teorias da pena, suas peculiaridades, características e aplicabilidade nos diferentes contextos sociais que se insere. É através desse processo de transformação e superação de paradigmas que a sociedade passa a entender o real significado do pena e seu caráter ressocializador.

A pena é tida como a mais importante das consequências jurídicas do delito, consistindo na privação ou restrições de bens jurídicos, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes em face do indivíduo que comete uma infração penal (PRADO, 2009, p.488).

As teorias da pena introduzem no universo jurídico opiniões científicas diversas sobre a pena, buscando demonstrar os fins e objetivos que as lastreiam. De um lado, as teorias absolutas, ligadas essencialmente às doutrinas da retribuição ou da expiação; e de outro lado, as teorias relativas, que se analisam em dois grupos de doutrinas (as doutrinas da prevenção geral e as doutrinas da prevenção especial ou individual). E por fim, as teorias mistas ou unificadoras.

1.1 TEORIAS ABSOLUTISTAS OU RETRIBUTIVAS

As teorias absolutistas/retributivas têm origem no idealismo alemão, e fundamentam a existência da pena pela simples prática do delito. O fim perseguido pela da pena exaure-se na mera retribuição, como forma de compensar o mal causado pelo crime (PRADO, 2009, p.489).

Nessa perspectiva, as teorias pertencentes ao grupo absolutista fundamentam a sanção penal na ideia de que a mesma é necessária como forma de promover a justiça, punindo o infrator pelo mal injusto praticado.

Segundo a teoria de Kant, que se alia à ótica absolutista, o castigo, a reprimenda penal compensa o mal causado, reparando moralmente o bem jurídico lesado. Neste sentido, não há que se vislumbrar qualquer conotação ideológica nas sanções penais, já que se trata de uma mera exigência ética. (MIRABETE, 2011, p.244)

Segundo explica as teorias absolutas da pena, não havia a preocupação em explicar a verdadeira finalidade da pena, já que esta justificava-se em si mesma, decorrendo da prática do fato delituoso; logo, não se pode esclarecer pela ótica absolutista a real função social da pena.

Segundo as teorias em análise, a pena se esgota na idéia de pura retribuição, representando, neste sentido, uma reação punitiva diante de um delito cometido; pune-se um mal, portanto, na mesma proporção daquele cometido.

A sanção, para esta teoria, não detém qualquer conotação ideológica, visando tão somente o cumprimento da lei em seus estritos termos, "sendo moralmente correto castigar a quem praticou o delito, provocando uma ofensa que deve ser respondida obrigatoriamente por via da imposição da pena." (REALE JUNIOR, 2006, p. 47)

Kant apud Gamil (2004, p. 15), destaca o caráter moral da penal, sendo este efeito o único e necessário objetivo da reprimenda penal, como forma de resposta ao delito praticado:

> [...] teria o último assassino que se encontrasse na prisão que ser enforcado, para que assim cada um sinta aquilo de que são dignos os seus atos e o sangue derramado não caia sobre o povo que se decidiu pela punição, porque ele poderia ser considerado como comparticipante nesta violação pública da justiça [...]

Enfim, a pena retributiva deixa em evidencia o seu caráter social-negativo, já que busca colocar o delinquente como exemplo de punição, desmoralizando-o para que outros não venham a impingir o mesmo comportamento delituoso. Por adotar uma configuração meramente retributiva, parece esgotada qualquer ideia de prevenção de novos crimes, socialização do acusado e, até mesmo de restauração da paz jurídica da sociedade afetada pelo crime.

1.2 TEORIAS RELATIVAS (PREVENÇÃO GERAL E ESPECIAL)

As teorias relativas da pena são aquelas que atribuem à pena a função preventiva de se evitar a ocorrência de novas práticas delituosas. Subdividem-se em teoria preventiva especial e teoria preventiva geral.

As teorias relativas, apesar do seu caráter preventivo evidenciado, se comparadas às teorias absolutistas, de igual forma reconhecem que a pena se traduz num mal para quem a sofre. Todavia, como instrumento político-criminal que se apresenta, entende que pena não pode esgotar-se neste objetivo, mas aprimorar-se de modo a restaurar a paz jurídica da sociedade, buscando meios de ressocializar o delinquente, devolvendo-o ao meio em que convive com seus pares de modo produtivo e livre das amarras do crime.

Adeptos das teorias absolutas rechaçam a atribuição do caráter social-positivo às penas, argumentando que a pena aplicada com fins utilitários em seres humanos, fere a dignidade humana, já que transformaria a pessoa humana em mero objeto.

Do mesmo modo, criticam a ideia de prevenção trazida pelas teorias relativistas, sob o argumento de que haveria a instituição de verdadeiro “Direito Penal do Terror”, onde o Estado aparece como um ente sem limites ao poder de punir, podendo se valer de duras penas para alcançar a almejada intimidação por este instrumento de punição.

Para a teoria da prevenção geral, a pena detém uma concepção geral de proteção, buscando, pois, intimidar o delinquente potencial e fortalecer a confiança e fé do cidadão no Direito, como instrumento transformador da realidade social.

Já pela teoria da prevenção especial, a generalidade confere espaço para o individual, sendo direcionada ao delinquente concreto castigado com uma pena. Segundo estabelece esta teoria, a pena deve servir como instrumento de prevenção da reincidência criminosa; não se busca retribuir a pratica de um delito cometido no passado, mas sim prevenir novos delitos.

De acordo com a concepção de Luiz Regis Prado (2009, p. 490):

> As teorias relativas encontram o fundamento da pena na necessidade de evitar a prática futura de delitos (punitur ut ne peccetur) – concepções utilitárias da pena. Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da Justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros. Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos gerais ou especiais. Justifica-se por razões de utilidade social.

Denota-se, em suma, que as duas teorias de prevenção (geral e especial), se diferem pelo fato de que enquanto uma é dotado de caráter geral, voltada à coletividade, a outra dirige-se a uma pessoa determinada, qual seja, o delinequente, buscando impedir que este volte a reincidir.

Nesta toada, a prevenção especial ainda pode subdividir-se em duas categorias: prevenção positiva (ou ressocializadora) e prevenção negativa (ou inocuizadora).

A prevenção positiva busca a ressocialização do criminoso, objetivando interferir na correção de sua personalidade, de modo a evitar que o mesmo volte a reiterar na conduta criminosa. A pena, neste caso, possui nítido caráter ressocializatório.

Em outro contexto, a prevenção especial negativa tem como objetivo diverso, neutralizar a indivíduo que cometeu crimes, através da técnica da intimidação, tal quais os exemplos clássicos da pena de morte, isolamento do preso, dentre outras que longe estão de alcançar o objetivo da ressocialização.

1.3 TEORIAS UNITÁRIAS OU MISTAS

As teorias unitárias, em sua essência, traz a ideia de fusão das ideologias expressadas pelas teorias absolutistas e relativas; assim, buscam conciliar a retribuição jurídica da pena com as finalidades da prevenção geral e especial.

O fundamento das teorias unificadoras é que a unidimensionalidade propostas pelas teorias absolutas e relativas se mostra incapaz de solucionar a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, representando, pois, sério risco para a aplicação integral dos direitos fundamentais do homem. Daí, porque a necessidade de se adotar uma teoria que reúna em um só contexto a pluralidade funcional da pena proposta pelas teorias absolutas e relativas.

Cumpre destacar que a retribuição jurídica aparece como elemento de relevância para os adeptos desta novel teoria, já que se firma como importante para a fixação da pena, encontrando na culpabilidade seus limites de aplicação.

Para Luiz Regis Prado (2004, p. 496), "a pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial", sendo que na " teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória, a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva – punitur quia peccatum est et ne peccetur" (CAPEZ, 2011, p. 358).

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PENA

No decorrer deste trabalho denota-se que todas as discussões cientificas colocadas em pauta remontam a um único objetivo, qual seja, evidenciar a verdadeira função social da pena, e ainda discutir a atuação do Patronato Municipal de Jacarezinho, órgão este de execução penal em meio aberto, na busca da ressocialização do delinquente.

Alvo de infindáveis discussões doutrinárias, o verdadeiro sentido da pena, o seu caráter social, nada mais é uma resposta que a sociedade há tempos aguarda como solução para a dissipação da criminalidade. Não obstante a ideologia trazida pelas teorias da pena que tratam de atribuir efeito não somente retributivo àquela, mas notadamente ressocializador, é certo que esta realidade longe está de se perpetuar; claro está que a função da pena se mostra cada vez mais simbólica.

Cesar Roberto Bitencourt (2006, p. 41), em sua obra "Novas Penas Alternativas" apresenta uma interessante análise acerca da função social da pena, comparando-a, pois, ao princípio da adequação social. Em sua análise, demonstra que tal qual sugere este princípio, as condutas qualificadas pelo Direito Penal possuem sua relevância social graduada em níveis diversos, sendo que nem todo comportamento é qualificado como crime.

Zaffaroni, (2004, p. 76), afirma que:

> É muito difícil afirma-se qual a função que o sistema penal cumpre na realidade social. A Criminologia e a Sociologia do direito penal contemporâneo assinalam diferentes funções. Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos

> setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social.

O autor acrescenta (2004, p. 76):

> Em síntese, o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante marginalizados ou próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social através da via punitiva é fundamentalmente simbólica.

Evidente que o reconhecimento do caráter social da pena requer mudanças de paradigmas que se iniciam na própria concepção que a sociedade possui acerca da pena, a qual é vista como um castigo que o Estado deve impor ao autor de um fato criminoso. Sob esta ótica, a pena teria função meramente retributiva o que não se admite pensar nos dias atuais, em que a caótica situação dos presídios brasileiros deixa claro a necessidade de mudanças e desmistificação da ideia de pena adotada pela sociedade.

Um dos primeiros passos para o início das mudanças que se pretende infundir diz respeito à própria compreensão da ideia estabelecida pelas Penas Alternativas, e as medidas adotadas pelo Estado como forma de otimizar este importante instrumento de ressocialização.

Neste trabalho, com ênfase no quarto capítulo, busca-se demonstrar a atuação do Patronato Municipal, programa este desenvolvido pela SEJU - Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná, na fiscalização das medidas alternativas aplicadas em meio aberto, como meio de promoção da ressocialização.

Evidente que é papel do Estado promover ações como tais e proteger os direitos daqueles que estão sob sua jurisdição, processo este que se inicia pela conscientização não somente da sociedade, como também daquele que pratica o fato criminoso, humanizando as penas e instruindo-os através de projetos de incentivo.

2.1 O CONCEITO DE PENA

Analisando a ideia de pena, sob a ótica do Direito Penal, sabe-se que esta, quando imposta a um condenado tem como caráter principal a necessidade de punir e também promover uma reeducação e intimidação coletiva, evitando assim que o criminoso volte a praticar crimes e, ao mesmo modo, punindo o autor de uma infração penal pelo mal causado.

Neste sentido, salutar a contribuição de Fernando Capez (2011, p. 202):

> Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente da restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é a de aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidade dirigida à coletividade.

Luis Regis Prado (2009, p. 522), esclarece que:

> A pena- espécie de gênero sanção penal- encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos. Para tanto, é indispensável que seja justa, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de necessária à manutenção da ordem social.

Analisando o conceito de pena sob a ótica doutrinária, tem-se que a mesma para alcançar a sua essência e estrita observância legal deve munir-se de algumas características essenciais, como legalidade, personalidade, proporcionalidade e inderrogabilidade, sendo estes elementos, ainda, indispensáveis para que o padrão seja cumprido e não ameace a integridade da justiça.

2.2 TIPOS DE PENA

O Direito Penal classifica as penas em três espécies: privativas de liberdade, restritivas de direito e a multa, sendo que cada uma tem as suas peculiaridades e serão exemplificadas, a seguir, de acordo com as formas como são aplicadas, levando-se, ainda em consideração os diversos fatores que influenciam na ressocialização do indivíduo.

2.2.1 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

As penas privativas de liberdade surgiram com o objetivo de eliminar penas aflitivas, castigos e outras formas de punir quem cometeu um delito sem que houvesse tortura física do indivíduo.

Analisando a realidade dos presídios brasileiros e a forma de aplicação das penas privativas de liberdade, sabe-se que é impraticável pensar na ressocialização de um

indivíduo que se encontra segregado, isso porque todos os valores presentes diariamente no encarceramento não correspondem com a realidade e a carência do básico torna a prisão um instrumento que piora o encarcerado. (MIRABETE, 2011, p. 238).

Porém, é fato que se a pena privativa de liberdade não cumpre o papel de recuperar o indivíduo, ela ainda é a única forma de punir o delinquente de maior periculosidade, mesmo com todas as críticas para a forma que o sistema prisional atua, não há como abrir mão dele, isso porque todo condenado sem condições de ser tratado em liberdade deve ter seu direito de ir e vir restringido. (MIRABETE, 2011, p. 238).

No que toca às espécies das penas privativas de liberdade, estas se apresentam sob três formatos: Reclusão, detenção e prisão simples (para as contravenções penais), sendo ainda os regimes penitenciários abrangidos de em fechado, semiaberto e aberto. Cada regime tem a função de restringir a liberdade do condenado de forma que no regime fechado o condenado cumprirá a pena em estabelecimento penal de segurança, no caso do semiaberto será cumprida a pena em colônia penal agrícola, industrial ou similar e por ultimo no aberto, durante o dia o condenado deverá participar de cursos em liberdade e durante a noite se recolher na casa dos albergados ou algo similar a isso, quando disponível. (CAPEZ, 2011, p. 225).

Cada um dos regimes possui regras específicas e diversos requisitos e condições para que sejam aplicados ao condenado; assim, no regime fechado, o condenado deverá trabalhar internamente no estabelecimento em que estiver cumprindo sua pena, respeitando uma jornada de trabalho diária, sendo até mesmo possível exercer algum trabalho externo, porém especificamente em serviços e obras públicas, desde que tenham sido tomadas todas as cautelas necessárias para que não ocorram fugas (CAPEZ, 2011, p. 206).

No regime semiaberto, como já foi explicado a pena será cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar, sempre respeitando os requisitos de salubridade básica para o alojamento do condenado, que deverá viver sob baixa vigilância, tendo como a confiança no sentenciado como um dos fatores principais. O mesmo ocorre no regime aberto, onde a o requisito principal é a autodisciplina e a responsabilidade do condenado que deverá frequentar cursos para o aprimoramento de suas atividades e o repouso diário será na em local especifico, assim o condenado mantém contato diário com a sua família e a sociedade. (MIRABETE, 2011, p. 242)

2.2.2 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Diante do que pode ser chamar de falha na aplicação da pena privativa de liberdade, a nova tendência é relacionar os crimes menos graves com as penas restritivas de direito, pois encarcerar as pessoas que cometem crimes menores com os criminosos de maior periculosidade não é algo considerado adequado, ainda mais para um sistema prisional com tantas falhas. (MIRABETE, 2011, p. 257)

As penas restritivas de direito, de acordo com a redação da Lei nº 9.714/98 correspondem às seguintes espécies: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, como penas restritivas de direto, que tem ao instituto da suspensão condicional da pena como significativa ampliação aos crimes culposos. (MIRABETE, 2011, p. 258)

2.2.3 PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

A definição de prestação pecuniária de forma sucinta compreende:

> A prestação pecuniária, pena restritiva de direito inserida no Código Penal pela Lei nº 9.714, de 25-11-98, ao dar nova redação ao art. 43, e já prevista no art. 12 da Lei nº 9.605, de 12-02-98, que dispõe sobre as sanções penais derivadas de atividades lesivas ao meio ambiente, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz da condenação. Por disposição expressa, não pode ser ela inferior a um salário mínimo, nem superior a 360 (trezentos e sessenta) vezes esse salário. (MIRABETE, 2011, p. 258)

A prestação pecuniária consiste em um pagamento que o beneficiário deverá realizar para uma entidade pública ou privada para assim cumprir a sua pena, sendo que esse pagamento poderá ser feito de forma parcelada ou ainda a prestação pecuniária pode ser substituída por fornecimento de cesta básica para entidades.

Sempre o valor pago será calculada também em razão da capacidade econômica do agente e também em razão do dano causado, e ainda caso quando a prestação for em favor da vítima ou de seus dependentes será deduzido na hipótese de eventual reparação civil. (CAPEZ, 2011, p. 225)

2.2.4 PENA DE PERDA DE VALORES

A pena de perda de valores consiste em confisco de bens e valores do condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional em uma quantia que pode atingir até o valor referente ao prejuízo causado ou do provendo obtido pela pessoa ou por terceiro, em conseqüência do delito, assim prevalecendo sempre o valor maior. Cumpre também ressaltar que fica os bens ou valores destinados, ao lesado ou a terceiro de boa-fé, de preferência.

Dessa forma fica exemplificada a definição de Perda de Bens e valores.

2.2.5 PENA DE INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS

A interdição temporária de direitos conforme redação estabelecida no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 47, tem a seguinte redação:

> Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
> I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
> II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
> III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)>.
> IV - proibição de frequentar determinados lugares. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998).
> V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame público. (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011).

Cada uma dessas restrições temporárias de direitos tem peculiaridades e também diferenças, pois as penas são especificas ao ato praticado pelo agente.

A proibição do exercício do cargo, função ou atividade pública e de mandato eletivo só pode ser aplicada ao crime cometido no exercício de função ou cargo, com violação dos deveres a eles inerentes, e também a condenação criminal com transito em julgado acarreta a suspensão dos direitos políticos enquanto estiverem durando os efeitos da sentença. (CAPEZ, 2011, p. 227).

Sobre a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, autorização ou licença do poder público, a pena é restritiva e especifica, pois só será aplicada ao crime que for cometido no exercício da atividade e se houver violação quanto aos deveres relativos à mesma. Um exemplo de atividade que pode ser usado é a violação de um segredo profissional ou uma fraude processual ambas exercidas por advogado, o abuso ocorreu na prática da sua atividade assim o mesmo deverá ter sua licença para advogar revogada.

Já a suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo, como nas questões anteriores, a pena é especifica em relação aos delitos culposos de trânsito e ela tem características de no caso de crime doloso não afastar a inabilitação permanente, além das aplicações de medidas específicas. (CAPEZ, 2011, p. 225)

2.2.6 PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE

A pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública nada mais é do que a atribuição de tarefas ao condenado, perante alguma entidade assistencial; a mesma é aplicada nos casos de condenações superiores a seis meses de privação de liberdade, sendo ainda que todas as tarefas exercidas pelo condenado deverão estar de acordo com suas aptidões físicas, devendo ainda normalmente ser cumprida em razão de uma hora diária, pois tal modo não prejudicará a jornada de trabalho do condenado.

A entidade deverá mensalmente comunicar o juízo mediante relatório, para que assim o Juiz da execução se mantenha atualizado sobre as atividades e o aproveitamento do condenado. (CAPEZ, 2011, p. 226).

Sendo ainda importante salientar que cumpre ao Patronato Público, quando houver, orientar os condenados e fiscalizar o cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade, facilitando assim a execução do processo e também mantendo um contato mais direto com as entidades em virtude da dificuldade que o Juiz de execução tem em realizar essa fiscalização, por isso é essencial o Patronato para que ocorra a fiscalização adequada do cumprimento da referida pena.

3 PATRONATO MUNICIPAL E O OBJETIVO DA RESSOCIALIZAÇÃO

Em 2014 foi realizada a última pesquisa pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2014, ps. 15-16), com relação à situação carcerária brasileira. Destarte, fica evidente a

grave situação na qual se encontra o Brasil, quarto colocada no que se refere ao número da população carcerária do mundo. Vale ressaltar que na contabilização dos encarcerados para essa estatística não foram contabilizados aqueles que se encontram em cumprimento de pena no regime de prisão domiciliar. Caso assim fosse, o Brasil passaria a ocupar a terceira colocação.

Os dados acima deixam em evidência a necessidade de um debate mais aprofundado na temática que envolve a população carcerária no Brasil e os instrumentos de que se tem utilizado o Estado para promover a necessário encaminhamento dos indivíduos segregados a programas de recuperação e reinserção social.

Evidente que a atual configuração da problemática trazida à torna, permite a criação de um verdadeiro Direito Penitenciário no Brasil, o qual, na visão de Marcon (2008, p. 13) é formado pelo "Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito do Trabalho, e ainda, de princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a presunção da inocência."

Importante destacar o caráter subsidiário do Direito Penal, conforme explica o Professor Jorge Figueiredo Dias, para quem "ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios de política social, em particular de política jurídica, se revelam insuficientes e inadequados" (DIAS, 1999, p. 78).

Não obstante, nos meandros dessa gravidade axiomática que é o sistema carcerário atual brasileiro, no qual, tem-se uma superlotação presidiária, que possui um grande distanciamento dos direitos fundamentais; há também uma tendência social por um sistema penal mais inchado. (KAZMIERCZAK, 2010, p. 69)

Neste sentido, Juaréz Freitas (*Apud* Giacóia, 2002, pg. 19) acentua:

> A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam.

Nessa perspectiva, indiscutível é a necessidade de serem criados métodos alternativos que, não só minimizem o problema da superlotação carcerária, mas também ressocialize e trate o indivíduo com respeito aos direitos humanos. Inegável é, inclusive,

que a partir da ressocialização do infrator a reincidência tende a diminuir, por conseguinte, contribui para a solução da disfunção do sistema carcerário.

Na conjuntura brasileira, nota-se uma certa dicotomia, entre a admissão de políticas de segurança pública focalizada na repressão, representando, deste modo, as predileções hegemônicas da classe dominante; e o Estado Democrático de Direito, que exige, per si, uma alteração do foco das políticas públicas de segurança, sendo pautadas na prevenção da criminalidade por meio da concretização dos direitos humanos e fundamentais. (ARANÃO, 2008, p. 228)

Na prisão, tem-se, um modelo de segregação do indivíduo, no qual, este é conduzido a um desajuste social tão grande, que é levado a se adaptar a um ambiente totalmente desconexo com a sociedade comum, fazendo com que a integração do egresso à ela fique comprometida. (GIACÓIA *et al*, 2011, p. 145)

Corroborando com esse pensamento Goffman (1973, pgs. 8-17) afirma que a prisão é uma instituição de aspecto essencial total, com este aspecto materializado nos óbices impeditivos do contato para com a sociedade. Portanto, a inserção do egresso na sociedade se mostra mínima, já que a instituição total absorve completamente a vida do recluso.

Não obstante, o Direito Penal não é de caráter simplesmente punitivo, possui também um caráter recuperativo. Esta é a concepção de Mario Ottoboni (1997, p. 22), que afirma:

> O delinquente é condenado e preso por imposição da sociedade, ao passo que recupera-lo é um imperativo de ordem moral, do qual ninguém deve se escusar. A sociedade somente se sentirá protegida quando preso for recuperado. A prisão existe por castigo e não para castigar, é a afirmação cujo conteúdo não se pode perder de vista. O Estado, enquanto persistir e ignorar que é indispensável cumprir a sua obrigação no que diz respeito à recuperação do condenado, deixará a sociedade desprotegida. Como é sabido, nossas prisões são verdadeiras escolas de violência e criminalidade.

Neste contexto, a figura dos Patronatos Municipais, que encontra seu fundamento na Lei de Execução Penal (n.7.210/84), toma uma maior importância, sendo uma alternativa de ressocialização dos egressos, impedindo a ocorrência da reincidência delituosa.

O Patronato Municipal trata-se de um órgão de execução penal em meio aberto instituído pelo Governo Estadual junto à Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e

Direito Humanos – SEJU; possui como objetivo a promoção social dos indivíduos que por algum motivo foram afastados do convívio social, bem como o acompanhamento das fiscalizações das prestações de serviços comunitários e pagamentos de prestações pecuniárias junto às instituições beneficiadas.

O Programa Patronato Municipal foi desenvolvido com base na ideia de corresponsabilidade de reinserção entre os Poderes Públicos Estadual, Municipal (Prefeitura), Poder Judiciário, Ministério Público e Instituição de Ensino Superior.

A cidade de Foz do Iguaçu, no Paraná, foi pioneira em instituir o primeiro Patronato Penitenciário Municipal. Este importante órgão de execução penal segue as diretrizes do Patronato Central do Estado, e são compostos por uma equipe multidisciplinar que abrange o âmbito do Direito, Psicologia, Serviço Social, Pedagogia e Administração.

Cumpre ressaltar que as funções da equipe multidisciplinar não se restringem à fiscalização do cumprimento das penas alternativas impostas judicialmente, mas em impulsionar uma reflexão em face do assistido acerca das consequências do ato praticado, não somente para si, como também para sua família.

Nos termos estabelecidos pela Cartilha do Patronato (Art. 78º e 79º, Lei Nº. 7.210/84), o objetivo do projeto é promover a reintegração do assistido respeitando sua condição humana, e a garantia da cidadania de seus direitos.

O Patronato Municipal é regido por cinco princípios básicos: respeito à dignidade da pessoa humana; promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos; universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, deficiência, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas; promoção da participação da comunidade nas atividades ligadas à execução das alternativas penais. (SEJU, 2013, pg. 03)

Isto posto, verifica-se o objetivo principal do Patronato Municipal, a ressocialização do indivíduo, por meio de um tratamento digno e trabalhos educacionais.

O grau de escolaridade se mostra como uma ligação intrínseca às diversas formas de desigualdade (ARANÃO, 2008, p. 224). Neste mesmo sentido, vale frisar a importância dada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça à educação em sua súmula 341, na qual autoriza a remição de dívida pelo estudo formal.

Destarte, o Patronato Municipal visa corroborar seu objetivo de socialização mediante a educação, tendo sempre como diretrizes seus princípios.

3.1 AS PENAS ALTERNATIVAS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO

A possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em penas alternativas está prevista no art. 59 do Código Penal Brasileiro e são direcionadas para os crimes que cominam suas penas em até quatro anos; existem também requisitos para a aplicação da pena. Bitencourt (2006, p. 81-82), esclarece que deve ser levada em consideração a quantidade de pena aplicada, natureza do crime, não reincidência em crime doloso, dentre outros.

Para Bitencourt, (2006, p. 89), a reincidência é o principal motivo do fracasso da pena privativa de liberdade, o que necessariamente também corresponde ao fracasso do processo de ressocialização, considerando a longa e interminável problemática do sistema carcerário brasileiro.

Não há dúvidas que as penas alternativas, uma vez que aplicadas em meio aberto e cabível aos assistidos que cometem crimes menos graves, encontram melhor acolhida e condições de servir de valioso instrumento no processo de valorização do ser humano e sua reinserção no mercado de trabalho e no próprio seio comunitário.

Por outro lado, não há como deixar de considerar a importância das penas alternativas e os programas de recuperação do egresso do sistema penitenciário também no que se refere ao problema da superlotação das penitenciárias e da ausência de estrutura pedagógica tão característica no Brasil e que impulsiona o processo de reincidência criminal.

Portanto, tem-se que o presente estudo esclarece a importância das penas alternativas no processo de ressocialização do indivíduo e destaca a importância do Patronato Municipal, que atua na fiscalização do cumprimento das penas alternativas, como instrumento transformador da problemática do Direito Penitenciário no Brasil, já que o objetivo é justamente diminuir a reincidência criminal e a consequente superlotação dos presídios.

Pede-se vênia para ressaltar que, não obstante o termo utilizado ao longo do trabalho para traduzir a necessidade de reestruturação do processo de reinserção do indivíduo que comete crimes, qual seja, a "ressocialização", parcela da doutrina utiliza-se da terminologia "socialização" e não ressocialização para se referir ao mesmo processo. Isso porque, para os adeptos do novo termo, quando se utiliza a palavra ressocialização, pressupõe-se que o infrator estava, já de início, socializado; no entanto, tem-se na prática, que por muitas vezes o indivíduo nunca fez parte de fato da sociedade, ocupando sempre o espaço marginalizado.

Em suma, para a compreensão da importância do processo de ressocialização do indivíduo que comete crimes, e a importância das penas alternativas neste contexto, oportuno o diagnóstico de Kant, o qual em seus estudos afirma que "o homem é a única criatura que precisa ser educada". (1996, p. 11)

Nas palavras do autor "o homem não pode tornar-se um verdadeiro homem se não pela educação. Ele é aquilo que a educação dele fez". (Kant, 1996, p. 15)

Pelo o que se infere das palavras traduzidas por Kant, o infrator nada mais é do que um reflexo da educação por ele recebida. Assim sendo, necessário é um mecanismo para que este indivíduo seja educado e devidamente socializado.

Temos na educação a abertura ao egresso de possibilidades de emprego e por seguimento a integração deste socialmente.

Dessa maneira:

> Para que o efetivo à educação possa ser preservado após a segregação, ou seja, para que o encarcerado tenha acesso àquele direito após integrar o sistema carcerário, o Estado deve oferecê-lo mediante a elaboração de um plano de ensino específico, sob pena de promover um afastamento das lições prestadas à percepção de mundo detida por cada encarcerado-educando, o que tornaria o processo educacional inócuo ao fim ressocializador. (GOTTENS; ROCHA, 2011, p. 115)

Pela atual conjuntura que se delineia o sistema carcerário brasileiro não resta dúvidas acerca da desídia do Estado para com o fomento da base educacional do detento no período de segregação, o que torna dificultoso o processo de ressocializar. Nessa perspectiva, importante se mostra o trabalho desenvolvido pelos Patronatos Municipais que atuam nesta frente, tornando-se essenciais para compor o plano de ensino referido, tornando assim as ações afirmativas do Estado, com relação à temática, mais eficazes.

De acordo com Zacarias (2006, p.129):

> O Patronato é órgão da execução, incumbido de ajudar o preso no processo de reinserção social, em especial no momento em que lhe é concedida à liberdade. Tem como função principal auxiliar o egresso, na sua nova vida, eliminando obstáculos, suprimindo sugestões delituosas, assistindo e auxiliando-o a superar as dificuldades iniciais principalmente de caráter econômico, familiar ou de trabalho.

Os Patronatos Municipais buscam também propiciar atividades e trabalhos aos assistidos, pois, dessa forma, se:

> (...); evita a ociosidade; evita o pensamento excessivo; dá oportunidade para que o reeducando possa realizar alguma tarefa e, cria uma expectativa de ressocialização, de ter o apenado uma vida normal, trabalhando e sustentando seus familiares. (MARCON, 2008, p. 19)

Diante do exposto, leviano seria afirmar que as penas alternativas possuem pouca ou não possuem importância no processo de ressocialização do egresso. Pelo contrário, as medidas alternativas são essenciais e possuem uma ligação intrínseca com este processo.

3.2 OBJETIVOS E DIRETRIZES DOS PROGRAMAS APLICADOS PELO PATRONATO MUNICIPAL

Consoante já mencionado, os Patronatos Municipais seguem cinco diretrizes principiológicas: respeito à dignidade da pessoa humana; promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos; universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, deficiência, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas; promoção da participação da comunidade nas atividades ligadas à execução das alternativas penais.

Pautado nesses princípios são criados diversos subprogramas que visam demonstrar ao apenado a gravidade do ato por ele praticado, fazendo com que o Direito Penal exerça de fato seu caráter duplo, punitivo e recuperativo.

Os programas mencionados visam preparar o assistido para seu devido retorno e integração com a sociedade. Para tanto, cada assistido recebe um tratamento individualizado e especializado.

Este trabalho faz com que seja concretizada a seguinte perspectiva:

> Os internos de estabelecimentos prisionais devem ser vistos nas individualidades e peculiaridades de sua situação, motivando a partir de então, a elaboração de um plano de ensino que lhes assegure, além da possibilidade de assimilação de valores sociais adequados à reintegração na sociedade, uma formação técnica apta ao seu pleno desenvolvimento como pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação de trabalho. (GOTTENS; ROCHA, 2011, pg. 115)

Os Patronatos Municipais do Estado do Paraná possuem diversos programas, dentre pode-se destacar os seguintes: Basta, Saiba, Pro labor e E-ler e Blitz, atuando, cada qual, numa frente especifica, voltado ao atendimento dos assistidos que cometem crimes cuja reiteração é notável, segundo demonstrado pelas estatísticas.

3.2.1 PROGRAMA BASTA

Cada programa possui seu público alvo. Neste, o alvo são os egressos com algum retrospecto negativo com relação aos crimes de violência doméstica.

No Patronato Municipal de Jacarezinho-PR, o programa Basta é aplicado nos seguintes moldes:

> Com relação à duração e às temáticas abordadas, cada grupo participou de oito reuniões semanais, com duração média de uma hora cada. As temáticas compreenderam a legislação pertinente aos direitos da mulher, família, sociedade, violência de gênero, dentre outros temas. As reuniões foram coordenadas e desenvolvidas pelos técnicos de serviço social e psicologia, que realizaram planejamento prévio, considerando as particularidades de cada grupo. (SOUZA *et al*, 2016, pg. 159)

O mais interessante foram os resultados que a equipe responsável pela aplicação da temática no programa conseguiu constatar. No final dos programas notaram uma "mudança significativa no comportamento dos assistidos para com os temas debatidos

(...) mostraram-se mais receptivos e, além disso, reconheceram suas falhas de conduta. (SOUZA et al, 2016, p. 163)

Importante é destacar que não houve casos de reincidência até o desenvolvimento da pesquisa. (SOUZA et al, 2016, pg. 163)

À vista das constatações referidas, nota-se o quão importante é a escorreita aplicação e acompanhamento das penas alternativas, principalmente no que se refere à prevenção da ocorrência de novas infrações e delitos.

Percebe-se, pois, que não obstante os Patronatos Municipais atuem com medidas alternativas aplicadas em meio aberto, sua contribuição para com o sistema carcerário é evidente, já que atua como um instrumento de prevenção e socialização, impedindo assim, o ingresso de novas pessoas no encarceramento e uma maior valorização do indivíduo que antes marginalizado agora encontra uma nova oportunidade de aceitação pela sociedade.

3.2.2 PROGRAMA SAIBA

O público alvo do programa Saiba são aqueles indivíduos que possuem ou possuíram um contato íntimo com as drogas. Por meio de encontros semanais determinados pelo Juízo, a equipe multidisciplinar que compõem os patronatos busca criar momentos de reflexões junto aos assistidos. (ALVES *et al*, 2015, pg. 127-129)

As equipes que executam os programas apresentam uma preocupação com o fato do assistido se sentir acolhido no ambiente de reflexão em que a pena alternativa é aplicada, para que assim o trabalho tenha maior eficácia. Essa preocupação se mostra latente no trabalho desenvolvido pela equipe do Patronado Municipal de Jacarezinho:

> Os encontros são realizados semanalmente no Centro de Ciências Sociais Aplicadas (CCSA) da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), cuja estrutura apresenta um contexto desprovido de julgamentos morais, para que os assistidos possam se sentir acolhidos, facilitando, desta forma, a instauração de vínculo e a concretização dos objetivos almejados. (ALVES *et al*, 2015, pg. 126)

No acompanhamento apresentado por essa equipe foi levado em consideração 34 (trinta e quatro) assistidos que passaram pela instituição nos anos de 2013 e 2014, trazendo dados concretos da efetividade do programa, no qual observa-se que 50%

daqueles que não tinham emprego foram reinseridos no mercado de trabalho. (ALVES *et al*, 2015, pgs. 129-130)

3.2.3 PROGRAMA PRO LABOR E E-LER

O Programa Pro Labor e E-ler possui como público alvo aqueles que não possuem o devido grau de escolaridade. Como já visto no decorrer deste trabalho, o grau de escolaridade apresenta uma íntima relação com as várias formas de desigualdade, sendo de fundamental importância o tratamento da temática com a maior seriedade que a mesma requer. (ARANÃO, 2008, p. 224)

Conforme as diretrizes da Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos o Programa E-ler, possui como cerne a reintegração do assistido ao processo estudantil. (SEJU, 2013, p. 28)

Por sua vez, o Programa Pro Labor possui uma íntima afinidade com este, pois visa ingressar o assistido no mercado de trabalho. (SEJU, 2013, p. 29).

Dessa maneira, aquele é um meio para a concretização do objetivo deste, pois não há o que se falar em ingresso ao mercado de trabalho, sem que haja uma efetiva estruturação educacional do indivíduo.

Busca-se, em suma, capacitar o assistido para que ele tenha condições de ingressar no mercado de trabalho e, desta forma, integrar a sociedade que antes o marginalizará.

A esse respeito, não se pode perder de vista que a aplicação dos programas de prevenção adotada pelos Patronatos Municipais trabalha não somente com a necessidade de recuperação do assistido, como também na questão da conscientização da sociedade, parte integrante do processo de ressocialização do individuo, acerca da necessidade de receber este membro que divide o mesmo espaço, conferindo-lhe condições de um novo recomeço.

3.2.4 PROGRAMA BLITZ

O Programa Blitz é focado aos assistidos que praticaram algum delito no trânsito, notadamente nos casos em que se constata a situação de embriaguez ao volante.

Os encontros semanais que compõem este programa seguem a mesma metodologia dos demais, sendo realizados sob uma perspectiva em que se permite a abertura de espaço para que o assistido reflita acerca da gravidade do ato praticado e sua consequência para a sociedade.

Nos encontros busca-se discutir questões pertinentes ao trânsito brasileiro, o ato praticado pelos assistidos e sua gravidade, a legislação correlata ao tema e outros assuntos relevantes, além de orientar os assistidos quanto à direção defensiva. (SEJU, 2013, p. 23)

Em suma, por meio destes encontros, busca-se evitar que novos acidentes e delitos venham a acontecer, interferindo na paz da sociedade e na ordem jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordados os conceitos e críticas acerca das teorias da pena, observa-se que na doutrina brasileira adotou-se a teoria mista ou unificadora. Se de um lado, as teorias absolutistas buscavam elucidar a ideologia meramente retributiva da pena, impondo-se ao Estado o dever de punir o infrator pelo injusto praticado, de outro as teorias relativas (de prevenção geral e especial) perseguem o objetivo da prevenção, deixando de lado a ideia de retribuição, o que foi duramente criticado pelos absolutistas, por utilizar o ser humano como mero instrumento de exemplo à sociedade, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em que pese o consenso de que o Direito Penal Brasileiro e o próprio ordenamento jurídico como um todo tenha adotado a teoria mista, com ênfase no objetivo de ressocialização do delinquente, é certo que o atual panorama social demonstra que a pena atua de uma maneira extremamente punitiva, sem nenhuma função educadora ou ressocializadora.

A pena, notadamente a de privação de liberdade, da forma como é aplicada, sem qualquer estruturação condizente às necessidades dos reeducando coloca o sujeito “a margem” da sociedade, sem qualquer motivação para iniciar um processo de reflexão acerca da gravidade do delito praticado e de promover mudanças no meio em que vive.

Embora seja evidente e necessário o caráter retributivo da pena, não se explica porque este possui uma proporção tão acentuada e, ainda, porque o sujeito é visto com tanto preconceito pela sociedade, que parece não o reconhecer como seu par.

O trabalho aborda a função ressocializadora da pena à luz do papel desempenhado pelo Patronato Municipal, órgão este de execução penal em meio aberto, com expressa previsão na Lei de Execução Penal, e que busca promover a aplicação da função social da penal, através de um processo multidisciplinar que se utiliza do conhecimento de diferentes áreas (direito, pedagogia, administração, psicologia e serviço social) para alcançar a reinserção do sujeito ao seio comunitário e a compreensão deste acerca das consequências de seus atos, de modo que não volte a delinquir.

Consoante restou esclarecido, o papel desempenhado pelo Estado para promover a verdadeira função social da pena em meio fechado caminha a passos lentos, tanto que a cada dia o agravamento das penitenciárias brasileiras tem sido motivo de extrema preocupação.

O mesmo não se pode afirmar com relação às penas alternativas aplicadas em meio aberto, em que se destaca a atuação do Estado, ainda em processo de crescimento, buscando exercer o papel ressocializador das penas, através de ações promovidas para determinar a reinserção do assistido no meio em que vive. Como exemplo trazido neste estudo, destaca-se a atuação do Patronato Municipal que, para alcançar os objetivos propostos, promove o encaminhamento do assistido a cursos profissionalizantes e ao mercado de trabalho, ambas as estratégias de prevenção para evitar que a reincidência ocorra.

Conclui-se, neste contexto, que a atuação do Estado na esfera do regime aberto, através do trabalho exercido pelo Patronato Municipal tem se mostrado como um novo caminho para a ressignificação da pena, de modo que esta venha a assumir o seu papel social. Evidente, neste contexto, o reflexo que as ações promovidas pelo Patronato Municipal estabelecem no regime fechado, já que diminuindo a reincidência de crimes por conta do trabalho desenvolvido juntos aos assistidos que cumprem penas alternativas, consequentemente a situação de superlotação das Penitenciarias Brasileiras deixará de ser um problema.

Em suma, a função social da pena é, sem dúvida, impingir um caráter humanizador em sua essência, pois no contexto o qual ela é aplicada hoje, não atende as condições mínimas de reinserir o sujeito à sociedade. O Estado, atuando através de financiamentos

de projetos e programas tal qual o desenvolvido pelo Patronato Municipal, torna mais próximo a concretização da ideia de ressocialização, ainda que se mostre tão distante no que se refere ao cumprimento da pena em meio fechado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANÃO, Adriano. *Estado democrático de direito, criminalidade e violência: o desrespeito aos direitos fundamentais e o papel da educação.* Argumenta Revista Jurídica, Jacarezinho, nº 8, 2008

BINTENCOURT, César Roberto, **Novas Penas Alternativas**. 3ª Edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2006

CAPEZ, Fernando. Direito Penal Simplificado, parte geral, São Paulo. Saraiva 2011

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no brasil.* Brasil: Brasília – DF, 2014. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf> Acesso em: 16/07/2016

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisadas.* São Paulo: RT, 1999.

EL HIRECHE, Gamil Föppel, **A Função da Pena na Visão de Claus Roxin.** 1ª Edição. Editora Forense: São Paulo, 2004.

GIACOIA, Gilberto. *Justiça e Dignidade.* Argumenta Revista Jurídica, Jacarezinho, nº 2, 2002

GIACÓIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise; FUENTES, Paola Oviedo. *A prisão e a condição humana do recluso.* Argumenta Revista Jurídica, Jacarezinho, nº 15, 2011

GOFFMAN, Erving. *Internados; ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales.* Argentina: Amorrortu, 1961.

GOTTEMS, Claudinei; ROCHA, Thiago de Barros. *O processo educacional como instrumento para a ressocialização do encarcerado.* In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (Org.). *Políticas públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos.* Birigui: Editora Boreal, 2011

KANT, Immanuel. *Sobre a Pedagogia.* Tradução: Francisco Cock Fontanella. Piracicaba: Unimep, 1996.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social.* Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010

MARCON, Danieli Cristina. *Segregação, Sistema Carcerário e Democracia*. Argumenta Revista Juridica, Jacarezinho, nº 9, 2008

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal Parte Geral**. 21ª Edição. Editora Atlas: São Paulo, 2011.

OTTOBONI, Mario. *Ninguém é irrecuperável: APAC: a revolução do sistema penitenciário.* São Paulo: Cidade Nova, 1997.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006,v. 1.

SEJU - Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Estado do Paraná. *Municipalização da execução das penas alternativas.* Disponível em: < http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/Patronato/cartilha_patronato_SEJU_29.pdf> Acesso em: 16/07/2016

SOUZA, José Ricardo; ALMEIDA, Ana Beatriz Baggio; ALVES, Silvia Okabe; EKUNI, Roberta; GARCIA, Lucyellen Roberta Dias; LOPES, Soraya Saad; TAKAHARA, Erica Akemi. *Programa basta: relatos e reflexões sobre a violência contra a mulher.* Revista Conexão UEPG, Ponta Grossa, Volume 12, nº 1, 2016

SOUZA, José Ricardo; ALMEIDA, Ana Beatriz Baggio; ALVES, Silvia Okabe; EKUNI, Roberta; GARCIA, Lucyellen Roberta Dias; LOPES, Soraya Saad; TAKAHARA, Erica Akemi.*Programa saiba (patronato municipal de jacarezinho): processo reflexivo em relação às drogas.* Extensio UFSC, Florianópolis, Volume 12, nº 20, 2015

Súmula 341 STJ: A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte de tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto. Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em 16/07/2016

ZAFFARONI, Eugenio Rául. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

ZACARIAS. Andre Eduardo de Carvalho. *Execução Penal Anotada*. 2 ed. Leme: Tend Ler, 2006.

Capítulo VII

OS NÚCLEOS ESPECIAIS CRIMINAIS – NECRIM's COMO EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Everson Aparecido Contelli[123]
Letícia Satiro Sakai[124]
Marcelo Antonio Theodoro[125]

RESUMO: A falência do atual Sistema Criminal preocupa, e a adoção de um novo paradigma de Justiça se faz necessário. Entretanto a justiça Retributiva se mantem em pé. A vítima continua a ser marginalizada e alienada no processo penal. O réu, inimigo do direito positivo protegido pelo Estado, recebe sua sentença e é escusado de qualquer conscientização do injusto cometido, vez que a aplicação da pena é o único caminho à justiça. Na busca por um novo olhar do Sistema Criminal nasce a Justiça Restaurativa, visando uma participação mais ativa de vítimas e ofensores na resolução dos conflitos e a reparação dos danos sofridos através da responsabilização e não a simples imputação de uma penalidade. A vista disso, os Núcleos Especais Criminais - NECRIM de iniciativa da Polícia Civil avançam na efetivação deste paradigma no Brasil e chamam atenção por sua inovação e seus bons resultados. Através de pesquisa bibliográfica pretendeu-se descobrir mais sobre as facetas deste novo instrumento na resolução alternativa de conflitos. Assim, explanou-se sobre o atual paradigma e suas diferenças com o paradigma restaurativo. Além de concluir-se que os Núcleos Especiais Criminais, são de fato, uma iniciativa concreta da implementação da Justiça Restaurativa no Brasil.
PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Justiça Retributiva. Justiça Restaurativa. Polícia Civil. NECRIM.

[123]Mestrando em Direito pela UENP. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Professor da FAPE de Presidente Epitácio-SP, integrante do Grupo de Pesquisa GPCERTOS, liderado pelo professor Doutor Ilton Garcia da Costa e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas e Direitos Sociais, liderado pelo professor Doutor Valter Foleto Santin, ambos vinculados à UENP. E-mail:eversonrosana@terra.com.br
[124] Bacharel em Direito pela FAPE - Faculdade de Presidente Epitácio-SP
[125]Professor e atual coordenador do programa de Mestrado em Direito Agroambiental da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT, Cuiabá, Brasil). Doutor em Direito do Estado (UFPR –Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil). Líder do Grupo de pesquisa Direito Constitucional – Novas perspectivas à luz da efetividade dos direitos fundamentais (UFMT). E-mail:m.theodoro@uol.com.br

INTRODUÇÃO

A alta criminalidade e seu contraste com a superlotação vivida no sistema carcerário evidencia que algo no atual sistema criminal não está funcionando, mas o quê? E o que deve ser feito? Para a primeira pergunta todos temos uma resposta, independentemente de como a construímos e embasamos, entretanto poucas são as pessoas que possuem uma opinião válida ao serem indagadas pela segunda vez.

Apesar de se tratar de uma conjectura de difícil formulação, sua reflexão e construção é necessária, haja vista que a forma como a sociedade enxerga o crime, suas partes e como lida com eles é fator essencial à formação de um novo paradigma de Justiça.

Com Códigos Penais septuagenários fundamentados na chamada Justiça Retributiva, possuímos um sistema criminal baseado na aplicação do *jus puniendi* do Estado que penaliza e coíbe à infração das leis através da retribuição do agente por meio da imputação de uma pena, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou prestação pecuniária.

Todavia, diante da monopolização do Estado sobre o direito de punir e sua atual ineficiência na resolução dos litígios, a sensação popular de injustiça é crescente, principalmente nos diretamente envolvidos com o conflito, quer seja necessitando da prestação jurisdicional, quer sendo alvo de sua espada.

Apesar de ser considerada juridicamente suficiente, a penalidade aplicada ao agente delitivo é formada por sua culpabilidade e imputabilidade, sem considerar, no entanto, aspectos reparatórios do dano sofrido pela vítima, que por sua vez, transforma-se em mero lastro probatório da ilegalidade do ato cometido. O Estado torna-se parte adversa do agente e preocupa-se somente com a retribuição prescrita em lei diante do descumprimento de suas normas, deixando de lado a parte da sociedade que foi diretamente lesada pelo ato.

Por isso, imperiosa a análise dos métodos utilizados na administração da justiça e a busca por medidas alternativas de solução de conflitos, que possam atender as peculiaridades da nossa realidade e construir um novo paradigma.

Sob essa conjectura surge a denominada Justiça Restaurativa, que visa principalmente a mudança de foco sobre a visão da infração penal e de seus envolvidos, em que o primeiro deixa de ser visto somente como afronta ao direito positivo imposto e

protegido sob império do Estado, transformando-se em um conflito entre pessoas, as quais sofreram danos e traumas e buscam uma forma de repará-los para seguir em frente após o acontecimento vivido. Quanto ao segundo, engloba o ofensor, a vítima, a comunidade e terceiros interessados (quando necessário), por meio do diálogo deixam de ser meros espectadores e passam a participar ativamente na restauração dos relacionamentos rompidos e das consequências de tal acontecimento, fazendo com que haja uma valoração nas medidas tomadas para a composição dos danos e uma maior sensação de justiça e responsabilização.

Assim, busca-se o entendimento do problema, as cicatrizes deixadas na vítima e o comprometimento pessoal do ofensor no processo de reparação dos danos, postula-se pela volta do elemento humano no processo penal e principalmente pelo diálogo entre os envolvidos na busca pela resolução dos conflitos.

A partir desta acepção, a Organização das Nações Unidas editou duas importantes resoluções, a primeira sobre Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as medidas não privativas de liberdade, sancionada por meio da Resolução nº 45/110 conhecida como "Regras de Tóquio" e a segunda que estabeleceu Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal, pleiteando pelo reconhecimento e aplicação desse paradigma, por meio da resolução 2002/12.

No mesmo sentido, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, com seu extenso rol de garantias e direitos fundamentais, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei. 8.069/90 e principalmente da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JEC e JECrim), trouxeram institutos que buscam medidas alternativas de resolução de conflitos no âmbito penal, são normas que vieram a relativizar os princípios penais da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, abrindo espaço à mediação entre vítima e ofensor.

Com a consolidação das referidas normas em nosso ordenamento jurídico e seu incentivo à busca de medidas alternativas de resolução de conflitos, nasce o Núcleo Especial Criminal - NECRIM, ferramenta de mediação extrajudicial de conflitos, desenvolvida a partir da filosofia da Polícia Comunitária, implantada pela Polícia Civil e gerenciada pelos respectivos delegados de polícia.

O NECRIM é reflexo da necessidade de um sistema criminal que construa com a participação dos envolvidos a melhor maneira de restaurar os danos consequentes do crime, e quem melhor para exercer a função de seu mediador se não aqueles que por sua

proximidade com a ineficiência do atual paradigma, lidam diariamente com a crescente violência em nosso país.

A função policial no atual Estado Democrático de Direito, baseia-se na repressão e pacificação, entretanto aquela se encontra muito mais incutida em nosso pensamento ao falar em polícia se comparado a essa, sendo muitas vezes tal faceta esquecida. Assim, o NECRIM, busca explorar justamente o aspecto pacificador da Polícia Judiciária, asseverando a importância do delegado de polícia na comunidade.

Assim, o presente trabalho busca explanar sobre o atual paradigma e a necessidade da busca de soluções alternativas de conflitos, os benefícios de um novo paradigma baseado na Justiça Restaurativa, e a possibilidade de efetivação no ordenamento jurídico brasileiro através dos Núcleos Especiais Criminais.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, pelo método interpretativo, com análise e exegese de textos em revisão bibliográfica de livros, artigos e julgados disponíveis em meio físico e digital.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTIÇA RETRIBUTIVA

A evolução da violência na sociedade contemporânea assusta. O medo e a insegurança tornaram-se parte da rotina do brasileiro. Na disputa contra a criminalidade, o Sistema Criminal encontra-se em grande desvantagem.

Conforme ensina SANTIN, o sistema de prevenção pública da criminalidade passa pela compreensão da violência que decorre do conflito social (2013, p.210):

> A ineficiência do sistema de prevenção pública da criminalidade é visível, pelo crescimento dos índices de crimes e da sensação de insegurança. A diminuição da eficiência tem inúmeras causas sociais e relação com o grau de atuação estatal, podendo ser indicado o insuficiente número de homens no policiamento preventivo, da incapacidade de combate adequado do crime, do sentimento de impunidade e omissão do Estado no controle da violência. O aumento da violência também decorreria do conflito social.

A Justiça Convencional ou Retributivabaseia-se em um modelo dissuasório de resposta ao delito, que tem como método central de controle criminal a pretensão punitiva do Estado, conferindo a esta as finalidades de repressão e prevenção. (MOLINA, GOMES, 2008)

A definição da pena como retribuição ao mal praticado é anterior ao próprio sistema criminal positivado, reportando-se ao período primitivo da Vingança Penal que como explana Costa Júnior (2005), em sua primeira fase denominada vingança divina possuía como principais características a utilização de punições cruéis, desumanas e degradantes. Na segunda fase chamada vingança privada, que apesar de não afastar o caráter cruel das penas que eram aplicadas pela própria vítima, buscou delimitar uma proporcionalidade entre ofensa e punição.

Por último, ao avançarmos para terceira fase, a da vingança publica, o Estado que já detinha o chamado *jus puniendi* em sentido objetivo, entendido como a capacidade da criação de normas e sanções de controle social, adquiriu para si a legitimidade para intervir nos conflitos sociais, gozando do *jus puniendi* em sentido subjetivo, ou seja, direito de julgar e aplicar as sanções àqueles que afrontam as normas penais através de suas autoridades competentes, característica perpetuada até os dias de hoje. (CUNHA, 2015).

Nota-se ainda no período primitivo, a vítima seria afastada do processo penal e da aplicação da pena. Como seu representante, o Estado se prestaria a este papel, através de autoridades competentes dotadas de imparcialidades em sua execução, como garantia de uma punição desprovida de vinganças pessoais, respeitando os limites legalmente impostos.

Este modelo de monopólio da punição estatal se sustenta até os dias atuais. Entretanto, quarenta séculos de evolução social, tecnologia, superpopulação e inúmeras novas formas de delito separam a Vingança Privada da Justiça Retributiva contemporânea. Por isso, é de se esperar que ao se utilizar de um paradigma secular, o mesmo não consiga refletir complemente as necessidades da sociedade.

Nesse contexto, o processo retributivo acaba por reproduzir uma vitimização secundária, uma vez que o esquecimento à vítima acaba por transformá-la em uma convidada de pedra, quando é convidada. Tal desconsideração possui grande influência na sensação de impunidade e injustiça que acomete a sociedade. Assim, ainda que juridicamente existam mecanismos que visem promover um ressarcimento do dano das vítimas como a composição civil prevista no artigo 74 da Lei 9.099/95 e os artigos 336 e 387 IV ambos do Código de Processo Penal que expressam a utilização da fiança e a possibilidade do juiz penal fixar um valor mínimo para a indenização dos danos à vítima.

Em um contexto geral, esta continua a ser marginalizada do processo judicial, ficando sozinha para lidar com seus danos e traumas.

O ofensor por sua vez é representado por seu advogado, que fica responsável por responder aos atos do processo. Nas suas poucas participações, o ofensor será indagado do acontecimento, ficará esclarecida a ilegalidade de seus atos justificando-se, portanto sua punição. Ele não se encontrará com a vítima nem será incentivado a ativamente reparar o dano a ela cometido ou amenizar com seus traumas. (PINTO, 2005)

Advinda sua condenação, o ofensor conhecerá o núcleo do paradigma retributivo, a pena, que apesar de apresentar evoluções em contraste com o referido período primitivo, encontra-se igualmente ineficiente em suas finalidades no contexto jurídico atual.

Com o advento do Iluminismo (séc. XVIII) se almejou a extinção dos meios cruéis e desumanos como forma de punição. Transição marcada pelo livro "Dos Delitos e das Penas" (1764), do Marquês de Beccaria, obra que doutrinariamente agregaria os Direitos Humanos ao pensamento punitivo, sendo a proporcionalidade (injusto x pena) limitação necessária ao exercício do poder estatal e elemento indispensável ao sistema criminal desde então. (CUNHA, 2015)

Como aponta Augusto Thompson (2002), a finalidade doutrinária da pena privativa de liberdade no paradigma hodierno possui três objetivos concorrentes: retribuição, prevenção e reabilitação. Objetivos que conforme comprova o contexto jurídico atual, não tem logrado êxito.

Quanto a retribuição e prevenção, consoante com o que será abordado mais à frente através da Justiça Restaurativa, considerar que a imputação autocrática e coercitiva da pena privativa de liberdade[126] é suficiente à uma reparação do dano cometido assim como uma forma de prevenção contra a reincidência e inibição de possíveis delinquentes é um conceito incompleto e inábil, vista que a imputação da dor sobre o transgressor não repara efetivamente o dano por ele causado e a banalização desta forma de penalização faz com que não tenha o efeito social que se propõe, ainda que devido a fatores histórico-culturais "o fazer justiça" na sociedade pós-moderna seja entendido como o encarceramento do agente delitivo.

[126] A ineficiência é geral nas penalizações da Justiça Retributiva. Nesse contexto, cita-se especificamente a pena privativa de liberdade por ser a mais grave penalização e a mais banalizadaem nosso sistema criminal, consequentemente a que mais decepciona a sociedade.

No que diz respeito ao caráter reabilitador, THOMPSON (2002) explica que a natureza punitiva da pena impossibilita tal objetivo, vez que a recuperação em qualquer esfera não pode possuir natureza punitiva, mas sim terapêutica, que demanda voluntariedade, tratamento e entendimento da situação de cada pessoa. Embora a Lei de Execuções Penais expresse que o enfoque da pena seja em "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (BRASIL, 1984, - online), é silente na priorização desta em detrimento de seu caráter punitivo, ou seja, de retribuição e prevenção.

Percebe-se que o paradigma retributivo espera que o delinquente aprenda a viver licitamente e superar suas inadequações sociais através da atenuação de sua pena dentro do sistema prisional, vivendo para tanto em condições precárias, com a superlotação de pessoas que assim como ele são violentas e frustradas, sem ofícios, sem responsabilidades, sem possibilidades de praticar quaisquer habilidades sociais e diante de uma hierarquia social discrepante com a realidade fora das instituições penitenciárias. (ZEHR, 2008)

Diante de tal panorama, não se torna difícil imaginar a ocorrência do resultado inverso do legalmente pretendido. Assim, THOMPSON (2002) nos ilustra que dada a impossibilidade de sua efetivação o caráter reabilitador da pena é metodicamente esquecido pela sociedade contemporânea. Ele afirma que a volta ao cárcere de pessoas que mal saíram dele é uma prova inequívoca da ineficiência da pena, porquanto tal panorama é contrassenso a sua finalidade de dissuasão e recuperação. Todavia, notícias de prisões de reincidentes não recebe clamor popular algum. Sendo possível ainda se verificar o oposto, haja vista que um conceito generalizado sobre o agente delitivo resume-se a "lugar de bandido é na cadeia".

Por fim, ele aponta que este fenômeno cultural acaba por agravar o que já se encontra em situação precária, diante da manifestação de que possui maior relevância social um possível descontrole dentro das instituições prisionais, que sua incapacidade de reabilitar quem nela adentra, o que acaba por incentivar uma rigidez cada vez maior por parte do sistema prisional.

Conforme observamos tanto a aplicação da pena como forma de imputar dor, quanto a participação do infrator e vítima no processo penal, são um legado da experiências vividas na época primitiva e numa atitude vanguardista percebe-se que "ao, invés de procurar alternativas à pena, o movimento em prol alternativas oferece *penas*

alternativas" (ZEHR, 2008, p. 89). O papel centralizado que a Justiça Retributiva confere à pena é a causa de seu mal, e esta afirmação não parte de um pensamento simplista de que todo delinquente será regenerado com diálogo, mas de que no contexto atual o diálogo se faz mais necessário que penas. Como pretende a Justiça Restaurativa.

2 DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Caracterizada pelo modelo de reação ao delito denominado integrador, a Justiça Restaurativa busca uma luta contra a criminalidade de forma ponderada e equilibrada, focando em procedimentos de consenso onde vítima, ofensor, e sempre que apropriado a própria comunidade afetada pelo crime, participam como sujeitos centrais responsáveis por contribuir ativamente em soluções que promovam tratamento das feridas, traumas e danos causados pelo crime, numa valorização da pacificação social. (GOMES, MOLINA, 2008; VITTO, 2005).

Nesse modelo, o ser humano, como representação da sociedade civil, passa a exercer insignificante função dialógica no processo penal brasileiro na resolução de conflitos sem nenhum tipo de reconstrução da dilaceração moral resultado da prática delitiva. Conforme ensinamentos de Fernando de Brito Alves, "a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em diversas normas a obrigatoriedade da cooperação entre sociedade civil e as instâncias de governo." (ALVES, 2013, p.234).

Imperioso destacar que o processo restaurativo é sempre voluntário e relativamente informal, composto pela participação permanente de um ou mais terceiros imparciais e justos, denominados mediadores ou facilitadores, que por meio de técnicas de mediação e transação, por exemplo, visam um acordo restaurativo capaz de melhor atender as necessidades individuais das partes assim como da coletividade envolvida, numa reintegração social da vítima e do infrator. (VITTO, 2005)

A compreensão destes elementos é primordial a efetiva aplicação da Justiça Restaurativa, haja vista que demanda um paradigma de justiça com caráter muito mais social (voltado as reais necessidades dos envolvidos) que jurídico (voltado a aplicação das normas impostas), diverso do adotado no sistema retributivo.

Assim, importante destacar que a Justiça Restaurativa não deve ser considerada somente como um novo foco ao processo penal, mas sim como uma nova forma de resolução de conflitos, não delimitando sua atuação à procedimentos judiciais, vez que sua versatilidade encontra-se justamente na possibilidade de uma justiça multiportas, capaz de satisfazer os litígios mesmo sem a prestação jurisdicional convencional.

A mudança de foco da atuação jurisdicional para a resolução do conflito ocorre segundo a visão da Justiça Restaurativa sobre elementos essenciais como o crime, as partes, o procedimento e a finalidade da sanção.

Para a Justiça Restaurativa o crime é primeiramente uma ofensa contra as pessoas, numa violação do justo relacionamento que deveria existir entre elas. Sob esta ótica, a pena deixa de ser uma merecida punição do ofensor para ser uma obrigação decorrente do delito, centralizada na satisfação das necessidades dos envolvidos.(ZEHR, 2008)

Por sua vez, vítima e ofensor passam de antagonistas à aliados na reconstrução do relacionamento rompido a partir do entendimento de suas causas e suas consequências. Note-se que esta nova postura, não busca diminuir o fardo sobre o ofensor distribuindo a culpa entre as partes, mas possibilitar que através de papéis e focos distintos, ambos possam igualmente contribuir na imposição das metas para o futuro.[127]

Ao contrário do que possa parecer, não é somente o ofensor que necessita de uma ressocialização após o crime. Segundo Zehr (2008), o crime por sua natureza de violação pessoal, faz com que a vítima perca sua segurança no mundo, levando a criação de um sentimento de descontrole pessoal e uma busca constante por explicações para acontecimento, que resultam em uma dificuldade de socialização que antes não existia. A partir daí, para que a ressocialização possa ser possível, a vítima deve passar por um processo de recuperação, que não pode ser delimitado, vez que muda de acordo com a necessidade de cada pessoa.

Neste contexto, não se discute a importância de indenizações sobre danos materiais, o que via de regra não exigi uma mediação vítima-infrator, mas a importância desta reside na possibilidade de proporcionar à vítima uma indenização moral, respostas às perguntas que as corroem, vezes mais valiosas que o próprio ressarcimento.[128]

No que tange o infrator, a Justiça Restaurativa busca igualmente fazê-lo participar ativamente no processo penal. Como aponta Zehr (2003, 2008), preliminarmente é

[127] *Ibid.*
[128] *Ibid.*

necessário um consenso entre as partes sobre os fatos e o reconhecimento da ofensa por parte do infrator, a partir daíele é incentivado a refletir sobre as consequências de seus atos sobre a vítima e demais envolvidos, e participar do processo de restauração exteriorizando seus motivos e contribuindo para a construção de uma solução que melhor beneficie a todos, uma verdadeira responsabilidade, que inclui não só o entendimento das consequências humanas originadas pelos nossos atos, mas também responsabilizar-se no sentido de auxiliar na correção da situação e reparação dos danos.

Ressalta-se que a participação tanto da vítima quanto do ofensor deve pautar-se na voluntariedade, haja vista que atos coercitivos refletem de maneira antagônica ao intento da discussão. (GOMES, MOLINA, 2008)

Além disso, como aponta Thompson (2002), a voluntariedade de participar do procedimento restaurador auxilia na empatia pela situação da vítima, o arrependimento do mal cometido e consequentemente o comprometimento pessoal do ofensor na restauração dos danos, atos que refletem positivamente no progresso da atividade terapêutica de ressocialização, do mesmo jeito que a coercibilidade tem sobre o mesmo efeito negativo.

O fim de restauração da Justiça Restaurativa reflete-se em sua forma procedimental, sua flexibilidade em não trazer formulas prontas de um sistema criminal formal e legalista, como é característico da justiça convencional, possibilita a utilização de diversas práticas de resolução de conflito, todas com a característica de utilizar um facilitador, pessoa justa e imparcial responsável por facilitar o diálogo equitativo entre os envolvidos integrados na resolução, incluindo-se a comunidade neste rol, uma vez que a criminalidade diz respeito a todos. Logo, existe um favorecimento da inclusão social nestes procedimentos, dando-lhes um caráter comunitário onde muitas vezes os próprios integrantes da comunidade são os facilitadores, provocando um maior conforto para a discussão e capazes a oferecer maior suporte às necessidades da vítima e do ofensor, aspectos adversos do atual sistema que concentra as discussões sob o monopólio estatal. (BRASIL, 2009; MOLINA, GOMES,2008; VITTO, 2005)

Desta forma, são procedimentos restaurativos válidos aqueles que buscam a real integração dos envolvidos, o auxílio do facilitador e o foco do resultado restaurativo, sendo os mais comuns: a mediação, a conferência (c*onferencing)* e círculos decisórios (*sentencing circles),* as câmaras restaurativas (*restorative conferences*), os círculos de

pacificação (*peacemaking circles)* e a restituição (*restitution*). (BRASIL, 2009; AZEVEDO, 2005.)

Ante o exposto, cumpre ressaltar a necessidade de "compreender corretamente os pressupostos teóricos e principiológicos das práticas restaurativas, a fim de que seja afastado o risco do modelo retributivo não estar embutido em um discurso supostamente progressista e garantista." (VITTO, 2005, p. 48-49).

Assim, munidos de conhecimento sobre os contornos da Justiça Restaurativa, passemos a entender como foi seu início e sua evolução em escala global, além dos efeitos de seu incentivo internacional em nosso ordenamento jurídico.

3 ONU E MOVIMENTO RESTAURATIVO

Oriunda da análise das deficiências da justiça criminal principalmente no que tange o interesse das vítimas, a Justiça Restaurativa tem seu início como tal na década de 1970 através do trabalho de autores como Randy Barnnet, Nils Christie e Albert Eglash, sendo este o primeiro a utilizar da expressão "Justiça Restaurativa", a fim de identificar três modelos de justiça criminal: Retributiva, Distributiva e Restaurativa asseverando que enquanto as duas primeiras focam no delito e impede a participação da vítima no processo criminal, a terceira foca em restaurar os danos advindos do crime, oportunizando a composição da relação entre a vítima e o ofensor para que o mesmo possa identificar uma maneira de reparar o mal praticado. (GAVRIELIDES, 2007).

Por seu turno, Randy Barnnet (1977) foi o primeiro a falar sobre uma mudança de paradigma. Em seu artigo "Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice", ele argumenta que a maioria dos problemas do sistema criminal encontra-se no próprio paradigma adotado, asseverando que as justificativas para a utilização das penas, principalmente a capital e a privativa de liberdade não se perfazem na prática, dadas suas ineficiências inatas. Barnnet não só demonstrou o esgotamento do atual paradigma como defende que um paradigma que incluindo a participação da vítima no sistema criminal e focado na restituição do dano causado à vítima ao invés da punição ao ofensor é mais adequado à responsabilização e reabilitação do ofensor além da inibição da prática criminosas por terceiros que o sistema punitivo atualmente aplicado.

Neste seguimento, o artigo de Christie (1977) "Conflicts as property" foca na assertiva de que os profissionais[129] tomaram dos cidadãos a propriedade dos conflitos, causando consequências negativas, tanto coletivamente: por meio de uma monopolização de tarefas, impedindo o que seria uma oportunidade de maior participação ativa da sociedade, quanto individualmente. Por sua vez o ofensor que é o foco do sistema criminal torna-se um objeto para estudo e controle, perdendo a chance de se explicar a vítima, a qual avaliação sobre ele poderia ter importado.

O artigo visa demonstrar que "é o *próprio conflito* que representa a propriedade mais interessante tomada, não os bens originalmente tomados da vítima, ou devolvidos a ele"[130] (CHRISTIE, 1977, p.7). Isto posto, a resolução dos conflitos não deve ser profissionalizada, os especialistas quando necessária sua participação devem auxiliar na resolução do conflito, servir de recursos a entender o problema, sem entretanto tornarem-se o centro ou dominarem a discussão.

Após quase uma década da publicação dos artigos acima descritos e consequentemente o início das discussões sobre a Justiça Restaurativa, o pensamento restaurativo apresenta-se a um contexto internacional através da "Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder", editada pela Assembleia das Nações Unidas através da Resolução 40/34 de 1985 e que buscou elaborar princípios orientadores na proteção e reparação das vítimas, incentivando aos Estados membros a criação de mecanismos para a promoção destes. (BRASIL, 2009)

Este documento foi o primeiro de um seguimento adotado pela Organização das Nações Unidas que refletem os princípios restaurativos, merecendo destaque a Resolução 45/110 de 14 de dezembro de 1990 conhecida como "Regras de Tóquio" que procurou promover a elaboração de medidas não privativas de liberdade, visando uma maior integração da comunidade no processo penal, pautando-se nos esforços de despenalização e descriminalização. (BRASIL, 1990).

O fortalecimento da Justiça Restaurativa através dos referidos documentos, criou para muitos a necessidade de uma definição e um princípio orientador do paradigma restaurativo.

[129]Profissionais como advogados, promotores, juízes, sociólogos, psicólogos e demais especialistas que podem ser envolvidos em resoluções de conflitos.
[130] Tradução livre do autor.

Por este motivo, prévia a realização do 10º Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento dos delinquentes, o Conselho Consultivo Internacional Cientifico e Profissional do Programa da ONU de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal (ISPAC) divulgou uma pesquisa feita por Paul C. Friday sobre Justiça Restaurativa a fim de defender a necessidade das orientações para o auxílio na implementação do paradigma restaurativo, onde concluiu-se a necessidade de orientações e normas, vez que a efetivação de procedimentos restaurativos encontra três perigos: que programas que aparentem ser restaurativos sejam representações do procedimento judicial convencional; que a base legal para a iniciação do processo se perca; e que os fatores produtores do crimes (pobreza, racismo, valores culturais/sociais) sejam ignorados à medida que aparecem no processo. (FRIDAY,1999)

A pesquisa supracitada daria o embasamento necessário para que na sequência da realização do 10º Congresso, os Governos do Canadá e da Itália apresentaram à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal a Resolução 1999/26 nomeada "Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal", que requisitava a formulação de princípios e regras mínimas para a aplicação da mediação e da Justiça Restaurativa. (BRASIL, 2009; GAVRIELIDES, 2007).

Reportando-se a essa, foi emitida a Resolução 2000/14, onde se solicitou ao Secretário-Geral que requeresse manifestações dos Estados Membros e organizações intergovernamentais e não governamentais, assim como de institutos da rede das Nações Unidas de Prevenção do Crime e Programa de Justiça Criminal, sobre a aspiração da formulação de um instrumento conforme pleiteado pelos documentos acima. (BRASIL, 2009)

Logo, em 24 de Julho de 2002, o Conselho Econômico e Social (ECOSEC) adota a Resolução 2002/12, intitulada "Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais" com os intuitos de disseminar a implementação da Justiça Restaurativa nos Estados Membros que ainda não possuem, fornecendo para tanto conceitos básicos necessários a fim de garantir um sistema efetivamente restaurativo, além de encorajar aos que já possuem a cooperação com aqueles que necessitarem de auxílio para a efetivação das orientações da presente resolução.

Como se percebe, o crescimento da Justiça Restaurativa na pauta da ONU foi um reflexo ao constante avanço dos Direitos Humanos no âmbito criminal, cominando em

uma resolução que visa incentivar uma adoção globalizada à Justiça Restaurativa diante da crise enfrentada no sistema criminal convencional.

Dito isso, é essencial o esclarecimento que esta não trata de diretrizes imutáveis ou receitas à um completa Justiça Restaurativa, e julgá-la como tal seria um grave erro, vista que o próprio paradigma restaurativo encontra-se atualmente em processo de evolução.

Assim, a adoção dos Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais e o crescimento da Justiça Restaurativa na pauta da ONU, trouxe uma contribuição importante para as orientações no campo prático da Justiça Restaurativa e principalmente à inclusão do paradigma restaurativo nas discussões globalizadas, as quais ainda que tímidas, tiveram seus reflexos no Brasil.

4 A LEI 9.099/95 E A PRÁTICA RESTAURATIVA

Apesar de apresentar maiores barreiras legais para sua implementação em comparação com os países de sistema consuetudinário (*common law*), engana-se quem não acredita ser possível a adoção de um paradigma restaurativo no Brasil.

Prova disso foi a implementação de procedimentos conciliatórios no âmbito penal, prescrito no artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988, que instituiu a criação de Juizados Especiais competentes a julgar e a executar ações cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante um sumaríssimo focado na conciliação, a ser realizado por juízes togados ou leigos, permitindo inclusive a transação e o julgamento de recursos por turmas e juízes de primeiro grau, nas hipóteses previstas em lei. (BRASIL. 1988)

Posteriormente, os Juizados Especiais Cíveis - JEC's e os Juizados Especiais Criminais - JECrim's, foram regulamentados através da Lei 9.099/95 que em seu artigo 62 elencou como princípios norteadores deste novo procedimento a oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, com o objetivo de reparar os danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade. (BRASIL, 1995)

Percebe-se que a norma visa um procedimento mais célere e informal, capaz de fornecer mais rapidamente e em maior abrangência a prestação jurisdicional além de delimitar no âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo (definidos no artigo 61 da lei) um "espaço de consenso" na justiça criminal, entendido como a autorização de

resolver consensualmente a infração, onde o ofensor abdica do devido processo legal convencional (persecução criminal com todos os direitos de defesa previstos em lei) e o Estado da punição clássica (prisão) para através de métodos alternativos compor a disputa sem o julgamento de culpabilidade, favorecendo a ressocialização do infrator sobre a possibilidade encarceramento, como doutrina Luiz Flávio Gomes (2008).

Destaca-se que os objetivos de reparação à vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade, respaldam nas doutrinas de Proteção aos Direitos Humanos, advindas de um pensamento restaurativo e representadas em âmbito internacional na "Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder" e nas "Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade" conhecida como "Regras de Tóquio", documentos editados pela Assembleia Geral das Nações Unidas e considerados os primeiros indícios do paradigma restaurativo em caráter global. (GAVRIELIDES, 2007, CAPEZ, 2012)

Nesse sentido o instituto da Composição Civil, preceituado no artigo 74 da aludida lei, se perfaz em uma conciliação entre as partes, a ser realizada por juiz ou conciliadores, visando um acordo no ressarcimento dos danos, que quando frutífero resulta em sua homologação e consequente extinção da punibilidade, abrangendo os caráteres reparador e despenalizador pretendidos. (CAPEZ,2012; PINTO, 2005)

Do mesmo modo, o procedimento dos JECrim's trouxe uma certa flexibilização na formalidade e rigidez de nosso sistema criminal, vez que a natureza conciliatória deste modelo de justiça relativizou os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, conferindo um vislumbre dos objetivos adotados no modelo restaurativo.

O princípio da obrigatoriedade "segundo o qual o titular da ação está obrigado a propô-la sempre que presentes os requisitos necessários". (CAPEZ, 2012, p. 553), é substituído pelo chamado princípio da discricionariedade regrada da ação penal, haja vista que apesar de lhe ser concedida uma disponibilidade da ação, esta aplica-se somente na faculdade de propor ao passível ofensor uma medida alternativa à persecução criminal, sendo regrada dada a taxatividade de sua utilização, a impossibilidade de discricionariamente abster-se da denunciação ou arquivação de seu expediente quando impossibilitada a aplicação de medida alternativa, inclusive nos casos relativos a descumprimento injustificado da transação penal, posto que este causa um retorno à situação anterior a medida sucedendo uma necessária reavaliação do caso pelo *parquet*, conforme súmula vinculante 35. (MOLINA, GOMES, 2008; CAVALCANTE, 2014)

A exemplo deste princípio, podemos citar o instituto da transação penal prevista no artigo 76 da referida lei, que permite ao Ministério Público propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, em detrimento da ação penal. Destaque-se que o referido instituto foi criado sob um pensamento ressocializador, tendo em vista que por não definir culpabilidade impede que a vítima utilize a mesma para uma execução cível de ressarcimento de danos, conforme expresso no artigo 76, § 6º do dispositivo legal.

Ao mesmo tempo o princípio da Indisponibilidade da ação penal pública (condicionada e incondicionada), previsto no artigo 42 do Código de Processo Penal, obsta ao Ministério Público a desistência das ações penais já propostas. Como aponta Capez (2012) "Este princípio nada mais é que a manifestação do princípio anterior no desenvolvimento do processo penal". No entanto, o procedimento do JECrim adota princípio opoente ao mesmo, chamado de Disponibilidade da Ação Penal, conhecido por sua aplicação nas ações penais privadas, onde possibilita ao titular da ação dispor desta através de institutos próprios (renúncia, perdão, decadência) que dão fim a persecução penal, extinguindo a pretensão punitiva do Estado. (MOLINA, GOMES, 2008; CUNHA, 2015). Seu emprego à Lei 9.099/95 encontra-se em seu artigo 89, onde possibilita o Ministério Público propor a chamada Suspensão Condicional do Processo ao oferecer a denúncia, nos casos onde a pena mínima cominada for igual ou inferior a um 01 (um) ano e desde que preenchidos os requisitos legais para sua aplicação. (CAPEZ 2012, CUNHA, 2015, MOLINA, GOMES, 2008)

Além de se tratar do instituto de maior abrangência, uma vez que é aplicável a todos os crime quando presentes seus requisitos numa desvinculação do procedimento no qual é previsto. De um ponto de vista restaurativo, o referido instituto é o que mais se aproxima de seus programas, não sendo considerada como tal devida sua dependência das figuras judiciais tradicionais (juiz e promotor) para a sua efetivação. Todavia, não se podem desmerecer seus objetivos acertados de: uma retribuição do ofensor de forma diversa do encarceramento, viabilizando ressocialização; o requisito de comprometimento do mesmo em reparar a vítima pelos eventuais danos causados (art. 89, §1º,I, lei 9.099/95), além da margem que fornece em seu § 2º do artigo 89 há programas propriamente restaurativos, já que possibilita a vinculação do instituto a outras condições não expressas em lei. (PINTO, 2005)

Ressalta-se que o Ministério Público já havia experimentado certa disponibilidade da ação através do instituto da Remissão, prevista no artigo 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90. (AGOSTINI; LIMA JUNIOR, 2013)

Foi com boas intenções com que a Lei 9.099/95 buscou instalar um espaço de consenso na justiça criminal, ainda que por uma compreensível insciência estas não sejam um retrato de programas propriamente restaurativos (PINTO, AZEVEDO,2005; MOLINA, GOMES, 2008).

Talvez, tenha sido este o motivo que levou o procedimento sumaríssimo à sucumbir sob as falências do sistema convencional, fazendo com que dez anos após sua promulgação presencie suas medidas alternativas que visavam inovar em sua abordagem de reação ao delito, reduzidas à novas armas no embate dentro velho paradigma.

Enfim, mesmo que o contexto atual no que se refere a implementação da Justiça Restaurativa a partir de uma aplicação nos JECrim's não funcione como esperado, destaca-se que ao invés da execução de um formato que simplesmente se encaixe na sociedade, o ideal é que procedimentos restaurativos sejam construídos debaixo pra cima em uma comunidade, ou seja, que sua efetivação se dê a partir de experiências e evoluções do próprios de seu contexto jurídico e social (ZEHR, 2003).

Assim, incentivos na busca de novas lentes ao paradigma de justiça são o principal movimento de sua implementação, uma vez que fomentam experimentos práticos.

5 DO NÚCLEO ESPECIAL CRIMINAL – NECRIM

O espaço de consenso trazido pela Lei dos Juizados Especiais, ainda que diante da inabilidade de sua aplicação, constitui passo importante do progresso para uma justiça criminal que vise antes de tudo a pacificação social.

Nesse sentido, o presente objeto de estudo não buscou ampliar o âmbito do espaço de consenso da nossa justiça criminal, mas efetivar o espaço já legalizado.

Reassumindo sua função na prevenção de conflitos, a Policia Civil iniciou uma tentativa de efetivação dos princípios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade presentes na Lei 9.099/95 aplicados na fase de elaboração do Termo Circunstanciado (TC), responsabilidade da Polícia Judiciária no âmbito da primeira fase da *persecutio criminis*. (CONTELLI, SAUTCHUK, 2014, BLAZECK, 2013)

Isto Posto, ao analisarmos o projeto de Nunes (2009) que originou o NECRIM, podemos conceitua-lo como um órgão especializado da Polícia Civil do Estado de São Paulo, fundado na filosofia da Polícia Comunitária, entendida como um avanço no modelo hodierno com enforque preventivo, integrador e pacificador na resolução de conflitos, com a participação da comunidade na melhora para a qualidade de vida.

Por meio do NECRIM, a Polícia Judiciária dentro de sua competência busca a padronização do procedimento utilizado nos Termos Circunstanciados (TC) e a promoção de uma auto composição de conflitos em âmbito pré-processual, visando uma resposta rápida e eficiente a litígios considerados de menor potencial ofensivo, regulamentados pela Lei 9.099/95. Ressalvados os casos de competência das Delegacias de Defesa da Mulher no âmbito da Lei 11.340/06 – "Lei Maria da Penha", vez que esta expressamente afasta a aplicação do procedimento do JECrim.

Possuindo as atribuições de direção, execução e fiscalização do NECRIM, o Delegado de Polícia destaca-se como peça essencial à sua efetivação.

Não obstante, na composição preliminar, principal inovação do NECRIM, o Delegado assume função de facilitador, como designado pela Justiça Restaurativa, onde por meio de instrumentos de auto compositivos auxilia na resolução pacífica dos crimes de ação penal privada ou pública condicionada. Na regulamentação de uma atividade que, nas palavras de Barros Filhos (2013, p. 211) "**sempre foi exercida, de maneira informal, pelas autoridades policias**, com excelentes resultados". *(grifo do autor)*

Visando a preservação à autonomia volitiva das partes, vez que estas não podem ser coagidas a participar da composição preliminar e muito menos realizarem qualquer acordo, as audiências preliminares sempre ocorrem na presença de um representante da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), muitos núcleos também registram em vídeo o procedimento (CONTELLI, SAUTCHUK, 2014). Sendo frutífera a composição, lavra-se o respectivo Termo de Conciliação Preliminar (TCP), que a posteriori é remetido juntamente com o TC para a apreciação do Ministério Público e do Juiz competente para homologação. (BARROS FILHO, 2013)

A homologação do TCP produz efeitos civis e penais, o primeiramente com status de título executivo judicial, passível de execução cível em caso de seu descumprimento. No âmbito penal gera a renúncia ao direito de queixa ou representação, expresso no artigo 74, p. ú. da Lei 9.099/95, com a consequente extinção da punibilidade com fundamento

no artigo 107, V do Código Penal, uma vez que são requisitos de procedibilidade da ação penal privada e pública condicionada. (PINTO, 2005).

Em cinco anos de NECRIM, sua contínua implementação no interior paulista é reflexo dos resultados positivos que trouxe para as comunidades onde está inserido. São 41 unidades, inclusive com atuação na capital do Estado de São Paulo.

6 ORIGEM E FORMALIZAÇÃO

No ano de 2003 na cidade de Ribeirão Corrente - SP, integrante da área da Delegacia Seccional de Franca e do DEINTER – 3 – Ribeirão Preto, o Delegado de Polícia Dr. Clovis Rodrigues da Costa, de forma precursora passou a presidir nas atribuição de sua função de Delegado de Polícia uma conciliação preliminar a ser realizada nas ocorrências relacionadas às infrações de menor potencial ofensivo, na forma de conciliador Bacharel em Direito previsto no procedimento especial da Lei 9.099/95 em seu artigo 73, p. ú. Após as conciliações, eram lavrados os acordos em um documento que denominou "Termo de Conciliação Preliminar" (ARGACHOFF; CAPEZ, et al., 2013)

Seis anos depois, com o advento da Resolução SSP – 233/2009 que conferiu ao Delegado de Polícia competência exclusiva na elaboração de Termo Circunstanciado (TC)[131], o Dr. Licurgo Nunes Costa, Diretor do DEINTER – 4 (Bauru) na época, apresentou projeto para a criação de Unidade Especializada em Termos Circunstanciados, denominada "NECRIM" – (Núcleo Especial Criminal), que tinha por objetivo, incialmente, uniformizar a estruturação do referido procedimento.

Todavia, logo chegaria ao conhecimento do Dr. Costa, o aludido projeto experimental conduzido na Delegacia Seccional de Polícia de Franca e seus positivos resultados práticos. Motivo pelo qual decidiu por incluir nas atribuições do NECRIM, o modelo de conciliação preliminar adotada naquela Seccional, para a respectiva implementação no âmbito de seu Departamento. (ARGACHOFF; CAPEZ, et al., 2013).

Deste modo, como explana o Dr. Luiz Maurício de Souza Blazeck a formalização interna da prática de conciliação realizada no âmbito policial, ocorreu somente em 15 de

[131]Procedimento de *persecutio criminis* de primeira fase (CONTELLI, SAUTCHUK, 2014), no âmbito da Lei 9.099/95.

dezembro de 2009, através da Portaria nº 06/DEINTER – 4 – BAURU, que instituiu em sua jurisdição, a criação dos NECRIM's.

Enfim, após 5 anos de resultados auspiciosos, o Decreto nº 61.974, de 17 de maio de 2016, institui formalmente os NECRIM's como órgãos componentes do Departamentos de Polícia Judiciária do Estado de São Paulo, disciplinando ao encontro dos procedimentos já adotados.

7 CRÍTICAS INICIAIS E PROPOSTAS FAVORÁVEIS

Como qualquer nova prática, o NECRIM foi alvo de críticas sobre seu procedimento e a atuação do Delegado de Polícia como conciliador/mediador.

Logo após sua criação, o Ministério Público se apresentou como seu principal opositor, chegando inclusive a Subprocuradoria-Geral de Justiça Jurídica, emitir parecer de autoria do Promotor André Estefam Araújo Lima, no sentido da invalidade de criação do NECRIM. Sob os fundamentos de que não se pode suprimir um ato processual (composição preliminar), e substituí-lo por uma "diligência realizada na Delegacia de Polícia" no sentido de que para a realização da audiência preliminar deve observar a formalidade prescrita em lei; que o delegado não possuiria a imparcialidade necessária à realização da conciliação devido sua responsabilidade de investigação na fase inquisitiva e que os acordos realizados no NECRIM não teriam validade, tendo em vista que acordos preliminares devem ser feitos sob a tutela do Magistrado e com a presença no Ministério Público, já que sua eficácia depende não da conciliação mas da homologação judicial, que só acontece nos casos onde as autoridades supracitadas presenciam que a manifestação da vontade ocorreu de forma livre e consciente. (SUB-PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA, 2010.)

Os fundamentos para o parecer do *parquet* em desfavor do NECRIM não procedem. Primeiramente, é de conhecimento geral que apesar das inovações trazidas pela Lei 9.099/95, na prática seu principal objetivo de celeridade não é concretizado devido ao extenso número de processos que se acumulam em seus juizados, em contra partida, conforme dados da Assessoria de Imprensa e Comunicação da Secretaria da Segurança Pública, as unidades Policiais registram em média 83 mil ocorrências de crimes de menor potencial ofensivo por ano no estado de São Paulo.

Nas conciliações realizadas no NECRIM o processo é muito mais célere vez que havendo o interesse na composição, esta ocorre quase que de imediato. E assegurando o respeito ao direito de ambas as partes, conforme estipulado na Portaria nº 06/2009, do DEINTER – 4 – BAURU, sempre há um representante da OAB presente, assegurando o respeitos dos direitos de ambas as partes. Caso haja a lavratura do TCP, este é enviado para a apreciação do *parquet* e consequente homologação judicial, respeitando jurisdicional previsto no artigo 5ª, XXXV da Constituição Federal. (BARROS FILHO, 2013)

No que tange os delegados conciliadores, ressalta-se que a implementação do NECRIM depende da existência de um delegado com perfil conciliador para a realização desta função, não sendo obrigadas ou escolhidas autoridades que possuem interesse de exercer tal mister. (BLAZECK, 2013).

No mais, importante ressaltar que a Polícia Civil em nenhum momento intentou usurpar qualquer mister do *parquet* ou do magistrado, ao trazer para o âmbito pré processual a composição de danos do JECrim. Tendo por único objetivo foi efetivação de um instituto que tem sua eficiência reduzida devido a morosidade do Judiciário. Valorizando o função preventiva da polícia, numa maior integração desta com a comunidade.

Assim, não demorou muito para o próprio NECRIM comprovar ao Ministério Público a sua eficiência de sua utilização, motivo pelo qual, apesar do parecer negativo, os TCP tem sido homologados judicialmente sem qualquer óbice.

Em balanço realizado sobre as práticas do NECRIM, de sua implantação em 2010 até o ano de 2015 foram mais de 68.913 audiências e 61.779 acordos, conferindo uma taxa de sucesso de 89,65%.

Em contra partida, no mesmo ano da criação do NECRIM, foi apresentado o projeto de Lei nº 5.117, de autoria do então Deputado Federal Régis de Oliveira, que propunha alterações aos arts. 60, 69, 73 e 74 da Lei 9.099/95, objetivando a introdução de um §1º no art. 60 atribuindo ao delegado a execução da composição preliminar; realizada após a elaboração do TC (art. 69); que sendo esta infrutífera, o envio do TC e suas partes para o Poder Judiciário (art. 69,§1º); onde assim como o delegado na fase inquisitiva, a composição do conflito é responsabilidade do juiz ou de conciliador sob sua orientação (art. 73); caso houvesse uma composição frutífera na esfera policial, os autos iriam ser enviados para homologação judicial (art. 73, §1º), por fim o art. 74 e seu

parágrafo único expressam as eficácias civil e penal do acordo preliminar homologado, sendo respectivamente de título executivo judicial e a renúncia ao direito de queixa ou representação. (QUEIJO, 2013)

Como podemos observar, o referido projeto tenta reproduzir no texto legal o procedimento já adotado pelos NECRIM's. No entanto, este acabou por ser arquivado.

Em seu lugar, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei nº 10.028/2011, de iniciativa do Deputado João Campos De Araújo, que mantém texto análogo ao projeto anterior, com uma crítica de que parece ressaltar que a conciliação seja para uma composição dos danos civis, restringindo o âmbito do procedimento realizado, uma vez que atualmente ocorre uma composição do conflito em si, sendo o ressarcimento dos danos consequência da responsabilização. (BARONE; QUEIJO, 2013)

8 A MEDIAÇÃO, A CONCILIAÇÃO E O DELEGADO MEDIADOR/CONCILIADOR

Os institutos da Medição e da Conciliação são métodos de auto composição de conflitos, conhecidos também como Métodos alternativos de Solução de Conflitos (MACS) ou Resolução Alternativa de Disputas (RAD's).

Afirma-se que a mediação é uma das formas mais difundidas de aplicação da Justiça Restaurativa no mundo, reproduzidas nas práticas do MVO em Amsterdã, do Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor (VORP) no Canadá e o Fórum para Iniciativas de Mediação (FIRM) utilizado no Reino Unido. (BALDAN, 2013; GAVRIELIDES, 2007). Podendo ser definida como um processo auto compositivo no qual terceiro(s) sem interesse na causa, facilitam o diálogo entre as partes para que estas, focadas no futuro, discutam todas as questões envolvidas no conflito para decidirem a melhor solução comum. (BRASIL, 2015)

Em contrapartida, a conciliação em um contexto internacional não é igualmente utilizada como prática restaurativa, tendo em vista que tradicionalmente é definida como um procedimento auto compositivo no qual terceiro(s) sem interesse na causa, assistem as partes na realização de um acordo para a solução de seu litígio, através da discussão da ofensa sob um enfoque objetivo e retrospectivo. Neste modelo os conciliadores sugerem soluções à problemática. (GIUDICE, 2013; BRASIL, 2015)

Contudo, no contexto jurídico brasileiro a conciliação utilizada nos procedimentos judiciais (e agora extrajudiciais), busca a efetiva harmonização social das partes, a humanização do processo de resolução de disputas, a não imposição ou coerção para o alcance de soluções, dentre outros. Pautando-se, portanto em princípios análogos ao da mediação, dispostos no Código de Ética da Resolução 125/2010, conforme Manual de Mediação Judicial (2015), editado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Assim, ao se falar na atuação de um Delegado Mediador/Conciliador, esta não deve ser entendida como a reprodução de uma prática retributiva, o que seria um contrassenso do pretendido em sua aplicação. Mas na possibilidade do Delegado Conciliador sugerir possíveis soluções equitativas ao problema, numa adequação da conciliação à nossa realidade, onde muitas vezes, devido a uma incultura do consenso as pessoas não possuem a desenvoltura necessária para encontrar através do diálogo soluções que beneficiem não só a ela, mas a todos os envolvidos.

9 O NECRIM COMO EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Como vimos anteriormente, a ONU tem se preocupado em produzir documentos internacionais incentivando as práticas restaurativas.

Nesse sentido, além da Lei 9.099/95 previamente abordada, podemos destacar o Plano Nacional de Segurança Pública de 2000, que ao sugerir a criação de um Sistema Único de Segurança Pública, enfatiza a necessidade de um Policiamento Comunitário, que segundo o Manual de Policiamento Comunitário, produzido pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo-NEV/USP (2009), trata de um trabalho policial que sugere uma polícia mais integrada com a comunidade, conhecedora de seus integrantes e seus problemas, a partir de um enfoque preventivo em um relacionamento mútuo de confiança, que busque um esforço conjunto para a resolução dos problemas. Como percebemos expressos nas atividades do NECRIM.

Do mesmo modo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, que considerando o direito fundamental de acesso à Justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, define como tratamento adequado "não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante

outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação" (BRASIL, 2010 – online)

Além de ressaltar "que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças" (BRASIL, 2010 - online)

Com o notável intuito de lutar contra a morosidade judicial, a referida resolução em seus artigos 3º a 5º expressa a organização de programas objetivando ações de incentivo à utilização da conciliação e da mediação, com a finalidade de auto composição de litígios e à pacificação social, através de parceria dos órgãos do Poder Judiciário com **entidades públicas** e privadas.

Reforça assim, a validade de conciliações extrajudiciais realizadas por entidades públicas, como é o caso do NECRIM, que embora tenha surgido de um exclusivamente incentivo policial, encontra corroborada sua atuação através da homologação judicial.

Complementarmente, sobre uma maior participação ativa da cidadania, o Decreto Presidencial de nº 8.243, de 23 de maio de 2014, instituiu a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS que, no seu artigo 3º, I apresenta como diretrizes gerais o "reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia", além de identificar em sei inciso II a "complementariedade, transversalidade e integração entre mecanismos e instâncias da democracia representativa, participativa e direta" (BRASIL, 2014 - online).

Diretrizes que vão "ao encontro das finalidades dos Núcleos de Mediação Comunitária, a exemplo do NECRIM, caracterizado pela solidariedade e cooperação entre os sujeitos envolvidos para a construção dos valores de cidadania e de inclusão social." (CONTELLI, SAUTCHUK, 2014).

Nesse sentido, COSTA e CACHICHI (2016, p.98) ensinam ao discorrer em Amor e Misericórdia: A flor e o fruto que:

> Aquele que tem fome, aquele que tem sede, aquele que está nú, aquele que está desesperado, aquele que está doente, o Estado, quando misericordioso, há de socorrer. Se cada qual der seu tijolinho, em curto espaço de tempo a humanidade estará renovada. Mas enquanto há recusa de uns e de outros, dos poderosos, continua-se na senda da desgraça que vemos no mundo. Individualistas que somos, estamos fechados em nós mesmos.

Com efeito, os Núcleos Especiais Criminais incorporam a mão misericordiosa do Estado àqueles que clamam por acesso à justiça em tempo razoável, com evidente supressão do individualismo.

Igualmente, na seara dos Direitos Humanos destaca-se o Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que aprovou o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3, onde em seu Eixo Orientador 4 – Segurança Pública, inclui a Justiça Restaurativa entre as diretrizes 12, 15, 16 e 17 que tratam respectivamente da transparência e participação popular no sistema de segurança pública e justiça criminal; garantia dos direitos das vítimas de crimes e de proteção das pessoas ameaçadas; modernização da polícia de execução penal; priorizando a aplicação de penas e medidas alternativas à privação de liberdade e melhoria do sistema penitenciário e promoção de sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa de direitos. (BRASIL, 2009)

Reportando-se inclusive a proposta de um Sistema Único de Segurança Pública, enfatizando o surgimento de uma Polícia Investigativa Democrática que deve atuar para além da busca de rígida observância do formalismo jurídico e alcançar a concretização de outros valores fundamentais previstos na Constituição, tais como o da duração razoável do processo, preservação da dignidade da pessoa humana e busca da paz (social), o que se dá com aplicação da norma jurídica compreendida não apenas pelo conjunto de regras. (CONTELLI)

Assim, a prática do NECRIM, liderada pelo Delegado de Polícia Mediador/Conciliador é resultado da manifestação de praticamente todos os incentivos à Justiça Restaurativa presentes em nosso ordenamento jurídico, orientados segundo o pensamento neoconstitucionalista, de efetivação dos princípios e direitos fundamentais expressos em nossa Carta Magna. (LENZA, 2012; CONTELLI, SAUTCHUK, 2014).

Principalmente nas necessidades mais emergentes de novas formas de resolução de conflitos, alternativas à morosidade do judiciário e a aplicação de um moderno policiamento.

CONCLUSÃO

Por fim, em que pese a indiscutível falência do Sistema Retributivo, os movimentos da Justiça Restaurativa em adoção de medidas alternativas ao paradigma convencional, se mostram cada vez mais fortes no contexto globalizado.

Neste cenário, ainda que exista uma constante necessidade de validação das resoluções de conflito extraprocessuais por parte do Poder Judiciário, característica antagônica ao apregoado na doutrina de Justiça Restaurativa internacional, esta é reflexo da peculiaridade do um controle jurisdicional dominante em nosso paradigma criminal, ainda por ser discutido.

Contudo, tal característica não faz o Núcleo Especial Criminal menos restaurativo, uma vez que a própria Justiça Restaurativa não apresenta um molde pronto no qual a sociedade deve se adequar, ao contrário, busca justamente a criação de um sistema capaz de se moldar a partir das necessidades de sua sociedade.

Assim, os Núcleos Especiais Criminais – NECRIM's, por meio de uma política de integração entre polícia e comunidade, desbrava os caminhos para uma Justiça Restaurativa brasileira na busca de uma Cultura de Paz e de inclusão social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular. A Construção Histórico-Discursiva do Conteúdo Jurídico-Político da Democracia como Direito Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

BARISTAIN, Antonio. **Nova Criminologia à Luz do Direito Penal e da Vitimologia.** Brasília: Universidade de Brasília, 2000. pp. 103-109

BARNNET, Randy Evan. **Restitution: A New Paradigm for Criminal Justice**, Ethics 87, 279-301, Julho de 1977. Disponínel em <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1558>. Acesso em 08 de maio de 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 3.

BONESANA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Ridendo Castigat Mores.Edição Eletrônica. Disponível em < www.jahr.org > Acessado em 20 de abril de 2016

BRASIL, **Código de Processo Penal.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 10 de maio de 2016

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial.** Edição eletrônica. 2015

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.** 2010. Disponível em < www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> Acesso em 25 de maio de 2016.

BRASIL, **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 26 de setembro de 1995. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em 20 de maio de 2016

BRASIL, **Lei de Execução Penal**. 11 de julho de 1984. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em 11 de maio de 2016.

BRASIL, **Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS.** Em 23 de maio de 2014. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm> acesso em 26 de maio de 2016.

BRASIL, **Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3.** Em 21 de novembro de 2009. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm> Acesso em 27 de maio de 2016.

BRASIL, São Paulo. **Núcleo Especial Criminal – NECRIM.** 17 de maio de 2016. Disponível em<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2016/decreto-61974-17.05.2016.html> Acesso em 29 de maio de 2016.

BRASIL, SUB-PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA JURÍDICA, **Parecer sobre a criação do Núcleo de Conciliação da Polícia Civil.** 2010. Disponível em < www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/.../PARECER%20CAOCRIM.pdf> 10 de maio de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acessado em 11 de maio de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral 1. 16 ed. São Paulo, Saraiva, 2012. (e-book) pp. 420-450

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Considerações sobre a Súmula Vinculante 35.** Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2014/10/comentarios-nova-sumula-vinculante-35.html> Acesso em 28 de maio de 2016.

CHRISTIE. Nils. Conflicts as Property. **The British Journal of Criminology,** Londres, 1-15, Janeiro de 1977.

CONTELLI, Éverson Aparecido; SAUTCHUK, Rodrigo. **Mediação e Conciliação nos NECRIM's (Núcleos Especiais Criminais) do Estado de São Paulo:** Justiça e o

Paradigma de Delegado de Polícia Resolutivo. Disponível em < http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3aa032c050c662b5.> Acesso em 20 de maio de 2016.

_____ CONTELLI, Everson A. ; COSTA, Ilton Garcia . Teoria da Ação de Direito Material no Processo Penal e a Proteção Eficiente da Vítima. In: Ilton Garcia da Costa. (Org.). **Direito e Justiça: Aspectos Atuais e Problemáticos**. 1ed.Curitiba: Juruá, 2015

COSTA, Ilton Garcia, CACHICHI; Rogério Cangussu Dantas e CACHICHI, Zilda Cangussu Dantas. **Amor e Misericórdia: A Flor e o Fruto**. *In*. Ivanaldo Santos e Lafayette Pozzoli (Organizadores). Fraternidade e Misericórdia. UM olhar a partir da justiça e do amor. São Paulo: Cultor de Livros, 2016. p.93 a 99.

COSTA JUNIOR, Paulo José. **Curso de Direito Penal.** 8 ed. São Paulo: DPJ, 2005.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral. 3 ed. Salvador: JusPODVIM, 2015.

FRIDAY, Paul C. **Restorative Justice.** International Scientific and Professional Advisory Council (ISPAC) of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme. Novembro de 1999. Disponível em < https://www.restorativejustice.org.uk/sites/.../UN%20report.pdf > Acessado em 01 de maio de 2016.

GAVRIELIDES, Theo. **Restorative Justice Theory and Practice:** Addressing the Discrepancy. Helsinki: European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations (HEUNI). 2007

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de-; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEV/USP. **Manual de Policiamento Comunitário:** Polícia e Comunidade na Construção da Segurança. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. 2009.

SANTIN, Valter Foleto. CARACTERÍSTICA DE DIREITO OU INTERESSE DIFUSO DA SEGURANÇA PÚBLICA. **Revista Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 5, p. 208-216, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/48/49>. Acesso em: 08 jul. 2016.

SÃO PAULO, **NECRIM's.** em 17 de maio de 2016. Disponível em <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2016/decreto-61974-17.05.2016.html > Acesso em 30 de maio de 2016.

SLAKMON, Catherine; PINTO, Renato Sócrates Gomes; VITTO, Renato Campos Pinto de (Org). **Justiça Restaurativa.** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. pp. 19-52, 125-135.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 3-19.

VIEIRA, Jair Lot. **Código de Hamurabi** – Código de Manu – Excertos – Lei das XII Tábuas. 3 ed. São Paulo: EDIPRO, 2011. pp. 31-32.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. **The Little Book of Restorative Justice.** Edição Eletronica. 2003.

Capítulo VIII

PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE, MÉTODO APAC E A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

FREITAS, Renato Alexandre da Silva[132]
BUENO, Vítor de Alcântara[133]
MISAKA, Marcelo Yukio[134]

RESUMO : O trabalho que segue tem por escopo a abordagem dos principais pontos atinentes às penas privativas de liberdade, bem como à crise que atualmente assola o sistema penitenciário brasileiro e as questões relacionadas ao método APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) desenvolvido por Mário Ottoboni como forma de suprir as lacunas estatais e principalmente auxiliar na recuperação positiva de nossos presidiários. Faz uma relação entre os temas dando, elaborando-se também críticas, e, ao final alternativas aos problemas do sistema prisional, a exemplo do investimento em educação.

PALAVRAS-CHAVE: Penas privativas de liberdade. Método APAC. Crise no sistema penitenciário, críticas e soluções.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal mostrar os principais pontos relacionados às penas privativas de liberdade bem como os métodos alternativos destinados à substituição do cumprimento da pena, em especial o método APAC destinado à recuperação dos presos bem como as mais relevantes negatividades que envolvem o sistema prisional brasileiro.

[132]Advogado. Mestre em Direito na área de concentração de Tutela Jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo, com especialização lato sensu em Direito Processual, Direito Tributário e Docência no Ensino Superior. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário UNITOLEDO em Araçatuba. Professor de Direito Tributário e Direito Empresarial no Curso de Graduação em Direito. Mediador pela Escola Paulista da Magistratura. Participação nas obras Vinte anos Constituição Federal e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Novo Código de Processo Civil: análises e reflexos nos demais ramos do Direito.

[133] Advogado militante. Pós-graduando em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Toledo-Araçatuba/SP.

[134]Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Norte do Paraná (UENP); Juiz de Direito no Estado de São Paulo; Professor de Direito Penal do Unitoledo-Araçatuba; Professor convidado da Pós Graduação Latu Sensu em Ciências Criminais do CERS (Centro de Ensino Renato Saraiva);

Num primeiro momento dá-se destaque às penas existentes no ordenamento jurídico pátrio, com menção a uma breve noção histórica, modalidades, funções entre outros aspectos.

Em seguida, suscita-se a crise enfrentada no sistema penitenciário brasileiro, com ênfase nos principais problemas e apontamento de possíveis soluções.

Por fim, e como alternativa à crise penitenciária, dá-se destaque ao denominado método APAC, criado por Mário Ottoboni como uma alternativa aos empecilhos enfrentados pelos detentos brasileiros frente aos problemas reinantes em nossos estabelecimentos penitenciários. O tópico foi desenvolvido em cima de referências de obras do próprio fundador do método e de pronunciamentos do Tribunal de Justiça Mineiro.

Por fim, sugere-se alternativas tendentes a acabar ou ao menos amenizar os problemas enfrentados por nossos detentos.

1. DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.

A pena por excelência é uma resposta estatal oriunda do *jus puniendi*, imposta àquele que age em desacordo com as normas penais existentes no ordenamento jurídico. De forma geral, a pena pode ser conceituada como uma forma de castigo imposto ao transgressor da lei.

Além da punição, a pena detém uma finalidade preventiva e educativa, haja vista que pune para coibir novas infrações e reinsere - ao menos em tese - o indivíduo no meio social.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2011, p.391), pena é:

> A sanção imposta pelo Estado, através da ação penal ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

Na lição de Capez (2004, p.632), a pena é identificada como:

> Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de infração penal, consiste na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição ao delinquente, promover sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.
> Outrossim, interessante trazer à tona as lições de Foucault:
> As práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiseres, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas (FOUCAULT, 2005, p.11).

Feitas as ponderações introdutórias, interessante mencionar um breve histórico das penas privativas de liberdade.

1.2 BREVE HISTÓRICOS

A história nos mostra que um indivíduo era mantido preso até definir-se qual seria seu destino final, e a definição desse destino se fazia basicamente pela pena corporal, como condenação a escravo, ou, a exemplo da Igreja, a colocação de uma pedra amarrada no corpo. Se a pessoa se desamarrasse, era porque era inocente, caso contrário era culpada e por isso morria. Neste último caso, foi o que se denominou por vingança divina[135].

Havia também a regra de talião, em que a sanção era imposta com base no mal sofrido: "cortava-se as mãos do ladrão, a língua do caluniador, marcava-se o rosto da adúltera, castrava-se o estuprador" (PIERALNGELLI, 1980, p.6).

Além disso, o Código de Hamurabi, que também possui passagens importantes sobre as penas influenciou muito o direito hebreu e asiático, sendo que aquele era "para implantar a justiça na Terra, para destruir os maus e o mal, para prevenir a opressão do fraco pelo forte, para iluminar o mundo e propiciar o bem estar" (LIMA, 1983, p.2).

[135] Conforme assinala Farias Junior (1993, p.23-24) "determinados povos da antiguidade cultivavam a crença de que a violação da boa convivência ofendia a divindade e que sua cólera fazia recair a desgraça sobre todos, todavia, se houvesse uma reação, uma vingança contra o ofensor, equivalente a ofensa a divindade depunha a sua ira, voltava a ser propícia e a dispensar de novo sua proteção a todos"

Também, tivemos outros diplomas como o Código de Manú e a Lei das Doze Tábuas.

No fim do ciclo evolutivo, houve uma humanização das penas de modo a gerar a "adequação da punição não só à personalidade do condenado, como também a todos os aspectos significativos que o crime apresenta, quer no plano subjetivo quer objetivo". (RODRIGUES, 1995, p.54)

Magalhães Noronha (2001, p. 55) lança suas lições:

> O "morra por ello" se encontrava a cada passo. Aliás a pena de morte comportava várias modalidades. Havia a morte simplesmente dada na forca (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefazendo-se, vinha ao solo, assim ficando, até que a ossamenta fosse recolhida pela confraria da misericórdia, o que se dava uma vez por ano; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito pó.

No Brasil também, as penas bem como os estabelecimentos prisionais tiveram seu processo evolutivo – mas verifica-se que ainda há muito que evoluir para chegarmos a patamares condizentes com a dignidade humana. Vejamos:

> A primeira menção à prisão no Brasil foi dada no Livro V das Ordenações Filipinas do Reino, Código de leis portuguesas que foi implantado no Brasil durante o período Colonial. O Código decretava a Colônia como presídio de degredados. A pena era aplicada aos alcoviteiros, culpados de ferimentos por arma de fogo, duelo, entrada violenta ou tentativa de entrada em casa alheia, resistência a ordens judiciais, falsificação de documentos, contrabando de pedras e metais preciosos (ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1870, p. 91).

Em nossas Constituições, a de 1824 previa a necessidade de as prisões serem limpas, seguras e com divisão dos presos de acordo com os crimes.

Já no Código Criminal do Império, datado de 1830, havia as penas de prisão cumuladas com trabalho simples, de modo que, se o trabalho não pudesse ser realizado a penalidade seria prisão simples (artigo 49).

Mais tarde, com Código de 1890, surgiram as penas de prisão celular, disciplinar, suspeição entre outras.

Já no começo do século XX, as prisões passaram a serem de acordo com a natureza dos presos (loucos, menores, mulheres etc.), havendo inclusive asilos para menores, mendigos entre outros criminosos.

Por fim, foi promulgado o atual Código Penal de 1940, com profunda alteração ocasionada pela Lei 7.209, datada de 11 de julho de 1984. Ao mesmo tempo, surgiu a Lei 7.210, com o fim de disciplinar as penas e medidas de segurança e tentar corrigir os problemas penitenciários brasileiros.

1.2 FUNÇÕES DA PENA

De início, convém trazer à baila as sempre precisas lições de Luiz Flávio Gomes (2000, p.40), ao nos falar sobre o papel da pena:

> A pena ou qualquer outra resposta estatal ao delito, destarte, acaba assumindo um determinado papel. No modelo clássico, a pena (ou castigo) ou é vista com finalidade preventiva puramente dissuasória (que está presente, em maior ou menor intensidade, na teoria preventiva geral negativa ou positiva, assim como na teoria preventiva especial negativa). Já no modelo oposto (Criminologia Moderna), à pena se assinala um papel muito mais dinâmico, que é o ressocializador, visando a não reincidência, seja pela via da intervenção excepcional no criminoso (tratamento com respeito aos direitos humanos), seja pelas vias alternativas à direta intervenção penal.

Sobre a finalidade da pena, existem algumas teorias tendentes a explicar o assunto.

A primeira é a denominada teoria absoluta ou retributiva, que apregoa ser a pena uma medida que visa castigar o criminoso por seus atos delituosos causados a todos de um modo geral. A pena é uma espécie de retribuição à sociedade.

Antônio Henrique Graciano Suxberger (2006, p.110) bem traduz a ideia acima:

> A pena consubstancia retribuição da culpabilidade do sujeito, considerada a culpabilidade como decorrente da ideia kantiana de livre arbítrio. Esse é seu único fundamento e, com amparo nesse argumento, é que se diz que, se o Estado não mais se ocupasse em retribuir, materializar numa pena a censurabilidade social de uma conduta, o próprio povo que o justifica também se tornaria cúmplice ou conivente com tal prática e a censura também sobre o povo recairia.

Apesar de assim ser, a referida teoria não está isenta de críticas conforme magistério de Maria Lúcia Karam (1993, p. 173):

> A privação da liberdade, o isolamento, a separação, a distância do meio familiar e social, a perda de contato com as experiências da vida normal de um ser humano, tudo isto constitui um sofrimento considerável. Mas, a este sofrimento logo se somam as dores físicas: a privação de ar, de sol, de espaço,

> os alojamentos superpovoados e promíscuos, as condições sanitárias precárias e humilhantes, a falta de higiene, a alimentação muitas vezes deteriorada, a violência das torturas, dos espancamentos e enclausuramentos em "celas de castigo", das agressões, atentados sexuais, homicídios brutais.

Em segundo lugar, destacamos a teoria da prevenção, ou teoria relativa que apregoa ser a pena um fator intimidador e inibidor de novos comportamentos delituosos:

> Superadas as teorias absolutas, compete, agora, fazer o estudo das chamadas teorias relativas, que buscam uma finalidade para a pena, razão pela qual esta deixa de ser um fim em si mesma, passando a ser vista como algo instrumental: passa a ser um meio de combate à ocorrência e reincidência de crimes, É notadamente uma perspectiva utilitarista. (GAMIL FÖPPEL EL HIRECHE, 2004, p.22).

Esta última teoria é dividida em preventiva geral e especial.

Na preventiva geral, a pena contém um fim ameaçador, que de acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2000, p.76): "com a ameaça de pena, avisando os membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; e, por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada".

Temos também a teoria mista ou conciliatória, em que a pena possui como finalidades precípuas punir e prevenir.

Há quem destaque que as penas não têm o condão de cumprir com seu fim:

> Por mais que se queira negar, a pena é castigo. Diz-se, também, que a sua finalidade precípua é reeducar para ressocializar, reinserir, reintegrar o condenado na comunidade. O cárcere, contudo, não tem função educativa; é simplesmente um castigo, e, como já se disse, esconder sua verdadeira e íntima essência sob outros rótulos é ridículo e vitoriano. Os condenados vivem ali como farrapos humanos, castrados até a esperança. (TOURINHO, 2002, p.515-516)

Seja como for, a pena possui suas classificações.

1.3 CLASSIFICAÇÕES DAS PENAS

Segundo o Código Penal, em seu artigo 32, as penas são classificadas em privativas de liberdade, restritiva de direitos e multa[1365]. As privativas de liberdade são a reclusão, a detenção e prisão simples. Reclusão e detenção são oriundas do cometimento de crimes, enquanto a prisão simples é a reprimenda a quem comete contravenções penais.

As restritivas de direitos são traduzidas pela prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de finais de semana etc.

Por fim, temos a multa que segundo Masson (2012, p.703) "é a espécie de sanção penal, de cunho patrimonial, consistente no pagamento de determinado valor em dinheiro em favor do Fundo Penitenciário Nacional".

Dada essa prévia noção sobre as penas em geral, mister trazer à tona os principais problemas envolvendo o sistema penitenciário brasileiro.

2 CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

Antes de tudo, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLVIII, assegura que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos[137], de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado".

[136]No que tange à aplicação de pena, o sistema no âmbito do Direito Comparado, o sistema Espanhol tem a seguinte disposição: Artículo 66. 1. Em ka aplicácion de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1ª Cuando concurra sólo uma ciscunstancia atenuante, aplicarán la pena em la mitad inferior de la que fije la ley para el delito. 2ª Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o uma o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior em uno o dos grados a la estabelecida por la Ley, atendidos el número y la entidade de dichas circunstancias atenuantes. 3ª Cuando concurra sólo uma o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena em la mitad superior de la que fije la Ley para el delito. 4ª Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior em grado a la estabelecida por la Ley, em su mitad inferior. 5ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por três delitos compreendidos em el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaliza, podrán aplicar la pena superior em grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo em cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

[137]Fornecendo-nos uma conceituação de estabelecimentos prisionais, o Portal do Ministério da Justiça, aponta o seguinte: [...] a)Estabelecimentos Penais: são todos utilizados pela justiça para alojar quem é preso, independente de ser provisório, condenado ou submetidos a medida de segurança; b)Estabelecimentos para Idosos: são estabelecimentos penais próprios, autônomos,, que se incorporam aos dos adultos, que servem para abrigamento de preso que tenham no mínimo sessenta anos de idade ao ingressarem ou os que atinjam essa idade quando de sua privação de liberdade; c)Cadeias Públicas: são estabelecimentos penais de presos em caráter provisório, sendo de segurança máxima; d)Penitenciarias: são estabelecimentos destinados a recolher presos em condenação a pena privativa de liberdade ao regime fechado; d.1) Penitenciaria de Segurança Máxima Especial: são estabelecimentos penais que abrigam presos de condenação em regime

Outrossim, a Lei de Execuções Penais em seu artigo 1º dispõe que "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".

Todavia, conforme se denota abaixo, a realidade brasileira é bem distante da previsão constitucional e legal.

O que se verifica no Brasil é o grande desrespeito aos direitos humanos, de forma que, além de punir-se normalmente uma classe desprivilegiada, pune-se de forma ineficaz.

Assim, o que se busca neste tópico é a abordagem dos problemas enfrentados pelos presidiários brasileiros em decorrência da falha de nosso sistema prisional.

Em 1988 a Organização Internacional de Direitos Humanos, em um estudo intitulado "O Brasil atrás das grades", apontou que:

> Os problemas nas prisões do Brasil representam uma consequência lógica de duas décadas de elevadas taxas de criminalidade, aumento da pressão pública em favor do 'endurecimento" contra o crime e a contínua negligência dos políticos. (HUMAN RIGHTS WATCH, 1998, prefácio).

De acordo com Assis (2007) "O Brasil convive com um abandono do sistema prisional, o que deveria ser um instrumento de ressocialização, muitas vezes, funciona como escola do crime, devido à forma como é tratado pelo Estado e pela sociedade.".

Os estudiosos do assunto destacam que os principais problemas enfrentados em nossos estabelecimentos prisionais giram ao redor do despreparo funcional, superlotação, ausência do Estado e programas de ressocialização eficazes, crise na saúde etc.

Rogério Greco (2011, p.306) critica nosso sistema:

> [...] o sistema carcerário, como parte da Administração Pública, deveria cumprir uma função (res)socializadora, ou seja, iniciar o condenado em

fechado, que possuem celas individuais; d.2) Penitenciarias de Segurança Médias ou Máxima: são estabelecimentos penais que abrigam preso de condenação de regime fechado e que possuem celas individuais ou coletivas; e) Colônias Agrícolas Industriais ou Similares: estas são estabelecimentos penais, que abrigam preso do regime semi- aberto; f) Casas do Albergado: casas do albergado são estabelecimentos penais, que abrigam presos que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto, ou, ainda, pena de limitação de fim de semana; g) Centros de Observação Criminológica: são estabelecimentos penais próprios do regime fechado e de segurança máxima, onde são realizados exames criminológicos estes indicadores da destinação que será dada ao preso, quanto ao estabelecimento adequado e ao tipo de tratamento que será submetido; h) Hospitais de Custodia e Tratamento Psiquiátrico: os hospitais de custodia e tratamento psiquiátrico, são estabelecimentos penais que abrigam pessoas submetidas a medida de segurança".

> atividades que lhe foram privadas extramuros, facilitando, assim, o seu retorno à sociedade, já agora minimamente habilitado.

Feito este breve introito, seguem os principais problemas do sistema carcerário pátrio.

De proêmio, importante frisar a questão sobre a saúde, que de acordo com Assis (2007, p. 1):

> A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões num ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas. O que acaba ocorrendo é uma dupla penalização na pessoa do condenado: a pena de prisão propriamente dita e o lamentável estado de saúde que ele adquire durante a sua permanência no cárcere. Também pode ser constatado o descumprimento dos dispositivos da Lei de Execução Penal, a qual prevê no inciso VII do artigo 40 o direito à saúde por parte do preso, como uma obrigação do Estado. (...) Dessa forma, a manutenção do encarceramento de um preso com um estado deplorável de saúde estaria fazendo com que a pena não apenas perdesse o seu caráter ressocializador, mas também estaria sendo descumprindo um princípio geral do direito, consagrado pelo artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual também é aplicável subsidiariamente à esfera criminal, e por via de consequência, à execução penal, que em seu texto dispõe que "na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

O segundo problema a ser destacado diz respeito às rebeliões que diariamente afrontam a segurança de nossos detentos e da população em geral diante de uma possível fuga. O autor anteriormente citado também discorre sobre o tema (2007, p. 2):

> A conjugação de todos esses fatores negativos acima mencionados, aliados ainda à falta de segurança das prisões e ao ócio dos detentos, leva à deflagração de outro grave problema do sistema carcerário brasileiro: as rebeliões e as fugas de presos. As rebeliões, embora se constituam em levantes organizados pelos presos de forma violenta, nada mais são do que um grito de reivindicação de seus direitos e de uma forma de chamar a atenção das autoridades quanto à situação subumana na qual eles são submetidos dentro das prisões. Com relação às fugas, sua ocorrência basicamente pode ser associada à falta de segurança dos estabelecimentos prisionais aliada à atuação das organizações criminosas, e infelizmente, também pela corrupção praticada por parte de policiais e de agentes da administração prisional.

Como consequência dos problemas que envolvem a saúde dos detentos, há a questão das mortes[138]. O alto índice de morte ocorrente é oriundo além dos problemas envolvendo saúde, também dos autos índices de rebelião e pelo comportamento dos presidiários que, em alguns casos possuem uma "ética prisional" de modo que em muitos casos não se tolera o estupro e violência contra crianças e idosos.

2.1. A QUESTÃO DA SUPERLOTAÇÃO

Outro grande problema que atinge nossas prisões, e que talvez seja identificado como o principal, diz respeito a questão da superlotação carcerária.

Trata-se, grosso modo, de uma doença entranhada no sistema, oriunda principalmente do descaso por parte do Estado no implante de políticas públicas e devida assistência à população.

A superlotação denota-se como nítida afronta aos direitos fundamentais, violando principalmente a dignidade da pessoa humana e de uma das garantias fundamentais insculpidas no artigo 5º Constituição, que em seu inciso XLIX expressa "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Outrossim, a dignidade da pessoa humana também possui guarida constitucional, configurando um dos fundamentos do Estado[139].

O jornal "Estadão" nos traz interessante reportagem sobre o presente assunto:

[138] *No âmbito de nossos tribunais não são raros os pedidos de indenização oriundos de mortes ocorridas em nossos estabelecimentos prisionais: EMENTA: MORTE DE PRESO. SUPERLOTAÇÃO DE CADEIA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS. DESCASO ESTATAL COM A VIDA E COM A DIGNIDADE DOS PRESO. DIREITO À REPARAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. A morte de Geraldo Amâncio de Barcelos é uma comprovação inconteste da instituição da pena de morte nas cadeias brasileiras. O lamentável e deplorável é que tal fato conta com a efetiva participação do Estado, que negligencia, de forma manifesta, em tutelar a integridade física e moral dos presos. A morte de Geraldo Amâncio de Barcelos - mais uma de milhares, até quando? - decorreu da superlotação da Cadeia Pública de Montes Claros, que possui capacidade para 60 presos e contava à época da morte com mais de 180 presos. Destarte, o Estado de Minas Gerais deve ser, com base no art. 37, parágrafo 6º, da CF, ser responsabilizado civilmente, visto que, ao permitir a superlotação da Cadeia Pública de Montes Claros, descumpriu não apenas o seu dever legal de proteger os presos, mas violou, também, de modo grave à garantia constitucional, prevista no art. 5º, inciso XLIX, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. O desrespeito a uma garantia constitucional não pode ficar impune. A apelante faz jus ao ressarcimento integral dos danos morais e materiais sofridos pela morte de seu esposo. (destaque nosso).*

[139] Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

> A superlotação do sistema carcerário é um problema antigo e que vem se agravando assustadoramente nos últimos anos. O último censo penitenciário constatou que, entre 2003 e 2007, o número de presos em regime fechado cresceu 13,05%. Atualmente, há cerca de 500 mil mandados de prisão não cumpridos. Em 2007, o sistema prisional brasileiro tinha 290.359 vagas, mas a população carcerária do País era superior a 446 mil pessoas - portanto, um déficit de 156 mil vagas. Em 2008, esse déficit era de 180 mil vagas. Diante dos problemas causados pelo colapso do sistema prisional, alguns magistrados já estão se recusando a mandar para a prisão até quem foi preso em flagrante. A situação é tão preocupante que os juízes criminais de Porto Alegre, onde há 28 mil condenados e apenas 16.500 vagas, acabam de adotar um sistema de rodízio de presos. A partir desta semana, 400 detentos do regime semi aberto na região metropolitana irão dormir na cadeia, um dia, e em casa, no outro. (ESTADÃO, 2009, s.p.)

Sobre o tema também, a Lei de Execuções Penais, em seus artigos 13, 85 e 88 estabelece que:

> Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.
> Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.
> Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.
> Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.
> Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
> a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
> b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados).

Como consequência da superlotação, as estruturas físicas brasileiras não conseguem atender de forma eficaz as demandas dos presidiários. Soma-se a isso a pouca assistência material fornecida pelo Estado, na medida em que os presos vivem em condições extremamente insalubres, com má alimentação e péssimas condições de higiene e vestuário.

Também se verifica que o ponto relativo à superlotação não é exclusividade dos grandes centros urbanos, mas também das cidades interioranas conforme se denota abaixo:

> O mapa da população carcerária da Penitenciária Modulada Estadual de Osório, conforme a SUSEPE, a capacidade do regime fechado é de 360 vagas, mas conta com 840 presos, enquanto a do regime semiaberto é de 116 vagas, mas conta com 243 presos. Trata-se do 3º estabelecimento penal mais lotado no Estado, somente superado pelo Presídio Central de Porto Alegre e pela Penitenciária Estadual do Jacuí. Também é a modulada com maior lotação no Estado. Recentemente, o Estado divulgou a criação de 288 vagas na Penitenciária Modulada Estadual de Osório" (RADIOOSORIO, 2009, p. 22).

Em suma, estes são os principais problemas de nosso sistema carcerário.

2.2. OUTRAS PONDERAÇÕES

O artigo 41 da Lei de Execuções Penais é o dispositivo da referida legislação que dispõe de forma enfática os direitos dos presidiários[140].

Todavia, o que se verifica *in concreto*, é que tais direitos não são respeitados, *v.g.* a Defensoria Pública, que, apesar da importante, não consegue desempenhar de modo eficiente suas atribuições, pois, muitos de seus profissionais são demasiadamente sobrecarregados.

A maioria dos direitos dos detentos é violada de modo que os mesmo são castigados com "sobre penas" o que lhes causa danos em sua dignidade física e moral.

A marginalização que permeia nossas prisões torna-se obstáculo à ressocialização intensificando o índice de violência e rebeliões.

Frente a isso, ocorre um verdadeiro círculo vicioso: no mesmo instante em que uma pessoa é detida pela prática de um crime, ela passa a cometer outros, ante a maneira em que se encontra alocada na prisão.

Não obstante, mesmo depois de pagarem sua dívida perante a justiça e à sociedade, ao contrário de serem reintegrados no meio social, são extirpados do mesmo

[140]O referido artigo estabelece que: Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003). Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. (BRASIL, 1984).

frente ao preconceito existente com um ex detento, que passa a ser considerado como uma escória da humanidade, gerando ambiente propício à reiteração criminosa.

De acordo com Osni Ribas:

> As penitenciárias, atualmente podem ser consideradas como um dos piores lugares em que o ser humano passa a viver, pois, encontram-se abarrotadas, sem condições dignas de vida, e menos ainda de possibilidade de trabalho e profissionalização do apenado. Um dos fatores que demonstram a efetiva falência do sistema prisional são os altos índices de reincidência, e apesar da presunção de que durante o cumprimento da pena o apenado é submetido a tratamento de reabilitação, as estatísticas demonstram que hoje no Brasil existem cerca de 446 (Quatrocentos e quarenta) mil presos, segundo dados apurados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Uma relação de 229 detentos para cada grupo de mil habitantes, quase o dobro do registrado na Argentina e mais que o triplo da taxa existente na Dinamarca. Do total de presidiários brasileiros, 57% já foram condenados, enquanto outros 43% ainda são provisórios e aguardam julgamento. (RIBAS, 2012).

Bitencourt também lança sua lição (2011, p.125):

> A prisão exerce, não se pode negar, forte influência no fracasso do "tratamento" do recluso. É impossível pretender recuperar alguém para a vida em liberdade em condições de não liberdade. Com efeito, os resultados obtidos com a aplicação da pena privativa de liberdade são, sob todos os aspectos, desalentadores.

Diante dos apontamentos feitos acima, verifica-se a falência de nosso sistema penitenciário. Em decorrência disso, entes não estatais, fundações, ONGs dentre outras entidades desenvolvem métodos alternativos para sanar ou ao menos amenizar os problemas enfrentados. Nesse contexto, em 1972, foi criado por Mário Ottoboni a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) como mecanismo de assistência aos presos.

O tópico seguinte é destinado à tratativa do assunto.

3. DA ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS-APAC

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados-APAC, originou-se em São José dos Campos-SP no ano de 1972, fundada pelo advogado Mário Ottoboni, que *a priori* criou uma ONG denominada Amando ao Próximo Amarás a Cristo.

Hoje, a APAC é uma entidade civil, com personalidade jurídica adquirida no ano de 1974, com o principal desiderato de realizar diversas atividades visando à recuperação dos presos.

A importância da APAC é indubitavelmente enorme, haja vista que a entidade possui uma atuação paralela à atividade estatal, trabalhando como Órgão Auxiliar da Justiça.

Ottoboni (2001, p.1), nos fala sobre o objetivo da APAC:

> Por que o método? Porque se trata de uma metodologia que rompe com o sistema penal vigente, cruel em todos os aspectos e que não cumpre a finalidade da pena: preparar o condenado para ser devolvido em condições de conviver harmoniosamente e pacificamente com a sociedade. O Método cuida em primeiro lugar da valorização humana da pessoa que errou e que, segregada ou não, cumpre pena privativa de liberdade.

O início das atividades do fundador se deu no presídio de Humaitá, localizado na mesma comarca em que o método foi desenvolvido. O primeiro ato inovador foi a retirada de policiais e carcereiros do local, de modo que a responsabilidade estatal passou a ser apenas alimentar.

O fundador bem elucida o ponto acima:

> Enquanto o sistema penitenciário praticamente – existem exceções – mata o homem e o criminoso que existe nele, em razão de suas falhas e mazelas, a APAC propugna acirradamente por matar o criminoso e salvar o homem. Por isso, justifica-se a filosofia que prega desde os primórdios de sua existência: "matar o criminoso e salvar o homem". (OTTOBONI, 2001)

O que se pretende é que o delito seja visto apenas como o deslize do passado, passando a ser resgatado o ser humano que é o infrator.

A Assessoria da Presidência para assuntos Penitenciários e Execução Penal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com o fito de diferenciar o método APAC do tradicional se manifestou no seguinte sentido:

> A principal diferença entre a Apac e o Sistema Carcerário Comum é que na Apac os próprios presos (chamados de recuperandos pelo método) são corresponsáveis pela sua recuperação e têm assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica prestadas pela comunidade. A segurança e a disciplina do presídio são feitas com a colaboração dos recuperandos, tendo como suporte funcionários, voluntários e diretores das entidades, sem a presença de policiais e agentes penitenciários. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2009).

Na lição de outros doutrinadores, o método APAC:

> [...] um Método revolucionário e eficiente no modo de execução de pena que hoje, decorridos mais de trinta anos, se tornou conhecido e adotado em grande parte do Brasil e em diversos países do mundo. É o Método APAC, que veio trazer condições ao condenado de se recuperar e ressocializar-se, tornando aquilo que parecia ser impossível de ser alcançado em realidade. (GUIMARÃES JÚNIOR, 2005).

Interessante aduzir que o referido método é destinado e aplicado em todos os regimes de cumprimento de pena, visando recuperar o preso em qualquer regime no qual se encontre.

Ottoboni disserta:

> Há várias APACs, porém, que aplicam o Método no regime fechado, em estabelecimentos administrados pela Polícia, e assumem a responsabilidade tão somente dos recuperandos em regime aberto e semiaberto. Além disso, a APAC fiscaliza o cumprimento das obrigações impostas aos sentenciados em liberdade condicional, penas alternativas e sursis, fazendo-o em local apropriado, por ela administrado e construído com a ajuda da sociedade, o qual se convencionou chamar de Centro de Reintegração Social Franz de Castro Holzwarth13. (2001, p. 52).

Um dos principais pontos que o método possui é a descentralização dos estabelecimentos prisionais dos grandes centros urbanos, o que ajuda os detentos a se manterem mais próximos de seus familiares, auxiliando assim na recuperação daqueles. Nesse sentido:

> Portanto, a APAC defende a descentralização dos presídios, de acordo com o princípio de que cada comunidade deve assumir sua população prisional, conforme preceitua a Lei nº. 6.416/77, inspirada no Método APAC que, na época, já havia, de modo inédito, conseguido a transferência para São José dos Campos de alguns condenados que cumpriam pena na Penitenciária do Estado, permitindo-lhes ficar mais próximos de seus familiares. (OTTOBONI, 2001, p. 54).

O método está se mostrando tão eficaz, que está se expandindo para outros países:

> Apresentando índices de reincidência em torno de 8%, o método socializador empregado pela Apac tem alcançado grande repercussão no Brasil e no exterior. Hoje, são aproximadamente 100 Apacs juridicamente organizadas que estão distribuídas em todo o território nacional, sendo que algumas estão em funcionamento ou em processo de implantação. Outras já foram implantadas nos seguintes países: Alemanha, Bulgária, Cingapura, Chile,

> Costa Rica, Equador, El Salvador, Eslováquia, Estados Unidos, Inglaterra, País de Gales, Honduras, Latvia, Malawi, México, Moldávia, Namíbia, Nova Zelândia e Noruega. Vale ressaltar que a Apac de Cartago (Costa Rica) já adota integralmente a metodologia apaqueana, semelhante ao modelo da Apac de Itaúna. Em 1986, a Apac se filiou a Prison Fellowship International - PFI, órgão consultivo da ONU para assuntos penitenciários. A partir dessa data, o Método passou a ser divulgado mundialmente por meio de congressos e seminários. Em 1991, foi publicado nos EUA um relatório afirmando que o Método Apac podia ser aplicado com sucesso em qualquer lugar do mundo. Enquanto isso, a BBC de Londres, após 45 dias de trabalhos e estreita convivência com os recuperandos do presídio Humaitá, lançou uma fita de vídeo posteriormente divulgada em diversos países do mundo, especialmente na Europa e Ásia. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2009).

De mais a mais, o principal fator inspirador do método APAC e o princípio da dignidade da pessoa humana, partindo-se do pressuposto de que nenhum detento é irrecuperável. Nesse sentido se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

> A APAC considera os presos como reeducando, partindo do pressuposto de que todo ser humano é recuperável, desde que haja um tratamento adequado. Os princípios seguidos são os da individualização do tratamento; da redução da diferença entre a vida na prisão e a vida livre; da participação da família e da comunidade no processo de ressocialização; e do oferecimento de educação moral, assistência religiosa e formação profissional. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2002).

Mário Ottoboni (2001, p.113), citando Hilário Veiga, aduz: "Eu creio firmemente na capacidade de recuperação do homem. Se o espírito humano é capaz de um infinito aperfeiçoamento, é ele, por igual, acessível a uma recuperação sem limites."

3.1. FORMAS DE REINTEGRAÇÃO

A função da APAC se fundamenta em doze premissas que serão tratadas a seguir, constituindo-se a espinha dorsal do método.

Em primeiro lugar, temos a participação comunitária que é primordial na reinserção dos presos na sociedade, de modo que o detento se reestabelece com os demais sujeitos.

Na visão do fundador:

> É evidente que tudo deve começar com a participação da comunidade. É necessário encontrar meios de despertá-la para a tarefa, mormente quando não existirem dúvidas de que o Estado já se revelou incapaz de cumprir a função essencial da pena, que é exatamente preparar o condenado para retornar ao convívio da sociedade. (OTTOBONI, 2001, p. 64)

Em segundo lugar, o destaque vai para a recuperação própria, ou seja, a demonstração de que o detento pertence à sociedade, cuja dignidade deve sempre ser preservada e em suas relações sociais sempre deve visar a ajuda ao próximo como forma de reinserção:

> Periodicamente a Apac deve desenvolver ações de sensibilização e mobilização da comunidade através de Audiências Públicas (convite às principais lideranças civis, políticas, sociais), Seminário de Estudos sobre o Método Apac – Formação de Voluntários, campanhas nos veículos de comunicação local e também para conquista de sócios-contribuintes. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2009, p. 20).

Não por outro motivo, foi criado o Conselho de Sinceridade e Solidariedade (CSS):

> É por esse mecanismo que o recuperando aprende a respeitar o semelhante. Por meio da representação de cela e da constituição do CSS - Conselho de Sinceridade e Solidariedade, composto tão somente de recuperandos, busca-se a cooperação de todos para a melhoria da segurança do presídio e para as soluções práticas, simples e econômicas dos problemas e anseios da população prisional, mantendo-se a disciplina. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2009, p. 21).

O terceiro ponto ressocializador, talvez o mais importante é o trabalho. Através do labor o sujeito se redescobre na medida em que possui uma segunda oportunidade de melhorar socialmente e se esquivar das práticas delituosas como meio de subsistência.

O Tribunal de Justiça Mineiro, em excerto da Cartilha Novos Rumos da Execução Penal ressalta:

> O trabalho deve fazer parte do contexto e da proposta, mas não deve ser o único elemento fundamental, pois somente ele não é suficiente para recuperar o preso. Se não houver reciclagem de valores, se não melhorar a autoestima, fazendo com que o cidadão que cumpre a pena se descubra, se conheça e enxergue seus méritos, nada terá sentido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2009, p. 20).

Assim, a laborterapia é mecanismo muito eficaz no processo de recuperação dos detentos.

Outro instrumento (apesar da laicidade estatal) é a religião. Ela, mostra à pessoa como deve ser pautada sua postura frente ao semelhante.

> [...] cabe ao voluntário ajudar o recuperando a descobrir que o Pai, certamente, quer o filho de volta após uma reflexão profunda, vivenciada no abandono das celas, na solidão das noites e na distância das pessoas queridas; e que essa volta não deve ser apenas momentânea, mas o reflexo de alguém que realmente se decidiu por uma vida nova. (OTTOBONI, 2001, p. 79).

Seguindo o assunto, um dos pontos mais importantes no processo de recuperação dos detentos diz respeito à assistência judiciária. Isso porque, um dos maiores tormentos de um condenado diz respeito à sua situação perante o Estado, a exemplo do período de pena que resta cumprir. Porém, como na maioria dos casos os detentos não reúnem recursos para contratar um profissional e nem sabem da possibilidade de assistência gratuita, acabam recorrendo aos familiares que buscam informações por si mesmos sem qualquer instrução.

> Sabe-se que 95% da população prisional não reúne condições para contratar um advogado e a ansiedade cresce, especialmente na fase de execução da pena, quando o preso toma conhecimento dos inúmeros benefícios facultados pela lei. Por isso, em todo o momento, o recuperando está preocupado em saber sobre o andamento do seu processo, para conferir o tempo que lhe resta na prisão. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2009, p. 22).

Como fomento à assistência, todavia, a APAC visa concedê-la como um mérito àqueles que ostentem bom comportamento.

De acordo com Ottoboni:

> [...] o profissional que atende os recuperandos precisa ter consciência da situação que envolve o ser que cumpre pena privativa de liberdade, para dar respostas adequadas às perguntas formuladas. Como o direito é uma ciência dinâmica, nunca se pode dizer, especialmente em matéria de execução penal, que está tudo perdido, que não há mais solução, ou fazer outras afirmações equivalentes que passam a ser exasperantes para o condenado, levando-o às vezes à prática de atos inconvenientes porque perdeu a esperança. Por mais longa que seja sua condenação, jamais poderá ser levado a crer no agravamento de sua situação, com informações que eliminam todo o sonho de liberdade (2001, p. 80).

Outro ponto a ser destacado é o atinente à saúde dos detentos, que, como visto em tópicos anteriores, é de péssima condição em nossos estabelecimentos prisionais, a APAC no entanto, procura sempre conceder ao detento as melhores condições.

Segundo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> São oferecidas as assistências médica, psicológica, odontológica e outras de modo humano e eficiente, através do trabalho voluntário de profissionais dedicados à causa apaqueana. O atendimento a essas necessidades é vital, já que, se não atendidas, criam um clima insuportável e extremamente violento, foco gerador de fugas, rebeliões e mortes. Por isso, é fácil deduzir que a saúde deve estar sempre em primeiro plano, para evitar sérias preocupações e aflições do recuperando. (2009, p. 23).

Mais um método adotado é o processo de valorização humana. Apesar de todo o processo que o ser humano passa em seu desenvolvimento, na maioria das vezes, pode, como detento, perder sua noção de ser humano e se menosprezar, sem perspectiva de que terá uma nova oportunidade após o cumprimento de sua pena. De mais a mais, não são raros os casos de suicídio no estabelecimento penal. Diante disso, é preciso desenvolver meios de o detento se valorizar enquanto ser humano e compreender a necessidade de se recuperar e voltar à sociedade.

Não por menos, pode-se constatar que o principal objetivo da APAC é a valorização humana.

> [...] uma vez que ele busca colocar em primeiro lugar o ser humano, e, nesse sentido, todo o trabalho é conduzido de modo a reformular a autoimagem da pessoa que errou. Em reuniões de cela, com a utilização de métodos psicopedagógicos, é realizado grande esforço para fazer o recuperando voltar seu pensamento para a valorização de si mesmo; convencê-lo de que pode ser feliz e de que não é pior que ninguém. A educação e o estudo devem fazer parte deste contexto de valorização humana, uma vez que, em âmbito mundial, é grande o número de presos que têm deficiências neste aspecto. Além disso, a melhoria das condições físicas do presídio, alimentação balanceada e de qualidade, concurso de composição e até mesmo a utilização de talheres para as refeições são aspectos que fazem com que os recuperandos se sintam valorizados. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2001, p. 23).

Aliás, segundo Ottoboni:

> Os voluntários, especialmente treinados para esse fim, irão ajudá-lo a retirar as máscaras que o impedem de ver a realidade tal como é, a despojar-se da lama da mentira, dos vícios, dos preconceitos até em relação ao amor, das grades interiores, da mesquinhez do mundo do crime, para que, ao final, purificado de tudo isso, possa perceber-se como filho de Deus, como alguém que pode ser feliz, que não é pior que ninguém, de forma alguma. Quando isso acontece, é o momento da volta do filho para o abraço carinhoso do pai, que esperou pacientemente, às vezes, durante toda uma vida. (OTTOBONI, 2001, p. 86).

Nesse processo de valorização humana, ingressa outro método incentivado pela APAC que é o apoio à família. A família é um respaldo ao egresso, de modo que sempre deve ser preservada.

> Nesse sentido, empreende-se um grande esforço para que os elos afetivos familiares não sejam rompidos. A participação da família é importante após o cumprimento da pena, como forma de continuidade do processo de inserção social. Nota-se que, quando a família se envolve e participa da metodologia, é a primeira a colaborar no sentido de que não haja rebeliões, fugas, conflitos. As vítimas ou seus familiares também precisam receber a atenção e os cuidados da Apac. É preciso que se constitua um departamento próprio para organizar essa função. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2009, p. 24).

Em suma, a proteção da família se inclui nos objetivos da APAC, na medida em que aquela é primordial na recuperação dos presos.

> Para alcançar esse objetivo, o Método APAC oferece aos familiares Jornadas de Libertação dom Cristo (retiros espirituais) e cursos regulares de Formação e Valorização Humana, buscando ainda proporcionar todas as facilidades possíveis para o estreitamento dos vínculos afetivos. Nesse sentido, é permitido ao recuperando manter correspondência e contato telefônicos diários com os familiares. São, ainda, incentivadas visitas especiais no Dia das Crianças, no Dia dos Pais, no Dia das Mães, no Natal, na Páscoa etc. Aos familiares é dada toda orientação sobre a forma de se relacionar com os recuperandos, evitando assuntos que provoquem angústia. Ansiedade e nervosismo, que acabam sempre influindo na disciplina do preso. Além dessas, são tomadas muitas outras medidas que buscam facilitar o encontro do recuperando com sua família. (OTTOBONI, 2001, p. 87).

Mais um mecanismo utilizado é a adoção do trabalho voluntário. Na medida em que uma pessoa se disponibiliza a laborar voluntariamente, ela passa a ter a noção da importância do agir em conjunto e passa a buscar novamente por uma vida em sociedade, sempre buscando o bem comum por se disponibilizar a ajudar o semelhante. Porém, no sistema da APAC, o detento, para alcançar a condição de voluntário passa por uma espécie de estágio probatório, a exemplo da realização de cursos. Assim:

> Para desenvolver sua tarefa o voluntário precisa estar bem preparado. Com este objetivo ele participa de um curso de formação, normalmente desenvolvido em 42 aulas. Nesse período, ele conhecerá a metodologia, desenvolvendo suas aptidões para exercer o trabalho com eficácia e forte espírito comunitário. A Apac procura despertar os voluntários para a seriedade da proposta, evitando toda forma de amadorismo e improvisação. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2009, p. 24).

O que se denota, entretanto, é que, pelas dificuldades que nossos presídios passam, deve haver uma maior mobilização social, conforme assinala Ottoboni:

> Por fim, temos de convir que toda a sociedade precisa e deve ser motivada, convocada para esse trabalho gratuito que visa protegê-la. A APAC necessita sensibilizá-la o tempo todo, quer por meio de campanhas de arrecadação de fundos (destinados, em regra, a despesas imprescindíveis em favor dos próprios recuperandos), quer na ampliação de seu quadro social para conquistar novos doadores. Tudo isso é que tem garantido o sucesso da APAC, que a tem tornado permanente e vencedora. O respaldo da própria sociedade, evitando que haja dependência de um único órgão que a faça existir, subvencionando-a com exclusividade, empresta-lhe eficácia e sentido de durabilidade e serenidade. (OTTOBONI, 2001, p. 91).

No caminhar do processo recuperacional, especial importância têm os chamados "casais padrinhos", que é um modelo a ser seguido pelos recuperandos. Nos dizeres de Ottoboni (2001, p. 93): "como é sabido, a formação da personalidade humana é plasmada a partir da imagem do pai, da mãe, de si mesmo e de Deus." Ainda colaciona:

> A grande maioria dos recuperandos tem uma imagem negativa do pai, da mãe ou de ambos ou mesmo daqueles que os substituíram em seu papel de amor. É nesse campo, por exemplo, que entra a presença voluntária dos "casais padrinhos", que têm a tarefa de ajudar a refazer as imagens desfocadas e negativas dos pais, com fortes projeções na imagem de Deus. Somente quando o recuperando estiver em paz com estas imagens, estará apto e plenamente seguro para retornar ao convívio da sociedade. (OTTOBONI, 2001, p. 93).

3.2. CENTRO DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL-CRS

O Centro de Reintegração Social foi planejado pela APAC visando atender a LEP no que se refere ao cumprimento das penas impostas em regime semiaberto cumprido em colônias agrícolas entre outros. Na visão de Mário Ottoboni (2001, p. 95) possui o Centro "três pavilhões - destinados aos regimes fechado, semiaberto e aberto, não frustrando, assim, a execução da pena". Vejamos:

> A criação do CRS oferece ao recuperando a oportunidade de cumprir a pena no regime semiaberto próximo de seu núcleo afetivo: família, amigos e parentes, facilitando a formação de mão-de-obra especializada, além de favorecer a reintegração social, respeitando a lei e os direitos do sentenciado. O recuperando não se distancia de sua cidade e encontra, logicamente, apoio para conquistar uma liberdade definitiva com menos riscos de reincidência, além de se sentir protegido e amparado como ser humano. Várias são as APACs no Brasil.(Jacareí-SP, Caraguatatuba-SP, Bragança Paulista-

> Sp, Itaúna-Mg, Cuiabá-MT, entre outras), que seguiram essa recomendação. Além dos pavilhões para abrigar os recuperandos dos regimes semiaberto e aberto, construíram, no mesmo local, sala para palestras, consultório médico-odontológico, refeitório e outros espaços que, além de permitirem o cumprimento da pena em local digno para o recuperando e seus familiares que também se fazem presentes no processo, contribuem sobremaneira para a recuperação do condenado. (OTTOBONI, 2001, p. 96).

Os centros também são compostos por:

> [...] Departamentos de: Saúde, Jurídico, e Administrativo, bem como de recursos materiais convenientes à recuperação do preso, com cela ou alojamentos dignos, cozinha e locais para recebimento da família, tem demonstrado sua grade importância como assistência material ao preso, sendo fundamental no auxílio a sua recuperação. (TRABUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2012, p. 50).

Por fim, a cartilha do TJMG (2001, p. 25) fala que o CRS tem importância porque "facilita a formação de mão de-obra especializada, favorecendo a reintegração social e respeitando os direitos do condenado.".

3.3. MÉRITO

Do mesmo modo que a má postura criminal no período de execução da pena pode gerar penalidades como a regressão, na APAC os detentos tendem a adquirir algum benefício por seu mérito. Nas palavras de Ottoboni (2001, p. 96) "A legislação brasileira adota o modelo progressivo de cumprimento de pena, oriundo da Irlanda, e pugna pela progressividade tendo e, vista o tempo de cumprimento da pena e a conduta do condenado.".

O Tribunal Mineiro se pronuncia:

> Através do cumprimento da pena de maneira justa e eficiente, tanto o recuperando quanto a sociedade estarão protegidos. Para tanto, é imperiosa a necessidade de uma Comissão Técnica de Classificação - CTC – composta de profissionais ligados à metodologia, seja para classificar o recuperando quanto à necessidade de receber tratamento individualizado, seja para recomendar, quando possível e necessário, os exames exigidos para a progressão dos regimes e, até mesmo, cessação de periculosidade, dependência toxicológica e insanidade mental. Esse trabalho deve ser confiado a profissionais competentes e comprometidos com o Método Apac. Neste aspecto pesa, inclusive para a apuração do mérito do condenado, o pedido de perdão à vítima, porque essa atitude demonstra que os verdadeiros valores da vida foram repensados pelo recuperando. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2001, p. 26).

Por oportuno, o método APAC também traz a figura do mérito, sem qualquer caráter impositivo, mas com a intenção de mostrar ao preso que condutas boas atraem coisas boas, mas tudo é planejado para que não ocorra a sistemática do "receber para fazer", o que pode desvirtuar a intenção de tal técnica.

Tudo é analisado:

> Verifica-se que, desde o dia em que o preso entrou na APAC, ele passa a ser avaliado, muitas vezes, pelos próprios conselheiros dos Conselhos de Sinceridade e Solidariedade – CSSs, formados pelos próprios recuperandos do regime, quanto a sua caminhada e vontade de recuperação. São os CSSs que irão indicar, a princípio, o trabalho dos presos na rotina do dia a dia e avaliarão seu compromisso no que diz respeito à receptividade da assistência externa recebida. Nota-se, assim, que esses Conselhos formados pelos presos (que costumam ser extremamente rigorosos) participam das atividades avaliativas que poderão proporcionar a chance de melhoria da situação prisional de cada um dos recuperandos. Já os Comitês Técnicos de Classificação são formados por pessoas que participam da rotina dos presos, geralmente voluntários, dirigentes e funcionários das APACs, verificando as tarefas e a caminhada de cada um dos presos, dentro da metodologia, opinando, assim, pela concessão de benefícios. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2012, p. 51).

Por fim, trazemos à baila a denominada jornada de libertação com Cristo. Trata-se de uma forma de assistência desenvolvida por Mário Ottoboni semelhante ao que ocorre no âmbito da religião católica. É efetivada por meio de um reunião realizada todos os anos com a ocorrência de palestras e outros mecanismo que de acordo com o Tribunal Mineiro (2009, p.27) se traduz em um "misto de valorização humana e religião - meditações e testemunhos dos participantes, cujo objetivo é provocar no recuperando a adoção de uma nova filosofia de vida".

Aliás:

> A Jornada de Libertação com Cristo é o ponto alto da metodologia. São três dias de reflexão e interiorização com os recuperandos. A equipe de expositores deve ser formada, de preferência, por membros do grupo de voluntários, daqueles que vivem os problemas que afligem o dia-a-dia dos "jornadeiros", para falar a linguagem de todos conhecida. A jornada nasceu da necessidade de se provocar uma definição do recuperando sobra a adoção de uma nova filosofia de vida, cuja elaboração definitiva levou 15 anos de estudos, apresentando uma sequência lógica, do ponto de vista psicológico, das palestras, testemunhos, músicas, mensagens e demais atos, com o objetivo precípuo de fazer o recuperando repensar o verdadeiro sentido da vida. Tudo na Jornada foi pensado e restado exaustivamente, e o roteiro, ajustado incansavelmente até que seus propósitos fossem atingidos. (OTTOBONI, 2001, p. 98-99).

3.4. CRÍTICAS AO MÉTODO APAC

Apesar de todos os pontos positivos acima expostos, o método APAC não se encontra isento de críticas. O principal argumento é o de que o método afronta a laicidade estatal, seguindo a ideia de que, para alguém ser beneficiado pela APAC, deve se alinhar a uma determinada posição religiosa. De acordo com a doutrina:

> O Método APAC proclama a necessidade imperiosa do recuperando fazer a experiência de Deus, ter uma religião, amar e ser amado, não impondo este ou aquele credo. A religião é fundamental para a recuperação do preso, a experiência de amar e ser amado desde que pautada pela ética, e dentro de um conjunto de propostas onde a reciclagem dos próprios valores leve o recuperando a concluir que Deus é o grande companheiro, o amigo que não falha. Então Deus surge como uma necessidade, que nasce espontaneamente no coração do recuperando para que seja permanente e duradoura. (GUIMARÃES JÚNIOR, 2005).

Lauriene Ayres Queiroz enfatiza que "um ateu talvez tivesse dificuldade com um dos princípios, muito enfatizado na Jornada, que é fazer a experiência de Deus" (QUEIROZ, 2011).

Ainda segundo a literatura, para que se construa uma República Democrática, deve separar-se Estado e religião, não podendo aqueles que professam determinada fé gozar de maiores benefícios que outros. O Estado tem que ser laico, e isso só ocorre quando:

> (...) não importa a condição religiosa do indivíduo; para ser cidadão, basta aceitar as leis que o Estado promulga, ao mesmo tempo em que não compete ao Estado professar crenças; com isso, separam-se radicalmente as figuras do cidadão (membro de uma comunidade política) e o crente (membro de uma comunidade religiosa). (LACERDA, 2009, p. 6).

Conforme ilação do exposto acima, em que pese às positividades do método APAC, o mesmo não está isento de críticas, principalmente como visto, pelo fato de haver uma possível violação da laicidade estatal, que segundo apontam alguns autores, não pode ser desrespeitada no atual Estado Democrático de Direito em que vivemos na atualidade.

4. POSSÍVEIS SOLUÇÕES À CRISE EM NOSSO SISTEMA PRISIONAL.

Além de métodos como o anteriormente mencionado (APAC), dentre as possíveis soluções a serem buscadas pelo Estado enquanto principal ente responsável pelo bem-estar social destacou as que seguem.

4.1. INCREMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O investimento adequado em políticas públicas eficazes mostra-se em médio prazo uma das principais medidas estatais visando coibir ou amenizar a crise penitenciária brasileira.

Deve-se buscar o aprimoramento dos quadros funcionais, melhorar a estrutura dos presídios e, sobretudo investir em outros fatores que tendem a reduzir o índice de criminalidade e como consequência a própria população carcerária.

Não obstante tais medidas, os direitos elencados no artigo 41 da LEP devem ser melhor efetivados como forma de velar pela dignidade da pessoa humana, premissa básica do Estado atual, dando-se sempre a melhor assistência aos presos e seus familiares, como saúde e alimentação de qualidade dentre outros fatores que devem ser aprimorados.

4.2. MOROSIDADE NO JUDICIÁRIO

Outro fator que agrava a situação do presidiário é a morosidade no sistema judiciário, que, muitas vezes faz com que o detento cumpra pena sem a devida necessidade, especialmente agora com a recente decisão do STF que admite a execução provisória da pena no Habeas Corpus 126.292[141].

4.3. PRISÕES

[141] Para entender melhor o tema vide: FREITAS, Vladimir Passos de. *SEGUNDA LEITURA Supremo restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena*. Disponível em: < http://goo.gl/vLaQ9P>. Acessado em: 18 de julho de 2016.

Também, no que tange à pena de prisão, esta deve ser na medida do possível, sempre a *ultima ratio* do direito penal, devendo somente ser aplicada quando toda e qualquer medida alternativa se tornar incabível, iniciando-se o processo logo na imposição da reprimenda, sempre pautando o magistrado pelo cumprimento das funções da pena[142].

4.4. Educação

De todas as formas de se combater a criminalidade e consequentemente acabar ou atenuar a crise em nosso sistema penitenciário, apontamos que a mais adequada é a educação de qualidade, de modo que o indivíduo adquire melhores perspectivas e não crie tendências de ingressar na empreitada delituosa. A educação é dever do Estado, não por menos, a Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) em seu artigo 4º, estabelece o referido dever[143].

Paulo Freire nos lembra da importância da educação (1967, p.114):

> O que teríamos de fazer, uma sociedade em transição como a nossa inserida no processo de democratização fundamental, com o povo em grande parte emergindo, era tentar uma educação que fosse capaz de colaborar com ele na indispensável organização reflexiva de seu pensamento. Educação que lhe

[142]Salienta-se que, o magistrado ao aplicar a pena deve sempre se ater ao disposto no artigo 59 do Código Penal, *in verbis*: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

[143]Art. 4º. O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola; VIII - atendimento ao educando, no ensino fundamental público, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; IX - padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem; X – vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade.

> pusesse à disposição meios com os quais fosse capaz de superar a captação mágica ou ingênua de sua realidade, por uma dominantemente crítica.

Diante dos apontamentos acima, não fica difícil notar que a principal medida a ser adotada pelo ente Estatal no combate à crise do sistema penitenciário, além de apoiar entidades como a APAC, é o investimento e educação, como fator de redução da própria criminalidade, de modo que, antes de um jovem ser autor de um crime, ele deve ser identificado como vítima da omissão estatal.

Aliás, essa é a lição de Reale (2009, p.212):

> Os adolescentes são muito mais que vítimas de crimes do que autores, contribuindo este fato para a queda da expectativa de vida no Brasil, pois se existe um "risco Brasil" este reside na violência da periferia das grandes e medias cidades. Dado impressionante é o de que 65% dos infratores vivem em família desorganizada, junto com a mãe abandonada pelo marido, que por vezes tem filhos de outras uniões também desfeitas e luta para dar sobrevivência à sua prole.

Medidas defendidas por alguns como a redução da maioridade penal, mostra-se a princípio equivocadas, na medida em que, não serão eficazes a combater a criminalidade e será fator de forte agravamento da crise penitenciária atualmente existente.

Não por menos que, Luiz Flávio Gomes entende que menoridade é cláusula pétrea:

> [...] (b) do ponto de vista jurídico é muito questionável que se possa alterar a Constituição brasileira para o fim de reduzir a maioridade penal. A inimputabilidade do menor de dezoito anos foi constitucionalizada (CF, art. 228). Há discussão sobre tratar-se (ou não) de cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4.º). Pensamos positivamente, tendo em vista o disposto no art. 5.º, § 2.º, da CF, c/c arts. 60, § 4.º e 228.

Por oportuno, Martha de Toledo Machado (2003, p.331-343), em "A Proteção Constitucional de Crianças e adolescentes e os Direitos Humanos" diz:

> Postulo que a inimputabilidade penal é direito-garantia individual das pessoas que contam menos de 18 anos, pelos contornos que ela recebeu do Constituinte de 1988. E direito-garantia exclusivo de crianças e adolescentes, que compõe um dos pilares da conformação do sistema de proteção especial a crianças e adolescentes instituído pela Constituição brasileira de 1988, ditando, pois, os contornos desse sistema constitucional. (...)

Por fim, da ilação do que foi até o momento exposto, verifica-se o mero simbolismo de nosso sistema penal que segundo Zaffaroni (2011, p.76)

> [...] cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente simbólica.

Assim, somente após a junção dos esforços dos presos e egressos, principalmente do Ente Estatal no investimento em políticas públicas eficazes, primordialmente a educação, é que a dignidade da pessoa humana será efetivamente concedida aos nossos detentos e principalmente à sociedade, como principal sofredora da omissão estatal.

CONCLUSÃO

Buscou-se ao longo do trabalho a abordagem dos principais aspectos das penas privativas de liberdade, haja vista estas serem as piores reprimendas penais aplicadas a um presidiário brasileiro como consequência da prática de uma infração.

De consignar-se, entretanto, que as referidas penas devem ser adequadamente aplicadas, não só no aspecto judicial, mas principalmente na fase de seu cumprimento, o que vem sendo desrespeitado no cenário brasileiro.

O que se verifica na atualidade é um verdadeiro desrespeito à dignidade da pessoa humana, pois os indivíduos reclusos se encontram numa espécie de *bis in idem* penal, na medida em que as condições de cumprimento da pena são péssimas, enfrentando problemas de saúde, morte, rebelião, falta de higiene e alimentação adequada e principalmente a tão alarmante questão da superlotação, pontos estes que foram alvo de tópico próprio neste trabalho.

Todavia, ante a ausência de intervenção estatal adequada, surgem métodos alternativos desenvolvidos por entidades não estatais, como a aqui abordada Associação de Proteção e Assistência aos Condenados-APAC, originada em São José dos Campos-SP no ano de 1972, fundada pelo advogado Mário Ottoboni, como forma de recuperação dos detentos. Trata-se de uma inovação humanitária, que, embora criticada por seu caráter religioso (que na visão de alguns fere a laicidade estatal) cumpre papel fundamental na reinserção dos egressos em sociedade e atendimento de quem ainda se encontra em

cárcere. Trata-se de um suprimento da lacuna estatal ocasionada pela falta de investimento adequado em políticas públicas eficazes.

O que se verifica por fim, apesar do esforço de entidades como a APAC é que o Estado enquanto ente soberano é completamente omisso em relação ao nosso sistema prisional, eis que nossos presos vivem em condições sub-humanas mesmo ostentando a tão sublime virtude de ser humano.

Registra-se por fim, que em alternativa à crise em nosso sistema penitenciário e ao clamor populacional, o mais adequado é o investimento em políticas públicas, em especial as de educação que em médio prazo gera efeitos positivos em todos os setores da sociedade, só assim, o índice de criminalidade tende a diminuir a atenuar também a crise penitenciária nacional, auxiliando acima de tudo, no resguardo à dignidade humana e extirpando o simbolismo das penas no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. *A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro*. Disponível em: < http://goo.gl/6grkKV >. Acesso em: 26 jun. 2016.

_____ *A evolução histórica dos regimes prisionais e do sistema penitenciário*. Disponível em: < http://goo.gl/STGCF5>. Acesso em: 26 jun. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ .*Tratado de Direito Penal: parte geral.* São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Rio Grande do Sul. *Processo RC 71002375897 RS. Relator Clademir José Ceolin Missaggia. Julgamento em 25/10/10*. Disponível em:< http://goo.gl/uBYRzV>. Acesso em 17 de julho de 2016.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:< http://goo.gl/t0Tjp >. Acesso em 12 de julho de 2016.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://goo.gl/YQWRv. Acesso em 12 de julho de 2016.

BRASIL. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://goo.gl/EZ2Bg Acesso em 12 de julho de 2016.

BRASIL. Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://goo.gl/Yctzba. Acesso em 12 de julho de 2016.

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

CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

ESTADÃO. Versão imprensa. Disponível em: < http://goo.gl/BC2yY8 >Acessado em 27 de junho de 2016.

FARIAS JÚNIOR, João. *Manual de criminologia*. Curitiba: Juruá, 1993.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau. 2005.

FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1967.*

FREITAS, Vladimir Passos de. *SEGUNDA LEITURA Supremo restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena*. Disponível em: < http://goo.gl/vLaQ9P>. Acessado em: 18 de julho de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência.* 2. Ed. vol. 1. Ver., Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 40.

_____. *Menoridade penal: cláusula pétrea?* Disponível em: http://goo.gl/XvTRLE. Acesso em: 17 de junho 2016.

_____*Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.* São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES JÚNIOR, Geraldo Francisco. *Associação de proteção e assistência aos condenados: solução e esperança para a execução da pena*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 882, 2 dez. 2005. Disponível em:< https://goo.gl/OinIJv>. Acesso em: 5 julho 2016.

HIRECHE, Gamil Föppel El. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias.* Niterói, Rio de Janeiro: Luam, 1993.

LACERDA, Gustavo Biscaia. *Laicidade(s) e república(s): as liberdades face à religião e ao Estado*. Encontro Anual da Anpocs GT 39, 33, 2009, Caxambu. Anais. Caxambu, FINEP, 2009.

LAURIENE, Ayres Queiroz. *Método Apac – França*. [mensagem pessoal] Mensagem recebida por Evânia França Soares em 24 Mar. 2011.

LIMA, João Batista de Souza. *As mais antigas normas de direito*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado-parte geral*-vol. 1. 6ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Método.2012.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* 36. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2001. v.1 ISBN 85-02-02198-2

NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Direito Penal*, p. 391, 7ª Edição, 2011, São Paulo, Ed. RT). ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro V, títulos XXXII, XXXV, XLII, XLV, XLIX, LII, LVI. Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 14ª edição, 1870, p. 91 e segs.

OTTOBONI, Mário. *Ninguém é irrecuperável: APAC: a revolução do sistema penitenciário*. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

_____. *Vamos matar o criminoso?: método APAC*/ Mário Ottoboni. – São Paulo: Paulinas, 2001.

PIERANGELLI, José Henrique. *Das penas: tempos primitivos e legislações antigas. Fascículos de ciências penais.* São Paulo: Fabris, 1980.

PORTAL do Ministério da Justiça- *Estabelecimentos penais*. Disponível em: < http://goo.gl/EJmZCU >. Acesso em: 26 de junho 2016.

RADIOOSORIO. *Interdição da penitenciária modulada estadual de Osório*: Reportagem. Disponível em:< http://goo.gl/isSR88>. Acesso em: 26 junho 2016.

REALE Junior, Miguel, *Instituições de Direito Penal*, 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

RIBAS, Osni de Jesus Taborda. *A relação entre as deficiências na ressocialização do preso e o papel da responsabilidade social das empresas*. Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <http://goo.gl/mZJq9f >. Acesso em 12 de julho de 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra, Almedina, 1995.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano, Legitimidade da Intervenção Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Notícias. 2002. Disponível em: www.stj.gov.br Acesso em: 4 de julho de 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *A execução penal à luz do método APAC*/ Organização Desembargadora Jane Ribeiro Silva. – Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Projeto novos rumos na execução penal*/ Cartilha. – Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Capítulo IX

RESSOCIALIZAÇÃO E A ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS-APAC.

Natasha Mirella Melo Costa[1]
Ricardo Bispo Razaboni Junior[2]
Guilherme Domingos de Luca[3]

RESUMO: Com a dificuldade de aplicar a Lei nº 7.210 de 1986 de execuções penais, o sistema carcerário brasileiro encontra-se em decadência devido a inúmeras circunstâncias não observadas, tais como: superlotação dos presídios, violência, baixa infraestrutura, dentre outros, dos quais, impedem a ressocialização do preso e sua reintegração a sociedade. Neste cenário, surge um modelo alternativo, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC entidade jurídica sem fins lucrativos, criada primeiramente no Estado de São Paulo, com um método novo, que tem como base, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de recuperar e reintegrar o detento a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Ressocialização; Reintegração; Lei de Execuções Penais; Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC; Dignidade da Pessoa Humana.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o estudo do criminoso frente às penitenciarias atuais do Brasil, levando-se em conta o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, as medidas alternativas que possivelmente seriam mais eficazes para a ressocialização do preso e sua reintegração a sociedade.

Sabe-se que a Lei nº 7.210 de 1986, que disserta sobre execuções penais, se apresenta como uma das leis mais completas e fascinantes que existe, no entanto, nos

[1] Graduanda em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA).
[2] Graduando em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA). Membro do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais) – Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal, cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ.
[3] Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Advogado, professor de Direito Processual do Trabalho no Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS).

últimos tempos vem sendo alvo de diversas críticas, devido a ineficácia do sistema carcerário brasileiro.

Assim, devido à ineficácia do método atual e a grande reincidência do qual o alusivo sistema acima gera, surge a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - APAC – tendo como metodologia a valorização da pessoa humana, a qual busca proporcionar aos condenados as possibilidades se recuperarem e serem reintegrados a sociedade de forma digna.

DESENVOLVIMENTO

Após o regime militar, que cessou em Março de 1985, o qual tinha um método cruel e torturador com os detentos, em 1986 a Lei 7.210, chamada de lei de execuções penais, organizava e regulamentava como os detentos tinham que ser tratados em face ao princípio da dignidade da pessoa humana a qual foi espalhada por todo o texto constitucional de 1988.

Apesar da lei de execuções penais dissertar sobre os direitos e deveres dos apenados e ser clara e concisa em como o sistema prisional deve ser regido, a mesma acaba não sendo aplicada de forma correta pelo Estado, o qual, na maioria dos casos, não respeitam o princípio base da dignidade da pessoa humana, por consequência, gerando impactos de todos os lados.

No sistema carcerário atual, em um primeiro momento, o apenado é submetido ao cárcere, perde todo o vínculo com seus objetos, deixando sua autonomia e personalidade feridas, perdendo totalmente sua identidade, sendo subjugado pelo autoritarismo da administração carcerária.

Em sua atuação, o Estado age de modo totalitário e com grande violência, muitas vezes oprimindo o detento de diversas formas fundamentadas por um ato de submissão. No entanto, nesse meio, não há de se esperar uma conduta positiva do apenado sem qualquer modelo a seguir.

Neste sentido, no que diz a respeito da forma autoritário do Estado em face dos detentos, temos a lição de Fátima Ferreira Pinto dos Santos, que elucida.

> Nessa linha de entendimento, é urgente que se busque uma nova concepção de promoção da ressocialização, haja vista, que de forma como vem

> sendo estudada, estruturada e proposta, apenas reafirma o poder do Estado sobre a pessoa, numa postura autoritária em nada condizente com o ideal social inserido no Estado Democrático de Direito. (2008, p.45)

Em contraponto a atitude autoritária do Estado, evidente se mostra a necessidade de se respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, para assim alcançar de forma plena e eficaz um Estado Democrático de Direito, uma vez que este princípio é um direito fundamental para qualquer ser humano.

Solidificado pela Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana, visa a elaboração de leis para atender as necessidade da sociedade brasileira, perante as quais, todos devem ser tratado iguais. Infelizmente a atual situação carcerária do Brasil está bem distante da ideia pregada pela Constituição Federal de 1988, bem como, a Lei 7.210/86 de execução criminal, devido a lotação dos presídios e o insucesso dos trabalhadores na recuperação do detento, tornado um problema crônico e presente em todos os estados do país. (ALVES; MIJARES, 2014, p. 9)

Sem a dignidade e o respeito ao apenado, não tem como se falar em reinserção social, em educação e ou retorno ao convívio a comunidade. Tanto o Estado, quanto a sociedade, deve estar apto a garantir a execução desse princípio e dos direitos fundamentais, tendo a Constituição Federal acenando para isso. (SANTOS, 2008, p. 48)

Neste mesmo diapasão, João José Leal disserta acerca das penitenciarias atuais:

> Assim tem sido a prisão. Assim é a prisão brasileira. Incubadora da maldade; escola do crime; forja do desespero humano; casulo dos desesperados e amaldiçoados. Matriz realimentadora e autofágica de suas próprias criaturas, a prisão brasileira é o antro da inversão e da descondição humana. Nossa população carcerária não passa de um amontoado de indivíduos rejeitados pela sociedade, tristes homens morcegos, reduzidos à odiosa condição de hipo-humanos, condenados pela justiça criminal e pelas demais instancias formais e informais de controle da liberdade individual (1994, p.438)

A situação carcerária do Brasil se encontra deplorável, em péssimas condições de permanecia, devido à superlotação e a baixa infraestrutura, não sendo necessário ser um estudioso para saber como se encontra a situação dos presídios Brasileiros. Este ainda se mostra sem a mínima garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um

paradoxo esperar que em um ambiente hostil, violento, miserável, repleto de doenças, superlotado e mazelo ressocialize algum indivíduo.

Nosso 'sistema' penitenciário nada mais é do que a sombra sinistra da sociedade desajustada, desumana e cruel em que vivemos (LEAL, 1994, p.438).

Ressalta-se que o Conselho de Justiça Nacional, realizador do censo carcerário de junho de 2014, demonstrou que a população carcerária brasileira, incluindo os presos domiciliares, é de 715.592, existindo vagas apenas para 357.219. Em análise mundial, o Brasil se mostra como o terceiro país com maior população prisional, sendo que em questão de habitantes, o Brasil é muito menos numeroso em comparação com o Estados Unidos e China, 1º e 2º do ranking (ALVES; MIJARES, 2014, p. 9)

A ressocialização do condenado pressupõe torna-lo um novo ser apto para reintegrar na sociedade. Todavia, isso só será possível, mediante políticas públicas de amparo e assistência a estes seres humanos tão estigmatizados e ao mesmo tempo, esquecidos pelo Poder Público. É preciso a garantia de tratamentos humanizados e adequados para os preparem para a nova vida (FERREIRA, 2012, p.16)

É neste cenário que nasce um método alternativo, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, entidade jurídica sem fins lucrativos, criada inicialmente no município de São José dos Campos, que tem como objetivo a recuperação do preso através de um método de valorização humana, recuperação e reintegração do condenado, bem como socorrer a vitima e proteger a sociedade. (FERREIRA, 2012, p.8)

A criação da APAC se deu como órgão auxiliar da Justiça, servindo à Vara de Execuções Penais da sua comarca como alternativa para humanizar a execução penal e o tratamento penitenciário. Hoje o modelo está implantado em mais de 130 cidades brasileiras e em países como Argentina, Equador, Estados Unidos, Peru, Escócia, Coréia do Sul e Alemanha (MINAS GERAIS, 2012).

O lema do projeto é "Matar o criminoso e Salvar o homem", o qual defende que todo ser humano é recuperado, no entanto, desde que haja um tratamento adequado. Deste modo surge o método do qual eles aplicam, que visa o trabalho, religião, participação da comunidade, valorização humana, assistência jurídica e de saúde, dentre outros.

> A metodologia é composta pelos seguintes tópicos: participação da comunidade; ajuda mútua entre recuperandos; religião; assistência jurídica; assistência à saúde; valorização humana; família; o voluntário e seu curso de

> formação; centro de reintegração; mérito e Jornada de Libertação com Cristo (ALVES; MIJARES, 2014, p. 14)

Por diversas pesquisas e estudos, ficou evidenciado que o modelo da APAC e sua metodologia são eficientes, devido a seu baixo índice de reincidência, em comparação aos presídios atuais, bem como, o custo dos detentos são bem menores.

De acordo com Isabela Banduk Alves e Julia Marangoni Mijares, no sistema comum de cárcere, o preso custa em média R$ 2.000,00 (dois mil reais) por mês ao governo, enquanto na APAC, esse valor é reduzido a R$ 800,00. Em acordo com a Secretária de Defesa Social de Minas Gerais a criação da uma vaga na APAC custa cerca de R$27 mil, enquanto no sistema tradicional esse valor oscila entre R$ 55 e 60 mil (2014, p. 13).

> Assim sendo, consideramos a APAC, um sistema mais do que eficaz, uma vez que recupera mais de 80% de seus recuperandos, conforme nos fora apontado nas pesquisas cientificas exibidas na APAC de Itaúna, quando lá estivemos. Outro fato de igual valor, é que, de acordo com o diretor daquele Presídio, o custo operacional no sistema APAC, fica em média, 65% mais barato do que o sistema convencional. O número de fugas e de evasão é muito menor também, afirma o diretor (FERREIRA, 2012, p. 19).

CONCLUSÃO

Devido à falha ou até mesmo a inaplicabilidade atual da inclusão da Lei 7.210 de execuções penais no sistema carcerário brasileiro, surge como método alternativo e fortemente eficaz, evidenciado no teor do trabalho, bem como, em pesquisas e dados, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, a qual trabalha com fundamentos que recupera o detento, ressocializando-o, em conjunto com o trabalho da sociedade e com o apoiado governo, entregando novamente a comunidade um novo homem.

A APAC seria um novo meio alternativo de cumprimento de pena, a qual respeita os direitos dos apenados, provendo-lhes a dignidade que merecem, sem abandonar o intuito de punir, mas sim punindo e sempre objetivando o intuito principal, o de ressocializar, o qual atualmente é esquecido pelo Poder Público em no sistema prisional

que se mostra de modo totalmente ineficaz e incorreto, podendo assim, diminuir a criminalidade e buscar de modo efetivo a paz social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Isabela Banduk; MIJARES, Julia Marangoni. **Associação de Proteção e Assistência ao Condenado (APAC).**2014. 38 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Fgv, São Paulo, 2014.

FERREIRA, Lucimar Antunes Côrrea. **Associação de Proteção e Assistência ao Condenado- APAC**: Mais do que uma possibilidade, uma necessidade. 2012. p 16. Artigo, Timóteo, 2012.

LEAL, João José. **Penitenciarismo brasileiro, sombra sinistra da sociedade desajustada em que vivemos**. RT-706 – agosto de 1994, p.438.

MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa. Comissão de Direitos humanos. Diagnóstico da situação prisional de Minas Gerais. Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte: 2002.

SANTOS, Fátima Ferreira Pinto dos. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento para Ressocialização do Detento.** 2008. 196 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Univem, Marilia, 2008. Cap. 45.

Capítulo X

A IMPORTÂNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL E UMA PARTICIPAÇÃO MAIS EFETIVA DA SOCIEDADE

Rodrigo Antunes LOPES[144]
Guilherme da Costa DINIZ[145]
Matheus Verillo Miranda Ortiz de OLIVEIRA[146]

RESUMO: O presente trabalho oferece uma visão geral e prática do principal meio de materialização da atividade policial, orientando ainda na elaboração dos principais procedimentos formais, além de proporcionar um embasamento teórico e histórico a respeito do Inquérito Policial. Explicita algumas noções de Processo Penal, tenta apresentar uma definição sobre o Inquérito Policial e demonstrar a sua importância. Aborda o início do instituto e procura dar algumas noções sobre os procedimentos executados desde a notícia do crime até a conclusão das investigações. Espera-se, desse modo, demonstrar a grande importância do caderno investigatório, além de discutir, integrar e compartilhar com a sociedade estudos e preocupações com o principal instrumento de materialização do trabalho inicial da persecução penal, para, com isso, promover uma inclusão mais efetiva da sociedade e o procedimento policial mais utilizado na atualidade. Com esse conhecimento, todos podem fiscalizar a atuação da autoridade policial e ajudar no desenrolar das investigações, maximizando a qualidade e tornando o Inquérito Policial um instrumento mais efetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Inquérito Policial; Atividade Policial; Persecução Penal; Instrução Policial; Caderno Investigatório.

[144]Bacharel em Direito pela UENP. Especialista em Processo Civil pela UNINTER. Pós graduando em Direito Registral e Notarial pela ANHANGUERA/LFG. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GP CERTOS, do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Analista Judiciário – Chefe da Vara da Família e Sucessões, Infância e Juventude, Acidentes do Trabalho, Corregedoria do Foro Extrajudicial e Registros Públicos da comarca de Jacarezinho.

[145]Bacharel em Direito pela UENP. Possui licenciatura em História pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciência e Letras de Jacarezinho, no Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte Pioneiro (UENP – FUNDINOP). Pós graduando em Direito Processual Civil pela UNINTER. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná atualmente lotado na da Vara da Família e Sucessões, Infância e Juventude, Acidentes do Trabalho, Corregedoria do Foro Extrajudicial e Registros Públicos da comarca de Jacarezinho.

[146]Bacharel em Direito pela UENP. Pós graduando em Direito Administrativo pela ANHANGUERA/LFG. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná atualmente lotado na da Vara da Família e Sucessões, Infância e Juventude, Acidentes do Trabalho, Corregedoria do Foro Extrajudicial e Registros Públicos da comarca de Jacarezinho.

INTRODUÇÃO

O Homem é um ser social. E, como tal, desde os primórdios se organizou em sociedade. Entretanto, devido à própria natureza humana, esse convívio muitas vezes se torna difícil e começam a surgir diversos problemas.

As pessoas possuem muitos desejos, suas pretensões são infinitas, já os bens, os objetos desses desejos, esses são finitos. Assim, impreterivelmente haverá um conflito no momento em que vários interesses convergirem para o mesmo bem.

Em casos de conflito de interesses, para evitar que se estabeleça a balbúrdia, várias regras foram criadas. Entretanto, da nada valeriam essas regras se elas não cominassem sanções àqueles que, porventura, viessem a transgredi-las.

Dessa forma, está consubstanciado no Código Penal, em seu artigo 121, que matar alguém constitui infração penal e a sanção é uma pena de reclusão de 6 a 20 anos, constituindo isso uma tentativa de manter a ordem e evitar a dissolução da sociedade.

Se todas as pessoas se subordinassem pacificamente às ordem abstratas das leis, haveria uma sociedade utópica e desnecessária seria qualquer preocupação por parte do Estado em conservá-la. Porém, não é isso o que ocorre.

Para dar fim ao conflito de interesses surgiram três mecanismos: a autotutela, a auto composição e a jurisdição.

Na autotutela, que predominou nos primórdios da raça humana, quando não havia um Estado forte o suficiente para impor às pessoas sua vontade, os conflitos de interesses eram resolvidos com o uso da força, imperando a lei do mais forte.

Na auto composição, sistema bastante interessante, as partes, através de acordos e concessões, abrem mão de seu interesse, ou de parte dele, chegando, com isso, através de acordos, a solução de seus conflitos.

Na conjuntura atual, devido ao acúmulo de processos no judiciário e a uma série de vantagens, como rapidez e economia processual, tem-se prestigiado sobremaneira o sistema da auto composição, principalmente de um acordo entre as partes que serão reduzidas a escrito e, homologado pelo juiz mediante sentença irrecorrível e terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente, conforme dispõe o artigo 74 da Lei 9.099/95.

Por fim, temos a Jurisdição, mecanismo que predomina hodiernamente. Nesse sistema, o Estado mantém órgãos responsáveis por garantir a ordem, criar leis e dizer o

direito, proibindo ao indivíduo que resolva seus conflitos por si só, com uso da força e, consequentemente, traz para si a responsabilidade de dar soluções aos litígios.

Assim, o Estado assume a responsabilidade de aplicar a justiça, porém, para que o ele indique a autoria de um delito e puna esse autor, deve necessariamente existir um devido processo legal, construído sob o crivo do contraditório e recheado de garantias constitucionais, o que ocorre por meio da Ação Penal.

Entretanto, para que a ação penal tenha início, a acusação não pode agir de maneira leviana, acusando qualquer pessoa a seu bel prazer. Imprescindível que possua elementos que indiquem a autoria do ato delituoso, ou seja, elementos dotados de credibilidade sobre a existência de um crime e a presença de fortes indícios de autoria. Apenas se estiverem presentes esses dois requisitos é que a ação penal deve ser iniciada.

A jurisdição, com seu poder de punir, não deve ser provocada quando não houver um justo motivo, isso porque uma denúncia infundada provocaria ao acusado lesões de ordem moral muitas vezes irreparáveis, além de diversas situações vexatórias e, em alguns casos, até mesmo a execração pública.

Somente a denúncia instruída com provas de materialidade e indícios de autoria pode justificar a sujeição do particular ao processo penal, inclusive, o Juiz não é obrigado a receber, nem mesmo a denúncia feita pelo representante do Ministério Público, ainda que formalmente correta, sem os requisitos fundamentais, isto é, sem que a autoria e a materialidade da infração estejam presentes.

Portanto, é necessário um conjunto probatório mínimo, no qual seja realizada a colheita de provas e dados que permitam ao titular da ação penal oferecer a denúncia de forma precisa e coerente, a fim de evitar acusações infundadas ou desprovidas de sentido.

Isso é realizado por meio de um procedimento de investigações e colheita de provas realizado pela polícia judiciária e que se materializam no Inquérito Policial.

É necessário o conhecimento da importância e do que consiste o Inquérito Policial, não apenas pelos Investigadores de Polícia, Escrivães de Polícia, Delegados de Polícia e demais operadores do direito, mas também por toda a população, pois, assim, com a ajuda de todos, o procedimento poderá ser realizado com maior qualidade e rapidez e consequentemente será mais adequado e efetivo a seus objetivos.

Esse é o objetivo do presente artigo, ou seja, oferecer uma visão geral e prática do principal meio de materialização da atividade policial, procurando informar e diminuir as distâncias entre as teorias e o que ocorre na prática.

Para tanto, utilizaram-se os autores de uma pesquisa realizada na legislação e doutrina, bem como, no cotidiano da polícia judiciária.

Não se pretende esgotar o tema, mas sim trazer à baila a discussão sobre um instituto tão importante como o Inquérito Policial, buscando, com isso, auxiliar na capacitação dos interessados nesse assunto.

1. INQUÉRITO POLICIAL

De uma forma descritiva, o Inquérito Policial consiste em várias folhas de papel fixadas com colchetes ou grampos, acondicionadas dentro de uma capa, geralmente branca, elaborada com um papel mais resistente e de uma diagramação maior. Nessa capa podem facilmente ser identificadas informações que individualizam o procedimento.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1986, p. 949) inquérito (ké). [Do lat. Quaeritare, 'andar sempre em busca'.] S. m. 1. Ato ou efeito de inquirir. 2. Conjunto de atos e diligências com que se visa a apurar alguma coisa; sindicância.

Ou seja, o Inquérito Policial relaciona-se com o verbo inquirir, procurar informações acerca de; indagar, investigar, pesquisar, fazer perguntas, interrogar. Esses verbos permitem ter-se uma ideia bem próxima do que se trata o inquérito policial.

O grande doutrinador Romeu de Almeida Salles Junior define o inquérito policial de maneira bastante instrutiva:

> Inquérito Policial é o procedimento destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal. É o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto. (SALLES JUNIOR, 1986, p. 3)

Várias diligências são realizadas pela Polícia Judiciária com o intuito de apurar a materialidade e a autoria das infrações. Quando essas diligências são reduzidas a escrito, datilografadas, digitas, ou, hodiernamente, digitalizadas e inseridas em um procedimento virtual, formam o Inquérito Policial.

Resumidamente, Ismar Estulano Garcia, em seu brilhante livro Procedimento Policial – Inquérito conceitua o Inquérito Policial como a "documentação das diligências efetuadas pela Polícia Judiciária". (1999, p. 8).

2. CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

O Inquérito Policial é um procedimento investigatório, de caráter sigiloso, inquisitorial, escrito e informal, presidido pela autoridade policial.

A autoridade policial deve assegurar no inquérito o sigilo necessário ao esclarecimento do fato, evitando assim que pessoas submetidas à investigação possam desviar o rumo das diligências, ressalvado, porém, o direito do advogado de consultar o Inquérito Policial.

A inquisitoriedade diz respeito à discricionariedade que a autoridade policial possui, ou seja, a possibilidade de dirigir o procedimento de forma a melhor atingir seus objetivos finais.

Contrapõe-se a ideia de contraditório, ou seja, o princípio do contraditório no inquérito policial é mitigado, embora não seja nulo.

O Inquérito Policial é escrito porque todas as suas peças serão reduzidas a termo. O artigo 9º do Código de Processo Penal dispõe sobre essa obrigatoriedade, consubstanciando que todas as peças do Inquérito Policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas, e neste caso, rubricadas pela autoridade que presidiu o respectivo ato.

É informal, pois a autoridade policial não está adstrita a um rito próprio e predeterminado, podendo as investigações seguir em vários sentidos, tendo em vista sempre a elucidação da ocorrência.

Outra particularidade do Inquérito Policial consiste no fato dele não ser imprescindível.

Como um caderno informativo, onde as investigações são registradas a fim de determinar a autoria e a materialidade do fato típico, o inquérito policial pode ser dispensado se a *opinio delicti* já estiver formada.

Portanto, se o representante do Ministério Público tiver notícia de uma infração penal e da sua autoria, ou seja, autoria e materialidade, deve, mesmo sem que seja instaurado o inquérito policial, dar início à ação penal. Todavia, na prática, poucas vezes, ou quase nunca, isso acontece.

Quando a *Notitia Criminis* chega ao Promotor de Justiça, ele, normalmente, requisita à autoridade policial que dê início ao procedimento adequado. Isso apenas confirma a importância que esse instituto possui.

3. FINALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL

O Inquérito Policial é peça informativa, e como tal sua principal finalidade é servir de base para a ação penal a ser promovida pelo Ministério Público nos crimes de ação penal pública ou pelo particular nos crimes de ação penal privada.

Para se dar início à ação penal o artigo 41 do Código de Processo Penal exige que a denúncia ou queixa contenha a exposição do fato criminoso com todas as circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais possa identificá-lo, a classificação do crime e quando necessário, o rol das testemunhas.

O Inquérito Policial permite o conhecimento desses requisitos, possibilitando, assim, a formação da *opinio delicti* pelo representante do Ministério Público.

Uma interpretação equivocada consiste em considerar o Inquérito Policial como procedimento destinado a incriminar uma pessoa.

Não é esse o fim do Inquérito Policial, senão vejamos: quando o Inquérito Policial constata a ocorrência de um fato ou circunstância prevista no ordenamento jurídico como infração penal, evidenciando ainda a sua autoria, formando assim ao *opinio delicti* do Promotor de Justiça, este oferecerá a denúncia e se iniciará a ação penal. Então, todos os atos praticados, com exceção daquele que se perderam no tempo, deverão ser refeitos, agora, sob o crivo do contraditório. Dessa forma, o Inquérito apresenta-se como uma verdadeira bússola, orientando toda a ação penal e facilitando sobremaneira o trabalho do Promotor de Justiça e do Juiz que poderão ter uma visão geral de todo o fato.

Entretanto, se o Inquérito Policial constatar que o fato é atípico, isto é, que não existe infração penal, ou não for possível descobrir a autoria, fatalmente será arquivado e não será iniciada a ação penal.

Nessa hipótese é que o Inquérito Policial mostra toda a sua importância, atingindo seu apogeu, pois, evita que uma pessoa se submeta ao ônus imposto por uma ação penal, além de, por si só, demonstrar a inocência jurídica do anteriormente acusado, isso, devido ao princípio da presunção de inocência adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

Desta forma, em consonância com o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal, pode-se afirmar que não pode o Inquérito Policial, única e exclusivamente, sustentar uma decisão condenatória. Contudo, devido ao princípio da inocência, pode o Inquérito

Policial deixar de acionar a intenção punitiva do Estado que nem mesmo iniciará a ação penal.

Apenas para facilitar a compreensão, pode-se traçar um paralelo entre o Inquérito Policial e o exame de sangue tipo ABO, antigamente usado nos casos de investigação de paternidade.

O exame de sangue tipo ABO, se negativo, era suficiente para excluir o suposto pai nas averiguações de paternidades, uma vez que a criança deveria conter uma parte dos genes sanguíneos idêntica a do genitor, e, como não continha, necessariamente não seria o pai. Não obstante, se o resultado fosse positivo, não se poderia afirmar com certeza que o suposto pai era o genitor da criança, já que outras pessoas, que não o investigado, poderia ter o mesmo tipo de sangue da criança. A certeza só poderia ser dada com o exame de DNA, este sim, traria, sem sombra de dúvidas, o resultado final.

Da mesma forma pode-se comparar o Inquérito Policial e a Ação Penal. Se o Inquérito Policial evidenciar que o acusado não cometeu o crime, praticamente o isenta de um grande problema, uma vez que não será proposta nenhuma ação penal. Já, se no Inquérito Policial restar indícios suficientes de autoria e prova de materialidade, por si só não basta, será necessária a impetração da Ação Penal e, apenas com a sentença condenatória transitada em julgado, poderá o réu ser considerado culpado.

Sem olvidar a consideração expostas, deve-se sempre ter em mente a finalidade do Inquérito Policial consubstanciada no artigo 4º do Código de Processo Penal, qual seja, a apuração das infrações penais e da sua autoria, isto é, o esclarecimento da verdade real e as reais circunstâncias em que se deram os fatos, deixando-se a preocupação de decidir sobre a inocência ou a culpabilidade do investigado para o judiciário.

4. A POLÍCIA CIVIL E SUA DISTINÇÃO DA POLÍCIA MILITAR

Oportuno o conhecimento das instituições policiais, pois essas informações podem evitar muitas perdas de tempo e conclusões precipitadas e imprecisas, auxiliando a quem delas necessita a procurar a instituição a que melhor pode ajudá-lo a resolver seu problema.

O órgão encarregado de realizar a investigação e a confecção do Inquérito Policial é a Polícia Civil, a qual é formada pelo Delegado de Polícia, Escrivão de Polícia, Investigador de Polícia e Peritos.

> a) Autoridade Policial ou Delegado de Polícia: é a autoridade que preside as investigações e o inquérito policial. (...) É o funcionário de polícia que está investido do poder de mando, que exerce coerção sobre pessoas e coisas, que dispões do poder de polícia, isto é, que pode discricionariamente restringir certos bens jurídicos alheios (Exemplo: ordenar prisões, buscas, apreensões, arbitrar fiança, intimar testemunhas, mandar identificar indiciados, etc.).
> b) Escrivão de Polícia: que funciona como uma espécie de secretário da Autoridade Policial, registrando as diligências realizadas e organizando o Inquérito, segundo as instruções e determinações recebidas.
> c) Investigador de Polícia: encarregados das Investigações empíricas (não técnicas) Agem a mando da autoridade.
> d) Peritos: encarregados do exame de corpo de delito, ou seja, a parte material da ocorrência delituosa." (GARCIA, 1999, p. 7)

Embora essas sejam as funções precípuas dos servidores da Polícia, devido à falta de funcionários e uma estrutura deficitária, não são raros os desvios de funções, fazendo com que alguns funcionários acumulem funções que não deveriam ser suas.

Cabe aqui enfatizar que o cargo de escrivão de polícia é, sem dúvidas, o mais difícil e desvalorizado dos acima citados. Muitas vezes, cabe a ele a tarefa de colher todos os depoimentos, elaborar todas as peças do inquérito, elaborar os autos de prisão em flagrante, lidar com presos e até mesmo fazer intimações e elaborar perícias. Tanto que não são raras as brincadeiras com o trocadilho de Escrivão de Polícia para "Escravão de Polícia".

Importante também destacar a distinção entre as policias civis e militares. As polícias são divididas em Polícia Civil e Polícia Militar, cada uma com suas atribuições.

Polícia Civil, ou Polícia Judiciária ou Polícia Repressiva é destinada a investigar as infrações, descobrir os autores e reunir provas e indícios. Sua atividade é exercida após a consumação do fato delituoso.

Ela deve agir após a prática de uma infração, investigando as causas e consequências do delito e procurando apurar sua autoria. É eminentemente judiciária, pois atua para fornecer ao Poder Judiciário todos os elementos importantes que venham a provar a materialidade e a autoria de um delito.

Polícia Militar, Polícia Administrativa ou Polícia Preventiva tem por fim prevenir crimes, fazer patrulhamento, proteger a coletividade, manter a ordem e o bem-estar público. Visa impedir a infração da lei penal, ou seja, sua ação se exerce antes da infração da lei. Cabe a Polícia Militar a execução do policiamento preventivo e ostensivo fardado.

Não obstante a polícia ser una em seus objetivos e poder, existe essa bipartição de atribuições do poder de polícia, sendo uma civil e outra militar.

No Estado do Paraná ambas são subordinadas ao mesmo órgão: A Secretaria de Segurança Pública, que, por sua vez está subordinada ao Governador do Estado.

Embora as duas instituições trabalhem em momentos separados, elas se completam. Quando a Polícia Civil e a Polícia Militar agem em perfeita harmonia, muito mais fácil se torna o serviço de ambas e muito mais efetiva sua atuação.

5. PRINCIPAIS PEÇAS DO INQUÉRITO POLICIAL

A fim de se construir uma visão global do Inquérito Policial e se possa compreender melhor sua finalidade e seu conteúdo, passa-se a uma breve análise de algumas das principais peças dos autos.

5.1 PORTARIA

A Portaria consiste em uma das maneiras de se dar início ao Inquérito Policial. Ela deve transcrever a forma com que a autoridade policial tomou conhecimento do ocorrido, seguida de breve histórico do fato, além da menção do crime em tese praticado, os nomes e sucinta qualificação do ofendido, acusado e testemunhas.

Após esse relato, a autoridade dá por instaurado o inquérito policial e a seguir passa a deliberar quais as providências que devem ser tomadas para o prosseguimento das diligências.

Finda a Portaria, após assinada pela autoridade policial, será está encaminhada ao escrivão de polícia para que, após registrado o inquérito policial, formalize a capa e a autuação (SEBASTIÃO FILHO, 2002, p. 21)

5.2 BOLETIM DE OCORRÊNCIA

Normalmente a comunicação da ocorrência de um fato aparentemente delituoso é verbal e feita na própria delegacia de polícia. Nesses casos, será lavrado o Boletim de Ocorrência, popularmente conhecido como “B.O.”, ou seja, um documento que contém a qualificação do noticiante e um resumo do fato narrado.

Ressalte-se que a lavratura do Boletim de Ocorrência não prova que os fatos nele narrados são verdadeiros, apenas comprova que naquela data compareceu na delegacia de polícia o noticiante e que ele relatou para o funcionário que elaborou o Boletim de Ocorrência o que nele está descrito.

Também é oportuno ressaltar que após a lavratura do Boletim de Ocorrência não está a autoridade policial obrigada a instaurar o Inquérito Policial se entender que o fato não é típico, conforme pode-se depreender do artigo 5º, § 2º do Código de Processo Penal.

5.3 TERMO DE DECLARAÇÃO

O Termo de Declaração consiste na peça apropriada para se colher as declarações prestadas pelo ofendido. Ela, sempre que possível, deve ser tomada o mais cedo possível, porque servirá de base para orientar todo o procedimento, além de fornecer dados que auxiliarão na inquirição das outras testemunhas e até mesmo do ofensor.

> A importância da audiência do ofendido vem expressa no artigo 6º, IV, do Código de Processo Penal, que preceitua que logo de tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá ouvir o ofendido. E o artigo 201 complementa, dispondo que o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo suas declarações. (SALLES JUNIOR, 1986, p. 80)

5.4 TERMO DE DEPOIMENTO

O Termo de Depoimento é bastante semelhante ao Termo de Declaração, entretanto, enquanto este é usado para colher declarações do ofendido ou de informantes, aquele é usado para colher as informações prestadas pelas testemunhas.

As testemunhas tem o dever de dizer a verdade sobre o que souberem ou lhe for perguntado e, para tanto, prestam um compromisso legal.

É muito comum nos Termos de Depoimento constarem a expressão “aos costumes disse:”. Essa expressão corresponde a forma sincopada da frase: “as perguntas de costume respondeu:” e refere-se ao questionamento se o depoente possui alguma relação de parentesco e em que grau de alguma das partes. Segundo a Apostila de Prática Cartorária

fornecida pela Escola Superior de Polícia Civil, no ano de 2002, elaborada por Jorge Sebastião Filho, pode-se, também ser utilizada a expressão da seguinte maneira: "as perguntas constantes no artigo 203 do Código de Processo Penal respondeu: não".

5.5 INTERROGATÓRIO DO INDICIADO

O Interrogatório do Indiciado é uma das peças mais importantes do Inquérito Policial.

O Delegado de Polícia deve Indiciar uma pessoa quando entende que há indícios suficientes que indiquem ser ela o autor da infração penal, enquanto o Interrogatório refere-se aos questionamentos feitos pela autoridade policial a respeito dos fatos investigados.

No interrogatório procuram ser colhido o maior número de dados possíveis sobre o indiciado e será constituído de duas partes: uma sobre a pessoa do acusado e outra sobre os fatos.

O Código de Processo Penal em seus artigos 185 e seguinte dispõe de maneira pormenorizada sobre como deve ser o Interrogatório do Acusado.

5.6 PERÍCIAS

As perícias nada mais são que constatações que exigem conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos específicos sobre determinados assuntos.

O perito pode ser oficial ou não oficial. Quando é um funcionário público devidamente concursado e nomeado para exercer essa função, não é necessária a elaboração de um Termo de Promessa legal. Já, quando se tratar de um perito nomeado entre pessoas idôneas da população em geral, ou seja, um perito não oficial, este deverá prestar o compromisso.

Por se tratar de um múnus público, o perito que for nomeado pela autoridade policial não poderá se furtar do encargo, salvo por motivo justificável, sendo que os desobedientes poderão sofrer sanções e até mesmo serem conduzidos coercitivamente.

A função dos peritos no Inquérito Policial é a elaboração de laudos, explicitando detalhes que uma pessoa leiga dificilmente constataria.

5.7 RELATÓRIO FINAL

Uma das últimas peças do Inquérito Policial é o Relatório Final. Ele deverá conter um rápido histórico sobre o delito e um resumo das diligências realizadas.

Trata-se de um ato exclusivo da autoridade policial que, ao final das investigações dará por concluído o Inquérito Policial.

Ao elaborar o Relatório Final o delegado deverá resumir todas as diligências realizadas demonstrando, com isso, que efetivamente tomou conhecimento do que ocorreu durante o Inquérito Policial.

Concluídas as investigações e elaborado o Relatório Final, o Inquérito Policial será encaminhado ao Promotor de Justiça que poderá, baseando-se em suas peças, formar uma opinião mais segura a respeito da prática delituosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no trabalho exposto pode-se concluir que o Inquérito Policial, como um procedimento preliminar, investigatório e informativo constitui a base de toda a persecução penal.

Ele fornece todo um conjunto probatório, permitindo que o Promotor de Justiça forme sua opinião a respeito do delito.

Suas peças são meticulosas e investigam e materializam as diligências investigatórias da maneira mais completa possível, proporcionando uma visão geral de toda a *persecutio criminis*.

Embora não seja imprescindível, não seria aconselhável uma denúncia sem que seja pautada em uma investigação séria, executada por uma instituição que tenha poderes para perseguir a verdade real, superando quaisquer obstáculos que por ventura surjam e reduzindo todas as diligências a escrito, demonstrando o apurado com transparência e clareza, ou seja, por meio de um Inquérito Policial bem elaborado.

Ressalte-se a visão de que o Inquérito Policial assume sua maior importância quando demonstra a inocência de uma pessoa inicialmente acusada. Tão virtuoso se mostra nesse momento que por si só evita o início de uma ação penal, economizando ao réu todo o incômodo proporcionado por um litígio, desafogando o já saturado sistema judiciário, economizando despesas desnecessárias e perdas de tempo infrutíferas.

Não há como negar seu valor como integrante de um conjunto probatório. Principalmente porque durante sua formação a autoridade policial tem contato com as situações da infração ainda em sua latência, quando os fatos e seus detalhes ainda estão claros na memória de todos os envolvidos. Assim, a inquirição feita nesse momento é muito mais rica em detalhes e pormenores.

Destaque-se ainda a materialização e perpetuação dos vestígios das infrações que desaparecem com o tempo e que apenas através do Inquérito Policial podem chegar até a apreciação do magistrado.

Mesmo depois de iniciada a ação penal o Inquérito Policial continua exalando sua importância, funcionando como verdadeira bússola que orienta os operadores do direito, permitindo que se possam descartar testemunhas inúteis, arrolar testemunhas importantes, preparar alegações, instilar perícias, enfim, de uma forma geral orientar toda a ação penal.

O caderno investigativo permite ainda uma análise do caso com a transparência e tranquilidade necessárias, pois quando o Promotor de Justiça recebe os autos a situação já está controlada e não é necessário que esse profissional tenha que enfrentar situações complexas, como lidar com pessoas embriagadas, injúrias, ameaças e tantos outros intempéries corriqueiros em uma delegacia de polícia.

Ora, se a magnitude do Inquérito Policial é cristalina e irrefutável, também o conhecimento da sociedade em geral sobre esse instituto denota-se extremamente importante.

Com esse conhecimento não apenas os manipuladores diretos do Inquérito Policial, como Delegados, Escrivães e Investigadores de Polícia, podem aperfeiçoar seu trabalho e conduzirem-se no sentido de tornar a materialização das investigações mais profícuas, mas também todos os operadores do direito podem extrair do Caderno Investigatório o máximo de proveito possível.

Ressalte-se que toda a população se beneficiaria com o aprendizado desses conceitos básicos, pois entendendo melhor os objetivos e determinações legais, haveria uma aproximação da sociedade com as instituições policiais e as pessoas ajudariam não apenas em sua fiscalização, para que sejam realizados os procedimentos de maneira adequada, mas também perderiam o medo e entenderiam a necessidade de se contribuir para a consecução de indícios de autoria e prova da materialidade das infrações penais.

Dessa forma conseguir-se-ia um Inquérito Policial melhor, mais célere e mais efetivo e consequentemente uma sociedade mais pacífica, justa e solidária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BREGA FILHO, Vladimir; BOBERG, Hiudéia T. Rodrigues. Elementos de Metodologia da Pesquisa em Direito – Trabalho de Conclusão de Curso (TCC). Jacarezinho: ed. da FUNDINOPI, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª ed. rev. aum. – Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

GARCIA, Ismar Estulano. Procedimento Policial: Inquérito. 8ª ed. rev. aum. – Goiânia: AB-Editora, 1999.

JESUS, Damásio E. de. Código de Processo Penal Anotado. 9ª ed. atual. e aum. – São Paulo: Saraiva, 1991.

LIMA, José Augusto Ferreira de. Polícia Civil: Origem Histórica, Procedimentos Formais, Funções Institucionais e Prática Processual Policial. Distrito Federal: Academia de Polícia Civil/DF, 2001.

LOPES, Rogério Antonio; OLIVEIRA, Joel Bino de. Teoria e Prática da Polícia Judiciária à luz do princípio da legalidade. Curitiba: Juruá, 1999.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. Inquérito Policial e Ação Penal. 4ª ed. rev., ampl. e atual. pela Lei 7.209, de 11-7-1984. São Paulo: Saraiva, 1986.

SEBASTIÃO FILHO, Jorge. Prática de Inquérito Policial. *In:* TELLES, Cláudio Fernando da Cunha (Coord.). Apostila de Prática Cartorária. Curitiba: Escola Superior de Polícia Civil, 2002.

SILVA, José Geraldo da. O inquérito Policial e a Polícia Judiciária. 2ª ed. rev., aum. e atual. pela Lei nº 9.099/95. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

Vade Mecum Compacto de Direito Rideel / Obra coletiva de autoria da Editora Rideel. – 11. Ed. – São Paulo: Rideel, 2016. 1988p.

CAPÍTULO XI

A LOUCURA INSTITUCIONALIZADA: HOSPITAIS PSIQUIÁTRICOS E MANICÔMIOS JUDICIAIS.

Larissa Delle Siquinelli

RESUMO: A questão da loucura e seu longo, persistente e complexo sistema de segregação se sustenta em uma significação que se mantém constante nas sociedades modernas, apoiadas na construção do mito do individual e nas fronteiras fortemente estabelecidas entre o público e o privado, a loucura é temida porque ameaça a própria natureza do social. O presente trabalho visa resgatar a trajetória histórica da instituição chamada de hospital psiquiátrico, bem como analisar suas, dificuldades, mudanças e desafios. O presente artigo resgata a memória do passado onde essas instituições nasceram, até a atualidade, de ações que se tornaram significativas tanto a âmbito nacional quanto no Estado de São Paulo, sobre o movimento em defesa dos pacientes internados. Pretende, também, através destas passagens, refletir brevemente sobre a complexidade que é tratar do tema, apesar dos avanços da legislação em saúde mental no Brasil, atualmente os hospitais psiquiátricos e manicômios judiciais estão dando lugar para os chamados hospitais gerais, no futuro não existindo mais uma instituição para tratar apenas os loucos, estes serão tratados em um hospital que cuida de todos os tipos de doença do corpo e da mente, em um mesmo local, deixando de separar as pessoas que possuem algum transtorno mental das demais.

PALAVRAS-CHAVE: Loucura. Institucionalização. Hospitais Psiquiátricos. Manicômios. Legislações sobre saúde mental.

INTRODUÇÃO

Os loucos sempre foram vistos como ungidos por Deus e conviviam normalmente em meio a sociedade, mas a partir do século XVIII, com o avanço da burguesia, a loucura passou a ser vista como ameaça ao modelo capitalista que se instalava. A opção do Estado foi segregar e excluir aqueles que não se adaptavam ao sistema. Dessa forma surge o manicômio, instituição destinada a enclausurar pessoas com problemas psiquiátricos que cometeram algum delito, e também os hospitais psiquiátricos para tratamento de pessoas com algum transtorno psíquico.

Segundo Michel Foucault (2005, p. 6), conferiu-se na Idade Clássica aos reputados insanos o lugar de segregação que, durante a Idade Média, fora reservado aos

leprosos. Finda – ou ao menos reduzida – a ameaça representada por estes últimos, restaram vazios os espaços físicos, sociais e ideológicos que ocupavam, que vieram a ser tomados pelos loucos, aos quais se impunha a necessidade de separação do corpo social.

Essa separação do corpo social toma forma com o sistema de internação integral, onde a pessoa que tem algum transtorno mental é afastada da família, tornando o tratamento mais prejudicial do que curativo. Entende-se como instituições totais a definição dada por Goffman:

> Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada [...]. Uma disposição básica da sociedade moderna é que o indivíduo tende a dormir, brincar, e trabalhar em diferentes lugares com diferentes coparticipantes, sob diferentes autoridades e sem um plano racional geral. O aspecto central das instituições totais pode ser descrito em a ruptura das barreiras que comumente separam essas três esferas da vida (GOFFMAN, 1974, p.11).

O foco principal desse trabalho refere-se ao mundo do internado, e não sobre a instituição, pois todas as instituições totais possuem as mesmas características, os aspectos de uma prisão, por exemplo, também é reconhecido em instituições cujos seus participantes não cometeram nenhuma ilegalidade, o comportamento do doente mental em fase da instituição diz respeito muito mais à sua condição de internado do que propriamente a sua doença.

Através do estudo teórico e da ampla revisão bibliográfica tem o objetivo de mostrar como se deu o nascimento dos manicômios no Brasil, expor todas as mudanças pelas quais esse instituto vem se modificando desde então, e analisar o poder em questão, utilizando para tanto as teoria sociológicas de Foucault, e de Goffman que tratam da loucura e das instituições que se propõem a lidar com ela. Demonstrar que existem duas facetas distintas, a realidade vivida pelos internos, e aquela que é mostrada para os visitantes e grandes públicos. Sabemos que os manicômios sempre foram caracterizados principalmente pela perda da identidade do interno, vários são os esforços feitos pela administração para mantê-los num estado de dependência total e de grande distanciamento do pessoal operacional.

Compreender que se trata de definir o futuro e a vida de uma pessoa, e não de um centro convergente de implicações sociais, é a proposta da atual política de saúde mental, que tem entre suas conquistas a Lei 10.216/2001, e se mostra não como um resultado de concepções exclusivamente médicas, mas de uma mobilização de diversos

setores sociais e campos do conhecimento, como a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia e o Direito. Este último tem um papel fundamental nesta nova política, na medida em que permite promover garantias de cidadão ao doente mental.

1 SURGIMENTO DA INSTITUIÇÃO ASILAR E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL.

A prática de segregação surgiu na Idade Média com os leprosos que eram deixados em ilhas habitadas somente por eles para que morressem lá sem contaminar o resto da população, assim eram condenados a muito mais do que ao esquecimento. Assim, assumindo de certa forma esta herança, o louco preenche as propriedades excludentes deixadas pela lepra. (FOUCAULT, 1978, p. 8).

Neste sentido, encontramos no processo dos navios insanos, não uma segregação pela simples indiferença da loucura, mas sim, porque esta já na Idade Moderna começava a se revelar tão assustadoramente quanto à lepra de modo que o horror da loucura faça-se presente a necessidade de procurar esquecê-la. Conveniente é, para o homem moderno, não enxergar os tolos e alienados, uma vez que, estes destoavam seus povoados. Jogando aos mares os loucos, as cidades acabariam por comercializar indiretamente o mercado de dementes.

Com a passagem dos séculos XVI e XVII, a loucura aos poucos se encontra com uma nova figura de si: a ilusão. Segundo Foucault (1972, p. 38), "o amor decepcionado em seu excesso, sobretudo o amor enganado pela fatalidade da morte, não tem outra saída a não ser a demência". E será assim que, expresso pelos movimentos literários (sobretudo com Cervantes e Shakespeare), a loucura toma seu lugar como delírio ou a paixão demasiada.

> A experiência clássica da loucura nasce. A grande ameaça surgida no horizonte do século XV se atenua, os poderes inquietantes que habitavam a pintura de Bosch perderam sua violência. Algumas formas subsistem, agora transparentes e dóceis, formando um cortejo, o inevitável cortejo da razão. A loucura deixou de ser, nos confins do mundo, do homem e da morte, uma figura escatológica; a noite na qual ela tinha os olhos fixos e da qual nasciam as formas do impossível se dissipou. O esquecimento cai sobre o mundo sulcado pela livre escravidão de sua Nau: ela não irá mais de um aquém para um além, em sua estranha passagem; nunca mais ela será esse limite fugidio e absoluto. Ei-la amarrada, solidamente, no meio das coisas e das pessoas. Retida e segura. Não existe mais a barca, porém o hospital. (FOUCAULT, 1972, p. 42).

Nesta passagem Foucault apresenta a passagem da loucura para a modernidade, onde deixa de ser "jogada" aos navios para morrer, e dá espaço para as internações em instituições próprias.

As instituições asilares surge principalmente, devido às necessidades econômicas do século XIX, principalmente o capitalismo e o seu mercado que muito se beneficiariam com a classificação e separação dos aptos para o trabalho dos não aptos.

> O surgimento do asilo, em sua forma moderna, deve ser creditado, sobretudo à emergência de uma economia de mercado capitalista e à "mercantilização da existência" dele decorrente- fenômenos cujas raízes "espraiam-se numa extensão muito maior em direções muito mais complexas, na natureza do capitalismo como um fenômeno social" (CUNHA, 1988, pg. 22).

O capitalismo leva a uma preocupação com as cidades, sua constituição e expansão, e como consequência do surgimento de novas relações sociais. O espaço urbano evidencia mais ainda as contradições entre as classes sociais, permitindo que essas diferenças sejam mais visíveis, o que acaba tornando possível uma contestação mais significativa.

Entretanto esse não é a questão mais importante do século XIX, mais importante que o movimento de reinvindicação do proletariado é a questão da disciplina cotidiana, da normalização dos cidadãos que habitavam as cidades.

Além do controle do tempo, outra peça importante para o controle e disciplina na cidade era o controle de um novo tipo de relação de trabalho que começa a surgir nessa época, de sobrevivência e como uma forma alternativa de obtenção de dinheiro, ou seja, todos aqueles que viviam a margem da sociedade.

> O parentesco entre loucura e crime, presente desde meados do século em concepções como a "monomania" de Esquirol ou a "loucura moral" de Pritchard, constituiu um aporte básico para a expansão do alienismo para além dos muros do hospício, ao dissociar loucura e razão e abrindo a possibilidade teórica de uma loucura sem delírio, remetida exclusivamente à esfera dos comportamentos (CUNHA, 1988, pg. 24).

Nessa época tem início à ampliação do conceito de loucura, dando maior importância à psiquiatria, a loucura se torna cada vez mais presente, pouco visível para os leigos, mas sempre presente na visão do especialista. Uma ameaça que se torna mais real através dos sujeitos a que foram associados como os vadios, prostitutas, assassinos e demais "desordeiros".

> A teoria da degenerescência, formulada por Morel na década de 50, ao assumir uma orientação organogenética e definir uma etiologia da loucura, reverte os fundamentos do alienismo clássico de Tuke e Pinel: a afirmação de que a origem da loucura estava na degeneração, hereditariamente transmitida e definida como "desvios doentios em relação ao tipo normal da humanidade", negava a concepção da "doença" como um "erro de julgamento" ou desvio da razão (CUNHA, 1988, pg. 25).

O proletário começa a ser objeto de uma cautela médica, que irá tentar regenerá-lo a cada dia mais, numa experiência para curar, disciplinar e adestrar suas funções. A teoria da degenerescência que deriva do pensamento "alienista" e o debate social e técnico sobre as populações marginais, pobres ou "perigosas" toma conta das duas últimas décadas do século XIX.

Esse esforço para atingir uma "moralização da sociedade" é o mesmo que impedir a ampliação dos degenerados, através dos controles higiênicos e também morais impostos para a construção de uma "boa" sociedade.

No Brasil o crescimento urbano teve uma influência maior ainda do que na Europa. Particularmente na cidade de São Paulo os hospícios, na sua forma moderna, ou seja, com espaços para internamento, surgem ao mesmo tempo em que as primeiras indústrias começam a se expandir nas últimas décadas do século XIX.

Assim percebemos que essa instituição demorou a ser trazida para o nosso país, isso se deve ao próprio atraso na revolução industrial do país, que sempre foi referência na agricultura e funcionava como exportador de matérias primas para outros mais industrializados. Por isso que os hospícios surgem nas cidades maiores primeiro no Rio de Janeiro e São Paulo em 1852, e depois em Recife e Salvador, pois o crescimento urbano era fundamental para estabelecer essa relação.

São sujeitos da rápida urbanização e alvos das primeiras instituições psiquiátricas: Os operários das indústrias, o imigrante estrangeiro, o negro liberto, os ex-escravos e subempregados, que ocupavam rapidamente os novos espaços de moradia, e trabalho.

> Autorizada por seu caráter científico, a medicina higiênica – como a medicina mental – vai constituir um discurso sobre todas as instâncias da vida, invadindo a esfera das relações pessoais para moldá-las segundo os propósitos da ordem e da disciplina urbanas (CUNHA, 1988, pg. 35).

Nesse projeto que visava educar a sociedade e acabar com os lugares considerados promíscuos, abrigo de doenças e da criminalidade, várias instituições foram criadas, principalmente após a proclamação da república, como uma forma de intervir na questão da saúde pública. Assim a medicina começa a desempenhar um importante papel na sociedade, teve suas atribuições ampliadas para se adaptar as novas necessidades, isso porque todos os moradores de lugares considerados "infectos" deveriam ir para algum lugar. Nesse contexto surge o hospício do Juquery em 1903, subordinado à Secretaria dos negócios do interior e justiça do estado de São Paulo.

> O hospício proposto não será, no entanto, exatamente igual ao de Pinel: a proposta mais completa desta eclética psiquiatria brasileira, e que lhe serviu de modelo por longo tempo - O hospício do Juquery -, tentará traduzir e compatibilizar o marco teórico, as necessidade políticas e a defasagem institucional que caracterizam o nascimento do alienismo no Brasil. (CUNHA, 1988, pag. 36).

Na Europa o hospício começou a ser condenado como um espaço de incurabilidade, desta forma as políticas públicas destes voltavam-se para a profilaxia. Aqui essa era considerada ainda a melhor e principal alternativa pela psiquiatria da degenerescência e organicismo.

No Brasil milhares de pacientes foram internados durante este período sem um diagnóstico de doença mental. Os relatos a seguir contam a história de um dos hospícios mais famosos do nosso país, localizado na cidade de Barbacena no estado de Minas Gerais, retirados do livro "Holocausto brasileiro" da Autora Daniela Arbex.

> Aos quinze anos Conceição foi mandada para o hospital, porque decidiu reivindicar do pai a mesma remuneração paga aos filhos machos. Embora trabalhasse como os irmãos na fazenda de Dores do Indaiá, município pouco povoado no centro Oeste das Gerais, a filha do fazendeiro não desfrutava dos mesmos direitos. Pela atitude de rebeldia da adolescente, o pai aplicou o castigo. Decidiu colocar Conceição no famigerado "trem de doido", único no país que fazia viagem sem volta. Em 10 de maio de 1942, la deu entrada no hospital, de onde nunca mais saiu. Em 30 anos nunca recebeu visita. No começo, a filha de Indaiá foi tomada pela indignação. Bonita, jovem e lúcida, não aceitava o diagnóstico de loucura. Por isso, agredia os guardas, desafiava com violência a ordem imposta. O peso da retaliação era maior que a ousadia da adolescente. Como castigo passou mais de dois anos trancada em cela inferior a dez metros quadrados. Só via a luz do sol vinte minutos por dia (ARBEX, 2013, pg. 39).

Esse relato deixa claro que não havia muita distinção entre o que era realmente diagnosticado como doença mental, o simples fato de ser mulher e não se comportar como

era esperado para uma naquela época, bastava para o diagnóstico de loucura. E assim funcionava para muitas outras mulheres, como moças que perdiam a virgindade antes do casamento, ou meninas que acabavam engravidando dos patrões, mulheres confinadas pelo marido para que este pudesse morar com a amante, prostitutas. A institucionalização da loucura atingiu principalmente as mulheres nesta época, mas ninguém era poupado todas as pessoas que eram consideradas inconvenientes para a sociedade poderiam acabar sendo internada a força como, por exemplo, os homossexuais, e os alcoólatras.

> Antônio Gomes da Silva, sessenta e oito anos, foi um dos pacientes encaminhados para o hospital, aos vinte e cinco anos. Há poucos registros sobre o passado de Cabo, como Antônio foi apelidado. O que se conta sobre ele é que o desemprego se somou a bebedeira e ao "descontrole dos negócios", como Antônio diz, resultando em sua prisão. Hoje passado mais de quarenta anos do episódio, o Cabo não sabe mais o motivo pelo qual foi mandado para a Colônia pela caneta de um delegado no dia 3 de janeiro de 1969 (ARBEX, 2013, pg.31-32).

Assim como este, grande parte dos internados estava por lá por questões morais. Na prática nos manicômios não existia o objetivo de se recuperar o internado e sim apenas corrigir o comportamento considerado inadequado. O método utilizado para tratar os internados por vezes aumentava ainda mais os seus transtornos psicológicos como, por exemplo, o eletrochoque.

2 TEORIAS SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO. MICHAEL FOUCAULT, ERVING GOFFMAN.

Para este autor existe um momento histórico de surgimento do que se entende hoje por loucura, a partir do final do século XVIII é que a "loucura" assume o significado de doença mental, justamente com o nascimento dos asilos e manicômios e por consequência com o surgimento da psiquiatria.

Uma das principais questões levantadas pela obra "História da Loucura" é a desconstrução da ideia de que a doença mental é algo inerente a humanidade, deixando claro que a psiquiatria é uma ciência muito recente e que as suas interferência em relação aos doentes mentais ocorreu em uma determinada época, isto porque não se pode falar de "patologização" do louco ou de doença mental no ocidente antes do século XVIII.

Em relação à criação de um espaço de isolamento específico para o doente mental, Foucault cita o autor Philippe Pinel, um dos pioneiros da teoria que defendia o

isolamento dos chamados "loucos" dos demais na França, tornando-os objeto de estudo da psiquiatria. O asilo proposto por ele seria dotado de uma moralidade.

> Uma moral existe inteiramente primitiva, que normalmente não é ofendida, mesmo pela pior demência; é ela que ao mesmo tempo aparece e opera na cura (...). (...) O asilo reduzirá as diferenças, reprimirá os vícios, extinguirá as irregularidades. (...) Num único e mesmo movimento, o asilo, nas mãos de Pinel, se torna um instrumento de uniformização moral (..) (FOUCAULT, ano 2005, p. 487-8).

O sentido preponderante do internamento encontra-se no campo da moral. Seu significado político está na absorção dessa dimensão moral à lei e à administração estatal, em que a repressão física passou a ser utilizada como forma de correção do que estivesse às margens da ordem social.

> Portanto, o Hospital Geral deve receber os 'estragados', mas não os aceita sem formalidades: é preciso pagar sua dívida para com a moral pública, e deve-se estar preparado, nas sendas do castigo e da penitência, para voltar a uma comunhão da qual se foi expulso pelo pecado (FOUCAULT, 2005, p. 84).

É importante destacar que esse fenômeno da grande internação apresenta amplo significado, uma vez que diz respeito às esferas social, moral, econômica e política, revelando assim, a concepção de loucura característica da época clássica.

No que se refere à esfera social, a grande internação sugere uma mudança na percepção do fenômeno pobreza, em que a visão religiosa cedeu lugar a uma visão social. Nesse sentido, pobreza passou a assumir uma dimensão de desordem moral, caracterizando-se sob uma negatividade, como empecilho ao ordenamento da sociedade e, portanto, torna-se objeto de reclusão.

No plano econômico, destacam-se duas situações: desemprego e pleno emprego. No período de predomínio daquele, a grande internação poderia oferecer proteção aos cidadãos contra os possíveis problemas que os ociosos viessem a causar. Quando do período de pleno emprego, serviria como "meio" de se adquirir mão-de- obra barata.

> (...) Desempenhando um papel ao mesmo tempo de assistência e de repressão, esses hospícios destinam-se a socorrer os pobres, mas comportam quase todas as células de detenção e casernas nas quais se encerram pensionários pelos quais o rei ou a família pagam uma pensão (...). Muitas vezes essas novas casas de internamento são estabelecidas dentro dos próprios muros dos antigos leprosários, herdam seus bens (...). Mas também são mantidos pelas finanças públicas (...). Nessas instituições também vêm-se misturar, muitas vezes não sem conflitos, os velhos privilégios da Igreja na assistência aos pobres e nos

> ritos da hospitalidade, e a preocupação burguesa de pôr em ordem o mundo da miséria; o desejo de ajudar e a necessidade de reprimir; o dever de caridade e a vontade de punir (...) (FOUCAULT, 2005, p. 52-3).

O exame no hospital psiquiátrico, tal como na prisão, tem seus "rituais", "métodos", "personagens" e "papéis", "jogos de pergunta e resposta" (ainda que da resposta só se escute o que for conveniente e que permita qualificar e classificar), "sistemas de classificação".

Nesta dinâmica social, surge a necessidade dos asilos, prisões, hospícios e hospitais na afirmação de instituições que coordenam o sonho burguês de sociedade, repetindo as práticas de segregação de tempos ulteriores. A discriminação dos loucos retoma suas antigas práticas de segregação que são tão históricas. A perturbação essencialmente política e moral surgem através dos anos como discursos defensivos, para o bem e a segurança do grupo, dos contratos não observados, da incapacidade de observá-los, para a sua punição. Fator pelo qual está incluso num sistema correcional onde desta forma se constrói o que chamamos de disciplina, ou seja, todo um conjunto de coação, regras e contratos, sobre o indivíduo a favor de uma eficácia técnica e política de uma sociedade. Assim vemos a disciplina descrita por Foucault no livro "Vigiar e Punir" (2005, p. 133).

> A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos dóceis. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma aptidão, uma capacidade que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita.

Desta forma, aponta a internação para o domínio: um domínio que irá causar não só a reclusão, mas todos os sistemas de correção para a sua identificação. Dominar a loucura significa buscar quem ela verdadeiramente é, e por que ela habita o homem de forma tão obscura e degradante. É o que a medicina e a psiquiatria procuraram realizar ao enquadrá-la em diagnósticos sob formas de protocolos de doenças.

Segundo Goffman o termo instituição pode ser compreendido como a designação de um estabelecimento social no âmbito do qual ocorre atividades de um tipo determinado como, por exemplo, escola, clubes, fábricas. Toda instituição toma para si parte do tempo e da atenção desses indivíduos, e em troca lhes dá algo bem específico da própria instituição.

Assim toda instituição tem como caráter básico o fechamento, e o isolamento do mundo exterior, pressupondo uma adesão e um compromisso, sendo que algumas tendem mais e outras menos para esse isolamento. Como é o caso das prisões que são as mais "fechadas" possuem fortes barreiras com relação ao mundo exterior e que buscam controlar a entrada e saída desta. São denominadas por Goffman como "instituições totais".

Há outros modelos também de instituições com barreiras ainda que simbólicas como os conventos, algumas religiões e também os manicômios, que foi a instituição mais estudada pelo autor na sua obra "Manicômios, prisões e conventos". Os Manicômios exercem um forte controle das necessidades humanas principalmente através de uma organização burocrática bem demarcada que proíbe atos cotidianos como fumar, ir ao banheiro, telefonar. Coisas naturais para quem não está na instituição, mas que nela precisam de autorização prévia para poder realizar, com todo esse controle acaba gerando perturbações no "eu" destas pessoas, é o que Goffman chama de "economia do eu".

> Essa obrigação não apenas coloca o indivíduo no papel submisso, "não natural" para um adulto, mas também permite que suas ações sofram interferências da equipe diretora. Em vez de ser atendido imediata e automaticamente, o internado pode sofrer cacetadas, receber urna negativa, ser longamente interrogado, ser ignorado, ou, segundo sugestão de antigo doente mental, esquecido (..) (GOFFMAN, 1974, p. 44).

O interesse sociológico do autor está no que acontece com o que ele designou como "economia do eu", o que uma instituição total pode fazer com o eu do indivíduo, ou seja, o que se quer revelar é o mundo do internado no caso dos hospitais psiquiátricos. Mas além de analisar as vivências dos internos ele também observou a própria instituição e quem a controla, os dirigentes.

> Quase sempre, muitas instituições totais parecem funcionar apenas como depósitos de internados, mas, como já foi antes sugerido usualmente se apresentam ao público como organizações racionais, conscientemente planejadas como maquinas eficientes para atingir determinadas finalidades oficialmente confessadas e aprovadas. Já se sugeriu também que um freqüente objetivo oficial é a reforma dos internados na direção de algum padrão ideal. Esta contradição entre o que a instituição realmente faz e aquilo que oficialmente deve dizer que faz, constitui o contexto básico da atividade diária da equipe dirigente. (GOFFMAN, 1979, p. 69-70).

As marcas geradas naqueles colocados em tais instituições, por meio de todo um simbolismo de ritual institucional específico, são permanentes. Em outras palavras,

aquele sujeito que sai – se é que algum dia isso ocorre concretamente – desse campo institucional total, sai com "um outro eu", um eu diferente daquele que possuía antes de ser paciente, outro eu é moldado e produzido para esse sujeito, no lugar da personalidade anterior.

Ao falar de ajustamentos secundários, Goffman relatou uma série de casos analisados, mediante os quais os indivíduos encontram meios de burlar, propriamente dizendo, as severas regras das instituições totais.

> É possível dizer algo a respeito dos ajustamentos secundários da equipe dirigente do Hospital Central. Por exemplo, a equipe dirigente às vezes usava os pacientes para tomar conta de seus filhos pequenos, como jardineiros, ou como empregados para serviços gerais. Os pacientes com licença para andar pela cidade eram as vezes mandados para fazer serviços externos para médicos e enfermeiras. Os auxiliares esperavam receber algum alimento do hospital, mesmo quando isso era proibido, e, segundo se sabia, os que trabalhavam na cozinha "1iberavam" alimento. A garagem do hospital era as vezes usada como oficina e fornecedora de peças para automóveis do pessoal dirigente. (GOFFMAN, 1974, p.171).

Para o autor o indivíduo é uma entidade social capaz de assumir posições, no meio em que eles estão inseridos eles são capazes de elaborar meios de "jogar o jogo da vida social", por meio de instrumentos disponíveis na instituição para se desviar ou de modo a amenizar a dor provocada pelo controle/repressão verbal que tem como objetivo desestabilizar ainda mais cada um.

Durante o período de Renascimento se observa que o tratamento para loucos vem como um processo dialético humanizador e higienista onde na prática a teoria era outra. As instituições totais baseadas no modelo de internação típica do século XVIII adquiriu ao longo dos anos ainda mais características de segregação e tonou-se uma invenção satisfatória de caráter ilusório e imediato. O problema social criado pela nova estrutura da sociedade não seria solucionado apenas com o internamento, pois este problema era muito mais abrangente e envolvia vários aspectos. O que iremos observar é que o modelo de instituição total continua não sendo satisfatório na contemporaneidade, as instituições nasceram para isolar o problema da miséria, que ficaria em um local específico, com muros altos e sempre sob vigia.

No início do século XIX ainda era incerta a capacidade dos médicos em diagnosticar a loucura, o médico ao longo dosa anos tornou-se um juiz da razão cabendo a ele diagnosticar se alguém sofre da falta de razão, e se há a necessidade de isolamento

deste. A loucura passa a ter várias denominações e a ser considerada como uma "limitação", o que ocasiona a remoção da responsabilidade sobre ele mesmo.

A partir do vínculo com a ciência positiva no século XIX, o louco deixa de ser pensado como nos moldes antigos e o estigma da periculosidade determina que a loucura passe a ser considerada uma doença mental, mas o que se vê é uma nova configuração dos antigos moldes, o louco permanece encarcerado.

3 LEGISLAÇÕES SOBRE SAÚDE MENTAL NO BRASIL. MEDIDA DE SEGURANÇA E A LEI DE DROGAS.

A pena e medida de segurança não diferem apenas por apresentarem finalidades distintas, repressiva ou preventiva, mas, também, pelas causas, condições de aplicação e modo de execução. A pena aplica-se, exclusivamente, aos responsáveis e tem fundamento no dever que incumbe ao Estado de preservara ordem e a segurança da convivência social, consequência da função de tutelar e manter o ordenamento jurídico.

As penas existem, pois é uma necessidade da sociedade que visa proteger os bens jurídicos que se destinam a prevenção da prática de crimes. Em sua natureza jurídica, a pena é essencialmente retributiva, porque a perda dos bens jurídicos é imposta ao transgressor.

A medida de segurança, por sua vez, é aplicada aos inimputáveis (que não possuem consciência do ato praticado) e semi imputáveis (tem consciência reduzida), tendo como fundamento não mais a culpabilidade, mas sim a periculosidade, que é a probabilidade de praticar novamente um fato previsto como crime. Para a medida de segurança o crime será apenas uma ocasião, pois o seu fundamento vai além deste.

Ela é um reforço á prevenção, já antevista na pena, ou seja, a medida de segurança é uma espécie de sanção. Esta investiga a sua periculosidade, e aquela não deixa de considerar a personalidade do agente, objetivando o mesmo fim que é definir quando a personalidade oferece maior perigo. Os objetivos e os efeitos de uma e outra se entrelaçam e se confundem, pois as medidas de segurança não deixam de manter certa proporção com a gravidade do delito. A detentiva, para imputáveis, pressupõe a perda de bens jurídicos assim como nas penas; perde-se o direito de se deslocar livremente, tem natureza aflitiva. Por isso assim como as penas, as medidas de segurança só serão

aplicadas após processo regular com amplas garantias, em que sejam defendidos a liberdade e outros direitos do indivíduo.

Por ter uma finalidade diversa da pena, pois a medida se destina ao tratamento daquele que praticou fato ilícito e típico, aquele que for declarado inimputável deverá ser absolvido, pois o art. 26, caput, do Código Penal, diz ser isento de pena o agente que por doença mental, era ao tempo da omissão incapaz de entender o caráter ilícito do fato.

A aplicação da medida de segurança deve respeitar a Dignidade da Pessoa Humana, nesse sentido o artigo 99 da Lei de Execução Penal que determina que: "O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento".

Na mesma seara, Rogério Greco afirma (2006, p.687):

> Isso significa que aquele a quem o Estado aplicou medida de segurança, por reconhecê-lo inimputável, não poderá, por exemplo, recolhê-lo a uma cela de delegacia policial, ou mesmo a uma penitenciária em razão de não haver vaga em estabelecimento hospitalar próprio, impossibilitando-lhe, portanto, o início de seu tratamento.

Há quem defenda que nas hipóteses do agente ser considerado notoriamente perigoso, deverá este aguardar uma vaga, retido em presídio comum. Tal posicionamento configura violação à dignidade da pessoa humana, pois configurar constrangimento ilegal e também por transferir a responsabilidade do Estado, o único incumbido pela manutenção de estabelecimentos adequados aos pacientes, que ficaria isento de responsabilidade neste sentido. Assim, não deve este ser apenado por algo que, em absoluto, não é sua obrigação.

Destarte, julgado do STJ decide que sendo aplicada ao paciente a medida de segurança de internação, constitui constrangimento ilegal que o motivo seja a alegada inexistência de vagas para o cumprimento da medida cominada. A manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento da medida de segurança de internação é de responsabilidade do Estado, não podendo o paciente ser penalizada pela insuficiência de vagas.

> EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA DEINTERNAÇÃO. FALTA DE VAGA EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO.
> I- Sendo aplicada ao paciente a medida de segurança de internação, constitui constrangimento ilegal sua manutenção em prisão comum, ainda que o motivo seja a alegada inexistência de vaga para o cumprimento da medida aplicada.

> II-A manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento da medida de segurança de internação é de responsabilidade do Estado, não podendo o paciente ser penalizado pela insuficiência de vagas. Habeas corpus concedido. (HABEAS CORPUS HC 31902 SP 2003/0210263-8 (STJ), Quinta Turma- T5, relator: Ministro Felix Fischer, data de julgamento 11/05/2004, data da publicação DJ 01/07/2004 p.230).

O Juiz poderá decretar de ofício, a pedido do Ministério Público ou da autoridade administrativa a substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança, caso algum agente, durante o cumprimento dessa pena, apresente algum sintoma ou comportamento que transpareça perturbação da saúde mental.

Se essa condição for provisória, o agente será tratado pelo período necessário em hospital de custódia, depois retornará ao sistema carcerário comum. Essa possibilidade de reconversão da medida de segurança em pena impede situações de injustiças, pois pode ocorrer de o agente que passou para o sistema de medida de segurança por possuir uma doença psicológica, quando avaliado pela perícia e assim for considerado curado, não poderá ser libertado antes do tempo determinado pela sentença para cumprimento da pena restritiva de liberdade.

O artigo 183 da Lei de Execução Penal (lei nº 7.210 de 1984), possibilita essa conversão da pena privativa de liberdade durante a execução nos casos em que a doença mental ou perturbação mental sobrevier ao sentenciado.

Esse tema é objeto de algumas discordâncias, sendo que o problema gira em torno da duração da medida de segurança. Assim, quatro são as correntes, quais sejam: A) Duração indefinida, com fulcro no próprio artigo 97, § 1º do CP. B) Igual duração da pena privativa imposta, vale dizer, entende-se aqui que o condenado deva sujeitar-se, internado, ao que falta da pena determinada. C) Duração delineada pelo máximo de 30 anos, sendo esta a linha demarcatória assentada para as penas privativas de liberdade. D) Duração do máximo em abstrato prenunciado como pena para o ato infracional proveniente da medida de segurança.

De acordo com os direitos fundamentais em hipótese alguma deveria ser admissível imposição de pena ou medida de segurança com duração indeterminada, em se tratando de conversão da pena em medida no curso da execução consoante artigo 183 da Lei de Execução Penal, ou em relação à duração do artigo 97 do Código Penal. Do contrário, restará a violação aos preceitos constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana, e princípios como o da proporcionalidade, igualdade e da não perpetuação da pena.

Aqueles que defendem a constitucionalidade da medida de segurança por tempo indeterminado se orientam na periculosidade para justificar a permanência da medida indeterminada, enquanto não cessar o estado de periculosidade. Tal pensamento doutrinário não possui lógica tendo em vista que os imputáveis que cumpram o prazo máximo de uma pena, que é 30 anos, serão soltos e voltarão para a convivência na sociedade. Sabe-se que esses indivíduos imputáveis podem voltar a cometer novos delitos, cumprir a pena não garante que eles não são mais perigosos, mas mesmo podendo cometer novas infrações esses indivíduos não deixam de ser beneficiados pelo artigo 75 do CP.

Quando se trata da inconstitucionalidade da internação por prazo indeterminado da medida de segurança, é possível encontrar basicamente dois entendimentos sobre a matéria, quais sejam: O primeiro no sentido de que o prazo máximo há de ser o de 30 anos impostos às penas. O segundo entendimento se embasa na determinação de prazo máximo fixado pelo máximo da pena cominada para o delito.

Bitencourt nos seus estudos traz a percepção de que "começa-se a sustentar, atualmente, que a medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo de pena abstratamente cominado ao delito [...]" (2009, p. 843).

Rogério Greco (2006, p. 681) analisa a possibilidade de se manter a medida de segurança até a morte do paciente. O autor afirma que:

> Esse raciocínio levou parte da doutrina a afirmar que o prazo de duração das medidas de segurança não pode ser completamente indeterminado, sob pena de ofender o princípio constitucional que veda a prisão perpétua, principalmente tratando-se de medida de segurança detentiva, ou seja, aquela cumprida em regime de internação [...].

Para os que defendem a aplicação da medida de segurança pelo lapso temporal máximo de 30 anos, existe o posicionamento próprio do STF que se baseia na interpretação sistemática dos artigos 75 e 93 do Código Penal e o artigo 183 da Lei de Execução Penal, que por ter a própria constituição ter abolido as penas de prisão perpétua, a medida de segurança deve ser limitada em 30.

Assim que a dependência de droga, como uma necessidade física e psicológica, que resulta no consumo desta continuamente ou periodicamente, for descoberta em alguém que cometeu um crime, surge a necessidade de definir a imputabilidade, inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente. O imputável dependente de drogas

terá o tratamento ambulatorial interno na penitenciária onde estiver cumprindo sua sanção. Assim, mesmo dependente, cumpre a pena e trata-se no presídio.

Quando detectada a inimputabilidade, o réu será absolvido e será aplicada a medida de segurança de internação em hospital psiquiátrico ou, dependendo do caso concreto, apenas medida de segurança ambulatorial. A internação e o tratamento ambulatorial serão aplicados quando a avaliação médica da dependência química ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem.

A situação do semi-imputável sofreu uma alteração, juntamente com a mudança na lei, antes da reforma no Código Penal de 1984 era aplicado o art. 11 da Lei Antitóxicos (Lei nº 6368/76). Esta definia que a medida de segurança não seria aplicável ao semi-imputável. Seria aplicada somente a pena, tendo sua quantidade diminuída de um dois terços, mas fará tratamento ambulatorial dentro do sistema penitenciário, se o réu estiver preso. Se solto, fará em estabelecimento adequado, ou seja, hospital ou clínica psiquiátrica, sendo recomendada a internação inicial, por não se mostrar eficaz o tratamento ambulatorial.

> A experiência criminal mostra a inocuidade do tratamento ambulatorial, regime muitas vezes buscado pelo infrator que, constatando a inviabilidade de absolvição, trilha o caminho da admissão do porte para o uso pessoal, marcado pela dependência e, beneficiado com os cuidados extra- hospitalares, continua no meio social que o levou à droga, estimula o sentimento de impunidade que eleva o índice de criminalidade, sofistica a conduta proibida para não ser novamente descoberto e subtrai do organismo social a sua parcela de talento necessária ao bem comum (SANDRIN, e PENTEADO, p. 6, 1994).

A medida de segurança na nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) está dentro do título de repressão ao tráfico ilícito de drogas, no artigo 45; um descuido do legislador que pode causar uma interpretação confusa de que essa medida não se aplicaria aos usuários e dependentes, pois esses não deveriam ser punidos e sim tratados. O não reconhecimento da inimputabilidade e a não aplicação da medida de segurança com certeza é prejudicial. Não seria possível, portanto, a aplicação da medida de segurança e o usuário/dependente deveriam ser condenados junto com a pena do art. 28, uma aplicação da lei mais rígida, portanto do que a aplicada ao traficante também considerado inimputável, pois este último seria absolvido e seria aplicada a medida de segurança.

Diferença essa de tratamento nem um pouco justa, levando em conta os princípios que a nova lei segue. Em todos esses casos cabem aos juízes de execução

criminal utilizar ou não a nova lei de drogas (Súmula 611 do STF) podendo aplicar a regra do artigo 45 da nova lei ou, ainda, o Código Penal subsidiariamente.

A Lei de Drogas, como toda lei nova, ainda possui muitos questionamentos doutrinários, tendência é levar à medida de segurança, mas não nos termos do Código Penal. Restabelecer o indivíduo é objetivo da medida de segurança, e esse é também um dos objetivos do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas). Isso justifica o direcionamento para o fim da aplicação de pena restritiva de liberdade para o usuário de drogas.

CONCLUSÃO

Quando o saber da psiquiatria adentra o nosso país, a principal necessidade era a organização do espaço público para manter a ordem. Os escravos recém libertos em uma sociedade que começava a se industrializar, e que estava buscando uma forma de fazer a cidade fluir sem problemas de ordem pública, acabou fazendo uso das teorias psiquiátricas da mesma forma como estas foram utilizadas na Europa: Higienizando o âmbito social da época.

Desta forma a medicina social é implantada buscando a cura para doentes mentais, contudo esse mesmo tratamento acaba adaptando as correntes ideológicas advindas da psiquiatria nazista, e assim o médico passou a ter livre acesso as questões de âmbito social. O saber da psiquiatria adquire um amplo poder envolvendo toda a sociedade.

Os indivíduos que se encontravam nessas instituições estavam abandonados, sem cuidado e estavam envolvidos em vários tipos de problemas sociais e de políticas públicas. As instituições psiquiátricas e manicômios judiciais que foram criados no país acabaram se tornando o retrato da exclusão social e do cárcere.

A psiquiatria surgiu e serviu perfeitamente para os dominantes que não conseguiam manter o controle da sociedade. A medicalização também se tornava cada vez mais popular, e novas descobertas científicas prometiam revolucionar as formas de tratamento, que na verdade foram cada vez mais utilizados para “dopar” até o ponto que o paciente não reagisse mais e não apresentasse resistência ao tratamento muitas vezes cruel que recebiam nesses estabelecimentos.

Após a segunda metade do século XX essas atitudes em relação aos doentes mentais foram questionadas, e apesar das muitas resistências em repensar o antigo modelo assistencial e puramente institucional que exclui o louco da sociedade, há atualmente vários grupos médicos que buscam novas soluções e formas de pensar o tratamento dessas pessoas sem que haja a exclusão.

Em relação à responsabilização penal do louco que por acaso comete algum fato determinado como crime, existe uma tendência de que os peritos considerem todo doente mental como incapaz, e perigoso demais para conviver em sociedade pela periculosidade. Porém cada paciente deve ser analisado de forma distinta levando-se em consideração todas as particularidades do caso, para que a doença mental não justifique uma punição ainda mais cruel para este indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACIOLY, Yanne Angelim. *Reforma psiquiátrica: Com a palavra, os usuários.* Tese de Mestrado Acadêmico em Políticas Públicas e Sociedade, da Universidade Estadual do Ceará. Orientadora: Dra. Maria Glaucíria Mota Brasil. Fortaleza/CE. 2006.

ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro.* 1ª Edição, São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BORGES, Felipe Garcia Lisboa. *Monografia para conclusão do bacharelado em Direito-Centro Universitário do Pará. Proposta de Medida de Segurança com aplicabilidade exclusiva aos crimes cometidos por psicopatas.* Belém-PA, 2010. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/proposta-de-medida-de-seguranca-com-aplicabilidade-exclusiva-aos-crimes-cometidos-por-psicopatas/60526>. Acesso em: 15/04/2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça- STJ. Penal. Medida de Segurança. Jurisprudência/STJ-Acórdãos. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> Acesso em: 17/02/2015.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal - Parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V. 1, t. 3, p. 1.930.

CUNHA, Maria Clementina Pereira da. *Espelho do mundo. Juquery: A história de um asilo*. Editora Paz e Terra, 2º Ed, 1988.

DELGADO, Pedro Gabriel. *As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil*. Rio de janeiro. Te-Corá. 1992

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - Parte Geral***.** Reio de Janeiro. Forense, 5ª edição, 1983.

FOUCAULT, Michael. *História da Loucura: Na idade clássica*. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. 8ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2005.

FOUCALT, Michael. *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 41. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos.* São Paulo: Perspectiva, 1974.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal - Parte geral.* Niterói-RJ, Impetus, 2006.

SANDRIN, Carlos Fernandes. e PENTEADO, Jaques de Camargo. *Drogas – Imputabilidade e Dependência.* Série - Cadernos Informativos. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 1994.

TENÓRIO, Fernando. *A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: história e conceito*. História, Ciências, Saúde Manguinhos, Rio de Janeiro, vol. 9(1): 25-59, jan.-abr. 2002. In:<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v9n1/a03v9n1.pdf>. Acesso em 08 de agosto de 2014.

CAPÍTULO XII

A PRECARIEDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A DECORRENTE INVIABILIDADE DA RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA.

Andrezza Souza Ramos

PALAVRAS-CHAVE: Execução – Ressocialização – Sistema Prisional

RESUMO: O presente estudo pretende discorrer acerca da precariedade que se instalou no sistema prisional brasileiro atual,pontuando os principais elementos que têm corroborado para tanto,resgatando os anteprojetos que antecederam a Lei de Execução Penal, e, no mais, analisar a decorrente ineficácia quanto à função ressocializadora da norma penal em razão da referida crise.

A execução penal antecede, em verdade, uma pena concreta. E essa, para que haja sua aplicação, carece de um processo. Neste, depois de apurada a existência de um fato típico e sua autoria, será imposta a pena abstratamente cominada para o delito praticado. Em consequência, todos os indivíduos participantes da relação jurídica estabelecida, direta ou indiretamente, receberão sua parte.

No entanto, os momentos que se sucederão à aplicação do dispositivo penal, não mais interessarão aos demais indivíduos, se não um único: o réu. Alexis Couto de Brito (2013, p. 24), citando Battaglini discorre "depois da condenação o silêncio sucede ao rumor dos salões judiciários e ao esquecimento à atenção geral. O público se desinteressa pela sorte dos condenados. É muito raro que o nome de um deles retorne aos lábios, ou reapareça nas colunas de um jornal. A prisão é uma tumba onde se enterram os vivos. Nenhum epitáfio recorda aos passantes o nome daqueles que estão reclusos atrás daquelas grandes muralhas de pedra" (In: Battaglini. II progetto Rocco nel pensiero giuridico contemporâneo. P.129).

Por vezes a sociedade parece sucumbir frente ao sensacionalismo e afasta-se irremediavelmente de pareceres favoráveis a uma execução penal com fulcro na dignidade

humana. Sabe-se que a Ciência Penal está em crise, e em conjunto sua substancial sanção, a pena privativa de liberdade, a prisão.

Antes de definitivamente adentrarmos à temática que permeia este trabalho, é imprescindível que se relate brevemente acerca das iniciativas legislativas históricas que ensejaram a vigente Lei de Execução Penal.

O primeiro balbucio de consolidação das leis referentes à execução penal no Brasil fora o projeto de Código Penitenciário da República datado de 1933, que, todavia, foi abandonado por diferenciar-se do Código Penal promulgado em 1940.

No ano de 1957, adveio a aprovação da Lei 3.274, estabelecendo normas gerais de regime penitenciário, sendo este ineficaz vez que não contemplava sanções que reprimissem o descumprimento das regras impostas.

Já nos anos de 1963 e 1970, foram redigidos dois novos anteprojetos de Códigos de Execução Penal, ambos inviabilizados. Tão somente em 1981, uma comissão de juristas instituída pelo Ministro da Justiça apresentou o anteprojeto da Lei de Execução Penal, resultando na Lei 7.210, promulgada em 11.07.1984.

A pena de prisão nasceu como substituta à pena de morte ou as corporais outrora presentes nas sociedades pretéritas, destoante da atualidade. Explica o Doutrinador Renato Marcão (2013, p. 31) "A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da penas não busca apenas a prevenção, mas também a humanização.".

A execução penal no Brasil, no estágio em que se encontra não se demonstra eficaz quanto sua função ressocializadora, em que pese o artigo 1° da L. 7.210/1984, que prescreve:

> 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.

Ensina Norberto Avena (2014, p. 05) "Pelo primeiro, busca-se concretizar o jus puniendi do Estado, realizando-se o título executivo constituído pela sentença. Já o segundo traduz a ideia de ofertar, durante a execução, os meios necessários a que os apenados e os sujeitos a medida de segurança possam alcançar a reintegração social.". Ainda cita o referido autor o Ilustre Doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete, "o sentido imanente da reinserção social, conforme o estabelecido na Lei de Execução compreende a assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições

favoráveis para sua reintegração, não se confundido com qualquer sistema de tratamento que procure impor um determinado número e hierarquia de valores em contraste com os direitos da personalidade do condenado.".

Fato notório é que a pena privativa de liberdade manifesta-se inapropriada há anos no país, tendo como razão inúmeros motivos, mencionados pelo Doutrinador Adeildo Nunes (2013, p.319) "A superpopulação carcerária, a falta de aplicação da Lei de Execução Penal, a corrupção, o tratamento desumano que é oferecido ao detento, dentro das nossas prisões, as mortes que costumam acontecer em nossas unidades prisionais, o tráfico de drogas, o uso de bebida alcoólica e a prostituição infantil, são alguns dos fatores que têm alimentado o fracasso quase que total do sistema penal brasileiro.".

Indubitavelmente o cárcere, não reabilita, nem reintegra o sentenciado à sociedade. Assim, é necessário que se evite que pequenos e médios infratores sejam inseridos no sistema prisional, aplicando-lhes penas alternativas.

Nesta esteira, o autor Adeildo Nunes (2013, p. 343), "Não é nenhuma novidade que as condições de detenção e prisão no sistema carcerário brasileiro violam os direitos humanos, fomentando diversas situações de rebeliões nas quais, na maioria das vezes, as autoridades agem com descaso, quando não com excesso de violência contra os presos."

Consta dizer que, o reeducando ao adentrar ao sistema prisional, não mais é acalentado pela condição humana, passa ele a pertencer à engrenagem estatal, a qual obedecerá, e, não o fazendo, será apenado, por momentos, pelos próprios companheiros.

O nobre doutrinador Adeildo Nunes (2013, p. 36), em referência a Bettiol explana "a ressocialização é um mito. Bem por isso, a ideia de reeducação do criminoso está calcada em um mito, em uma visão eufórica do mundo, muito mais pela ilusão social de se atingir uma humanidade perfeita, incapaz de ensejar uma duradoura convivência harmônica.".

Concerne mencionar que deparamo-nos com gastos milionários estatais resultantes da pena privativa de liberdade e com sua manutenção, sem que genuinamente alcancem resultados satisfatórios, tendo em vista que é latente a expansão da criminalidade.

É contundente que a prisão não se caracteriza por antídoto eficaz na ressocialização do sentenciado, e, destaca-se como prova disto os altos índices de reincidência entre a população de ex detentos. Nas sábias palavras de Adeildo Nunes (2013, p. 33) "Na prática, dentro da grande maioria dos estabelecimentos prisionais do País não há preocupação com a recuperação do condenado, porque os índices de reincidência são assustadores.".

Salienta o aludido Doutrinador "A não ressocialização do condenado importa em sérios riscos à paz social, já que não regenerado o criminoso, certamente mais dias ele voltará a delinquir, no mais das vezes mediante a prática de crime mais grave do que aquele que o levou à prisão pela primeira vez.".

Há que se reiterar que a tendência contemporânea de se humanizar a pena, juntamente com a orientação de prevenir o criminoso para a não reincidência, de maneira que ele retorne à sociedade em harmonia.

Postula-se das autoridades, consequentemente, a adoção de políticas que impulsionem e tornem a função ressocializadora da pena eficaz. Não há que se pugnar pela extirpação da pena prisional, não obstante as deficiências aqui ditas em alhures. Porém, resta inquestionável a imprescindibilidade de que se humanize a pena, objetivando, além de possibilitar condições dignas aos condenados, satisfazer sua precípua finalidade: a ressocializadora.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. **Execução Penal Esquematizado**. São Paulo. Método, 2014.
BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.
MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo. Saraiva, 2013.
NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. Rio de Janeiro. Forense, 2013.

CAPÍTULO XIII

COLABORAÇÃO PREMIADA FRENTE AO COMBATE DO CRIME ORGANIZADO

Stella Maris Guergolet de Moura
Yuki Lopes Tamura

RESUMO: As organizações criminosas vêm assolando o mundo de maneira fria, temerária e assombrosa. O presente artigo tem por escopo analisar o histórico das organizações criminosas, suas composições e peculiaridades, bem como uma das principais formas de combate a ela: a colaboração premiada. Esse importantíssimo instituto advindo de outras leis e incorporado na lei de combate ao crime organizado será estudado em suas origens, conceituações e formas de aplicação. Analisar-se-á também os principais dispositivos trazidos pela Lei 12.850/2013 (Lei de combate ao crime organizado) no que tange a aplicação do instituto da colaboração premiada frente ao combate do crime organizado. O método adotado para o estudo do presente trabalho é o dedutivo. O objetivo do trabalho é estimular a aplicação incondicionada do instituto, demonstrando a evidente eficácia que essa forma de investigação incorporou ao ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVES: organização criminosa; crime organizado; combate; colaboração premiada; delação premiada.

ABSTRACT: Criminal organizations have been raging the world in a cold, impulsive and staggering way. The purpose of this present article is analyzing the criminal organizations' history, their compositions and their peculiarities, as well as the plea bargain, one of main paths of fighting criminal organizations. This really important legal institute, resulted from other laws and added on the organized crime fighting law, will be studied on its origins, conceptualization and application methods. The main legal provisions brought by the law number 12.850/2013 (fighting organized crime law) are going to be analyzed as well, when it comes to the application of the plea bargain institute against the organized crime. The method used on the study of the present article is the deductive, with the historic method as the auxiliary. The aim of this article is stimulating the unlimited application of the legal institute, demonstrating the evident efficacy that this investigation method added to the Brazilian legal order.

KEY-WORDS: criminal organizations; organized crime; combat; plea bargain; plea agreement.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o escopo de abordar um pouco da história e conceituações das organizações criminosas no Brasil e o no mundo, bem como uma das principais formas de combate a ela: a colaboração premiada, sendo abordado desde a fase conceitual até os principais artigos atinentes ao instituto previstos na Lei 12.850/2013.

Assim, notória que a definição de Organização Criminosa surge após um longo período dentro da história legislativa brasileira sem uma conceituação específica e, sobretudo, genérica. Nesse contexto, aplicava-se indistintamente a redação do artigo 288 do Código Penal até a edição da Lei 12.850/2013.

A Lei 12.850/2013 solucionou importante discussão a seara jurídica no que diz respeito à conceituação da terminologia organização criminosa, isso porque até então não havia no ordenamento jurídico nacional um consenso quanto a tal nomenclatura e seu real significado.

Neste sentido, visando um combate eficaz e que traga consequências a médio e longo prazo para o desmantelamento de organizações criminosas, nasceu a colaboração premiada dentro do ordenamento jurídico pátrio, regulamentada pela Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei 12.850/2013).

Adentrar-se-á em específico no referido instituto, analisando resumidamente o histórico da colaboração premiada, o surgimento em lei e sua finalidade. Portanto, abordar-se-á e estimular-se-á a aplicação incondicional do instituto.

Em que pese os meios de obtenção de prova trazidos na referida lei em consonância com outras já existentes, consolidou-se entendimento definitivo sobre a polêmica e audaciosa colaboração premiada. Este instituto até então regulamentado pela lei 8.072/90 não possuía um regramento específico nem um itinerário detalhado que trouxesse segurança jurídica para essa importantíssima forma de investigação criminal.

Com o advento da nova lei de organização criminosa, tem-se uma regularidade procedimental eficaz que conseguiu servir de base para outras leis que também se utilizam do instituto em comento. Essa lei nova trouxe um rito próprio (ensinados nos artigos 4º a 7º) tratando desse instituto nos aspectos processuais e materiais.

O método utilizado para elaboração do presente artigo é o dedutivo. Nesse sentido, analisadas as premissas maiores que compõe o presente estudo, resta claro que as

conclusões obtidas com os resultados serão dadas como verdadeiras, já que tudo se encontra em consonância com a premissa inicial.

O presente estudo visa, portanto, apresentar a evidente eficácia e presteza que colaboração premiada dá ao Estado para combater o crime organizado. Ignorar o presente instituto sem uma análise detalhada pode trazer enormes malefícios a comunidade como um todo. Como consequência, resta claro e evidente que a colaboração premiada vem para somar os meios de obtenção de provas existentes na legislação pátria e ela deve ser utilizada dia-dia, sempre visando desconstituir aquilo que só prejudica a sociedade como um todo: o crime organizado.

No primeiro capítulo, analisar-se-á criteriosamente a conceituação de organização criminosa, bem como a importância da elaboração da lei 12.850/2013 para a legislação brasileira ante a ausência de regulamentação anterior; no segundo capítulo, apontar-se-á a colaboração premiada como um meio útil e extremamente e eficaz para obtenção de prova; e no terceiro capítulo, explorar-se-á os principais artigos atinentes a colaboração premiada na lei 12.850/2013.

1 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

É certo que a criminalidade organizada se apresenta como uma das principais personagens do mundo contemporâneo. Embora exista há milênios, nunca este instituto se apresentou tão ameaçador ao Estado Democrático de Direito como na atualidade, isso em virtude da extensão do poder que possuem e da ampla facilidade de trânsito que as organizações criminosas se mostram em todas as classes sociais[147].

A preocupação com esse tipo de organização tem uma dimensão infinitamente maior à que se divulga na mídia ou as estudadas pela doutrina, eis que abrangem a desordem social, o terrorismo e a ausência do Estado. Ensina Ana Flávia Messa:

> A existência do crime organizado reflete absoluta ineficácia do Estado no combate à criminalidade organizada consubstanciada numa atuação coletiva, estável, articulada, sofisticada, disciplinada, violenta, com divisão lucrativa e racional de atividades ilícitas, já que não consegue manter a ordem pública interna com a realização da segurança coletiva. O Estado não consegue cumprir o seu papel como sociedade política, pois sendo uma instituição que

[147] TOLENTINO NETO, Francisco. **Histórico do Crime Organizado.** Crime Organizado. Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p.50.

> visa a realização individual, social e digna das pessoas que não consegue combater o crime organizado[148].

Assim, tem-se que as organizações criminosas nascem como fruto de um Estado ausente, onde se pleiteia, em tese, a busca pela qualidade de vida, sempre visando suprir as necessidades básicas de uma sociedade.

Por isso elas cresceram assustadoramente, representando uma grande ameaça ao Estado e colocando medo na sociedade, uma vez que não raras às vezes, acaba por suprir a ausência estatal. Nesse contexto é que em 2013, visando atender a evidente necessidade de uma regulamentação específica, é que o legislador trouxe a definição terminativa acerca da organização criminosa e os meios de combate a ela, através de lei 12.850/2013 (Lei de organização criminosa).

Embora sua existência não seja recorrente, a terminologia organização criminosa sempre foi difícil de ser conceituada pela doutrina. Marcelo Batlouni Mendroni ensina que:

> As organizações criminosas praticam atividades ilícitas e assumem características que se adaptam às mudanças do ambiente social onde se encontram inseridas e, portanto, apresentam conotações diversas, no tempo e no espaço[149].

No passado, muitos são os institutos que tentaram a formulação do conceito, sempre visando adequar à realidade do país em que existiam, tais como o FBI (Federal Bureau of Investigation), a INTERPOL, o Fundo Nacional Suíço de Investigação Científica, as Organizações das Nações Unidas (ONU). Sobre esse tema, ensina o professor supra:

> Não se pode definir com absoluta exatidão o que seja organização criminosa através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas. Isso porque não se pode engessar um conceito, restringindo-o a esta ou àquela infração penal, pois elas, as organizações criminosas, detém incrível poder variante. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que, quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la a realidade – aos anseios da sociedade -, já estará alguns anos de atraso[150].

---

[148] MESSA, Ana Flávia. **Aspectos Constitucionais do Crime Organizado.** IN:Crime Organizado. Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p.102.
[149]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado:** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11.
[150]_____. **Crime Organizado:** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 20.

Hoje em dia, embora não se tenha um consenso quanto a nomenclatura, sabe-se que as organizações possuem como característica comum o fato de sempre operarem no eixo dinheiro-poder.

O fato de possuírem estrutura hierárquico-piramidal, a busca pelo dinheiro e pelo poder, a divisão direcionada de tarefas, membros restritos e em alguns casos, o envolvimento de agentes públicos, trazem à tona uma verdadeira sangria ao Estado Democrático de Direito e, consequentemente, a toda população.

Como uma das características principais das organizações criminosas, revela-se a Estrutura hierárquico-piramidal, que dispõe basicamente que as organizações terão um chefe, subchefe e os "aviões". Os chefes são os mandantes, aqueles que ocupam altos cargos e que, por isso, são difíceis de produzir provam contra; os gerentes são pessoas de confiança do chefe, com capacidade de comando, a quem os "cabeças" delegam algum poder; os "aviões" são pessoas com algumas qualificações para exercer algum tipo de atividade desempenhada pela organização criminosa[151]. Nesse sentido, Gilson Dipp assinala que:

> A estrutura ordenada da associação pela divisão de tarefas constitui elemento importante para a identificação da organização criminosa, independente de estar ou não formalmente estabelecida, podendo ser através de tarefas distribuídas de modo direto ou indireto, tanto horizontal como verticalmente, ainda que de feitio assimétrico em poder de concepção, de direção ou de execução, e desde que revele funcionalidade e racionalidade próprias[152].

Outra característica que se destaca, é a busca incondicional e desenfreada por dinheiro e poder. Mendroni ensina que não existe nenhuma organização criminosa no mundo que se destina a outra ideologia que não seja a busca pelo binômio poder-dinheiro, onde se conclui, portanto, a ligação indispensável entre o binômio[153].

[151]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 44.
[152]DIPP, Gilson. **A "Delação" ou Colaboração Premiada:** Uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. 2015. Disponível em: http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks. p. 12. Acesso em 07/09/2015.
[153]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado:** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 50.

Outra importantíssima marca da organização criminosa é a divisão ordenada de tarefas. Essa divisão é feita pela especialidade de cada um, geralmente voltada para alguma atividade criminal[154].

A restrição de membros, também presente no corpo de uma organização, é crucial para o êxito de seus objetivos. É dada como uma condição de sobrevivência. Para que uma pessoa seja escolhida, é necessário que haja experiência em determinadas situações no mundo criminal, além de situações excepcionais, como a raça, origem étnica e etc.[155].

E por fim, dentro de um contexto geral traçado para as organizações criminosas, importante observação deve ser feita quanto à atuação das organizações criminosas dentro dos poderes estatais. Existem grandes evidências de que hoje em dia, no Brasil, grandes esquemas de corrupção, por exemplo, não sobreviveriam sem a participação dos entes de "colarinho branco", de tão enraizado que se encontram. Nesse sentido:

> O crime organizado investe sistematicamente capitais consideráveis em atividades econômicas aparentemente legais, chegando a condicionar o desenvolvimento de alguns países. Emprega os seus recursos financeiros e humanos em atividades diversificadas, que vão desde o sistema financeiro às empresas de serviços, da eliminação de resíduos à construção civil, onde haja a possibilidade de se apoderarem de fundos públicos[156].

Assim, vê-se o quanto é complexa a temática da organização criminosa. Toda essa estrutura, todo esse poderio financeiro e, sobretudo, toda essa busca pela ideologia do dinheiro e poder tendem a afetar qualquer país ao redor do planeta. Portanto, diante do contexto apresentado, vê-se claramente que as organizações criminosas só tendem a expandir o campo de autuação.

1.1 PANORAMA GERAL

[154] MESSA, Ana Flávia. **Aspectos Constitucionais do Crime Organizado.** IN:Crime Organizado. Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p.99.

[155]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado:** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 50.

[156]VALENTE, João Bosco Sá. **Crime Organizado**: Uma abordagem a partir o seu surgimento no mundo e no Brasil. Disponível em: http://mpam.mp.br/index.php/centros-de-apoio-sp-947110907/combate-ao-crime-organizado/doutrina/418-crime-organizado-uma-abordagem-a-partir-do-seu-surgimento-no-mundo-e-no-brasil. Acesso em 21/01/2016.

O mundo contemporâneo se vê assolado por diversas espécies de organizações criminosas em várias áreas da sociedade. Nessa perspectiva é que surgem as organizações voltadas para a prática de crimes tais como o tráfico de drogas, assaltos em grande escala, sequestros e etc. Não obstante, no atual cenário brasileiro, têm-se grandes esquemas de corrupção, lavagem de dinheiro e de crimes tributários que assolam a realidade brasileira de maneira estrondosa.

Num panorama mais abrangente e histórico, encontra-se a máfia italiana, que é um exemplo claro do que pode ser definida como organização criminosa e uma das primeiras organizações criminosas surgidas no mundo. Nascida na idade média, período em que dominava a relação de senhores feudais e servos, aconteceram as primeiras revoltas dos subordinados, quando estes emergiram contra seus senhores e começaram a atear fogo em diversas plantações[157]. Com o passar dos séculos, a máfia italiana cresceu assustadoramente, de maneira a chegar ao antro da política nacional. Sobre esse tema, ensina Francisco Tolentino Neto:

> Como resultado de duas ações e empreendimentos, a Máfia financiava a compra de armas e obras de arte, além de prover enriquecimento para seus integrantes. A dimensão de seu poder se refletiu na política com a compra de votos, financiamento de campanhas políticas para eleição de pessoas que garantissem o bom andamento de seus negócios[158].

No cenário nacional existiu o Comando Vermelho, nascido na cidade do Rio de Janeiro, em meados da década de 1980. Foi uma das mais famosas organizações criminosas brasileiras, com o objetivo central de dominar o tráfico de drogas no Rio de Janeiro. Através da união de grupos de esquerda armada que estavam confinados em grandes presídios na época da ditadura militar, surgiu o comando vermelho, que da união intelectual dos grupos de esquerda e as técnicas de combate da organização criminosa, trouxe a fase inaugural (pelo menos documentada) do tema "organização criminosa" no Brasil[159].

Assim como o Comando Vermelho, o Primeiro Comando da Capital, conhecido pelas iniciais "PCC", também teve origem no interior de presídios brasileiros, porém este

[157] TOLENTINO NETO, Francisco. **Histórico do Crime Organizado.** Crime Organizado. Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p.50
[158]TOLENTINO NETO, Francisco. **Histórico do Crime Organizado.** Crime Organizado. Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p.50.
[159]LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2. ed. rev.,atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 474

no Estado de São Paulo. Foi considerada como organização criminosa após a rebelião de 2002, momento em que o Brasil inteiro assistiu a um verdadeiro caos dentro e fora de estabelecimentos prisionais. Nessa linha, Renato Brasileiro de Lima aduz:

> O Primeiro Comando da Capital também teve origem no interior do sistema penitenciário, porém nesse caso, o Estado de São Paulo, em 1993. Por mais que um dos objetivos do PCC seja a melhoria das condições de vida dentro dos presídios paulistas, isso não afasta sua natureza de organização criminosa, sobretudo se recordarmos o caos criado em São Paulo em virtude de inúmeros ataques às forças policiais, Juízes, Promotores de Justiça e funcionários da Secretaria da Administração Pública[160].

Assim, vê-se que o cenário de atuação das organizações criminosas se aperfeiçoou bastante em relação ao comando vermelho e ao primeiro comando da capital. Como se vê, hoje em dia, o grande foco das investigações criminais no âmbito de organizações criminosas está naqueles em que há a participação agentes públicos trabalhando pelo Estado.

Nesse sentido, os chamados "crimes de colarinho branco" são os que mais repercutem na mídia atualmente, seja em virtude da confiança neles depositadas e sua consequente irresponsabilidade que possuem para com o país, seja pelo fato dos maiores prejudicados de suas condutas serem o próprio povo que lá os colocou. Marcelo Batlouni Mendroni ensina que:

> As formas de organizações criminosas tipicamente brasileiras são fundamentalmente especializadas em crimes contra a administração pública, tráfico ilícito de entorpecentes, quadrilhas de roubo de carros e de cargas, sequestros e lavagem de dinheiro. Já surgem claras organizações com atividades criminosas praticadas nos moldes tipicamente mafiosas, com reiteradas práticas de extorsões. Já existem vários casos de grupos que se fazendo passar por agentes públicos, especialmente da Receita Federal, da Polícia Federal, do Ministério Público, "induzem comerciantes a comprar boletos, boletins, periódicos das respectivas associações, ou contribuírem a atividades "culturais", deixando os empresários de "sobreaviso de que, não cooperando, serão investigados e sofrerão ações fiscais". São grupos que, a exemplo das máfias, têm se especializado na prática do crime considerado "carro chefe", que é a extorsão[161].

Nessa perspectiva, ainda no cenário brasileiro, tem-se a chamada "operação lava-jato", cujo início se deu em março de 2014 e ainda se desdobra na atualidade. A presente

[160]_____. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2. ed. rev.,atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 474.
[161]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado:** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 44.

operação, que averigua os mais distintos crimes, como de lavagem de dinheiro, corrupção ativa, corrupção passiva, peculato e outros de cunho político e empresarial, vêm colocando a fim ao maior esquema de corrupção já investigado na história do Brasil[162]. Mostra, portanto, como os tipos de composições de organização criminosa se aperfeiçoaram ao longo dos anos.

1.2 REGULAMENTAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.850/2013

Após anos sem a conceituação delimitativa sobre organização criminosa, nasce a lei 12.850/2013, que traz a conceituação definitiva de organização criminosa e alguns meios de combate a ela, como a colaboração premiada, a ação controlada e a infiltração de agentes.

A Lei 12.850/2013 trouxe o conceito de organização criminosa, sendo atualmente aplicado no Brasil, cujo teor, contido no art. 1º, §1º, é:

> Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional[163].

Após a promulgação da mencionada lei, houve a revogação tácita da lei 12.694/2012 e a alteração automática do artigo 288 do Código Penal, que eliminou a terminologia quadrilha ou bando e passou a ler-se o tipo alterado como "associarem-se três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes[164]".

Destrinchando a conceituação dada pelo art. 1º, §1º da referida lei, tem-se que para a caracterização de uma organização criminosa deve haver a associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenada, com divisão de tarefas, visando a obtenção de vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas

[162] MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Entenda o caso Lava Jato**. Acesso em 18/06/2016. Disponível em: http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso.
[163] BRASIL. **Lei 12.850/2013** - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Acesso em 21/02/2016.
[164]_____. **Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 10/06/2016.

máximas sejam superiores a quatro anos e mediante a prática de infrações penais de caráter transnacional[165].

O número mínimo de agentes para compor uma associação criminosa é de quatro pessoas. Bem assevera Nucci: "no Brasil, somente pode validar-se como tal com um número mínimo de quatro integrantes[166]".

A organização também deve ser estruturalmente ordenada e com divisão de tarefas. Assim, para que seja classificada como uma organização criminosa,deve haver a estrutura de hierarquia-poder, não podendo existir, portanto, uma organização sem que haja um chefe e subalternos, ainda que informalmente. Bem assevera Renato Brasileiro de Lima:

> As organizações criminosas se caracterizam pela hierarquia estrutural, planejamento empresarial usa de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional das atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com a gente de poder público, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades ilícitas [...]. A divisão de tarefas costuma ser estabelecida pela gerência segundo as especialidades de cada um dos integrantes do grupo, a exemplo do que ocorre com um roubo de um veículo, em que um agente fica responsável pela subtração, e outros pelo "esquentamento" ou desmanche, falsificação de documentos e revenda[167].

Somado a isso, para que configure uma organização criminosa, deve haver, de acordo com a conceituação trazida pela lei 12.850/2013, a finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cuja pena máxima deve ser superior a quatro anos.

Adotando o conceito de Gilson Tipp, tem – se que:

> Importa, sobretudo, tenha a distribuição de tarefas dentro da organização a finalidade de obter vantagens de qualquer natureza, que pode ser pecuniária ou material, em benefícios ou créditos, oportunidades ou facilidades, embora todas, em princípio, possivelmente conversíveis em valor monetário ou em espécie. As tarefas são propriamente as infrações penais ou atividades tendentes à realização de crimes pelos quais seja promovida a consumação dos resultados ilícitos da organização criminosa. Mas não é qualquer infração

[165] _____. **Lei 12.850/2013** - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Acesso em 21/02/2016.
[166] NUCCI, Guilhermede Souza. **Organização Criminosa**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 13.
[167] LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2. ed. rev.,atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 482/483.

> penal senão aquelas punidas com pena máxima superior a 4 anos, ou que constituam crime de caráter transnacional[168].

Sobre a transnacionalidade, onde destacam-se os crimes permanentes como forma de configurar tal requisito, é o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

> Independente da natureza da infração penal (crime ou contravenção), e de sua pena máxima abstrata, caso transponha as fronteiras do Brasil, atingindo outros países, a atividade permite caracterizar organização criminosa. Logicamente, o inverso é igualmente verdadeiro, ou seja, a infração penal ter origem no exterior, atingindo o território nacional[169].

Assim, feita a conceituação trazida pela doutrina e jurisprudência, conclui-se que o sujeito passivo sempre é a sociedade, já que o que se tutela é a paz pública. Tem-se um crime de perigo abstrato, já que a simples formação e participação em organização criminosa coloca em risco a segurança da sociedade.

No Brasil, grandiosos esquemas de crime organizados estão presentes na sociedade. O Estado, através de uma legislação abrangente e específica, como a tardia, mas necessária lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) trouxe a conceituação de Organização Criminosa e os meios de combate a ela. Mas isso não basta. A sociedade deve agir, não ficando acomodada sem se indignar-se da situação. São os ensinamentos de Hélcio de Abreu Dallari Júnior e Carlos Emanoel Fontes Bartolomei:

> Diante da complexidade do combate à violência e ao crime organizado, a sociedade também tem um papel decisivo. Todos da sociedade precisam estar envolvidos na busca da adoção de soluções mais adequadas e comprometidas com a aplicação. O Estado sozinho não realiza o interesse público. O correto estabelecimento da ordem pública deve contar com a colaboração e integração da comunidade. Somente desta maneira é que o medo e a insegurança deixarão de fazer parte do nosso cotidiano social, tornando a gestão governamental mais democrática e legítima[170].

Por meio dos meios operacionais de obtenção de prova trazidos pela lei 12.850/2013, como a colaboração premiada, que será matéria de estudo no presente artigo, que a legislação brasileira conseguiu atingir a matéria que não estava preenchida.

---

[168] DIPP, Gilson. **A "Delação" ou Colaboração Premiada:** Uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. 2015. Disponível em: http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks. p. 12. Acesso em 07/09/2015

[169] NUCCI, Guilhermede Souza. **Organização Criminosa**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 15.

[170] BARTOLOMEI, Carlos Emanoel Fontes. DALLARI JÚNIOR, Hélcio de Abreu. **Estado, Sociedade e Combate Efetivo ao Crime Organizado.** IN: Crime Organizado. Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p.50-52.

Portanto, o complexo organização criminosa fica mais didático, aplicável e coerente a partir da edição da lei 12.850/2013. Somente a partir da promulgação da referida lei que o Brasil passa a ter uma definição abrangente não restritiva. É o passo certeiro dado pela legislação brasileira rumo ao combate do crime organizado.

2 DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Diante do atual cenário nacional, onde diariamente os noticiários veiculam informações dando conta de seguidos escândalos relacionados principalmente à corrupção e ao uso da máquina pública como meio de articulação de organizações criminosas formadas por grandes empresários e políticos influentes no País, a nomenclatura delação premiada e colaboração premiada acabou por ganhar um novo status jurídico.

Todavia, não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma definição una e genérica do que vem a ser a delação premiada, podendo ser encontrada, por conseguinte, em diversos dispositivos legais, como a Lei de Crimes Hediondos (8.072/90), Lei de Lavagem de dinheiro (9.613/98), Lei de Drogas (11.343/06) e Lei de Organizações Criminosas (12.850/2013). Assim, embora não haja uma legislação que regulamente de forma genérica a delação premiada para uso irrestrito, a lei de maior abrangência em relação ao tema é, sem dúvidas, a lei de crime organizado:

Marcelo Batlouni Mendroni aduz que:

> Ao que tudo indica, a delação premiada encontra a sua origem no "acordo" de vontade das partes, mas sem ser o "acordo" propriamente dito revela sua característica e como tal opera efeitos. Não pode ser considerado acordo porque envolve a decisão por uma terceira parte – o Juiz, que não participa da "negociação". A situação da revelação dos dados existe entre o acusado, diretamente por seu advogado, como Promotor de Justiça e, ainda que com a expressa concordância por parte deste, a decisão final caberá ao Juiz, por conceder ou não algum benefício de troca[171].

Luiz Flavio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva ensinam que:

> Verifica-se de um meio de obtenção de prova (ou técnica especial de investigação), de caráter utilitarista e eficientista, formalizada, na presença de seu defensor, em acordo escrito entre o investigado (ou acusado) e o

[171]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado:** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 131.

> Ministério Público (conjuntamente ou não com a Autoridade Policial), ou em situações muito peculiares entre investigação e a autoridade policial com posterior manifestação ministerial, e a posteriori homologada pelo juiz mediante escrita análise de regularidade, legalidade e voluntariedade, em que o investigado (ou acusado), uma vez "renunciado" o seu direito ao silêncio, confessa sua autoria em uma, algumas ou em todas as infrações penais relacionadas as Organizações Criminosas ou confessa ser integrante desta, e fornece voluntariamente ou imotivadamente ao Estado elementos de informação (até então desconhecidos) determinantes na obtenção em um ou mais dos resultados previstos em lei, a fim de conquistar por meio de uma Sentença (após análise discricionária do juiz) alguns dos benefícios penais previstos da legislação pertinente (suavização da punição, perdão judicial ou até mesmo não ser denunciado), caso seja condenado com lastro em outras provas (e não somente) com base na confissão complexa do acusado[172].

Dentro do cenário legislativo brasileiro, tem-se certo que a colaboração premiada surgiu no âmbito da lei de crimes hediondos (8.072/90). Essa lei foi o marco inaugural da aplicação do instituto de forma regulamentada. Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva ensinam que:

> O legislador inaugurou o instituto da delação premiada na lei dos crimes hediondos nº 8.072/1990 que expressamente dispõe como causa de diminuição de pena em favor de autor e coautor ou partícipe no crime de quadrilha ou bando, assim trazendo como pressuposto para a concessão da delação premiado a prática do crime descrito no art. 288 do Código Penal, e posteriormente a delação foi ganhando espaço em diversas leis[173].

Outra legislação que trouxe o instituto foi a lei de lavagem de capitais (Lei 9.613/98). Atendendo aos anseios da insatisfação do povo, somado a um massacre midiático para necessidade de uma lei que combatesse a lavagem de dinheiro, nasce a lei de 9.613/98.

Essa lei, numa definição específica, trouxe a delação premiada como forma de diminuição de pena. À época da edição, a terminologia utilizada era delação premiada, e não colaboração. Contudo, a partir da edição da lei 12.850/2013, essa terminologia foi alterada, passando a ser chamada de colaboração premiada, e não mais delação, com o fito único de uniformizar a legislação pátria.

Marcelo Batlouni Mendroni traz, acerca da colaboração no crime de lavagem de dinheiro, que:

---

[172]GOMES, Luiz Flavio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: Juspovim, 2015. p.209.

[173]_____. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: Juspovim, 2015. p. 214.

> O objetivo da delação é alcançar dados inéditos nos autos a respeito do crime de lavagem de dinheiro, considerado aí a sua autoria e fatos demonstrativos, ou então a localização de bens, direitos ou valores objeto do crime, evidentemente ocultados em decorrência da sua prática. Reconhecido o auxílio espontâneo e eficaz, torna-se obrigatória a aplicação de alguns benefícios, não restando alternativa a não ser aplicá-las na medida do merecimento dentro dos parâmetros estipulados pela Lei[174].

Seguindo a mesma vertente, a recente Lei de Drogas (11.343/06) também traz a disposição da colaboração premiada nos crimes previstos na referida lei, que em troca de diminuição de pena (de um terço a dois terços), o colaborador revela às autoridades competentes a gama do tráfico[175].

Significa, por conseguinte, "interpretar que o legislador pretendeu permitir ao indiciado ou "acusado" que quiser colaborar voluntariamente a ter uma pena reduzida[176]", sempre atendendo ao fito de buscar a verdade dos fatos e, consequentemente, reduzir a impunidade.

Diante desse contexto, vem a colaboração premiada regrada pela lei 12.850/2013. Esta Lei regulamentou a colaboração premiada, de forma que não pairam dúvidas acerca da aplicação do instituto.

O artigo 4º da Lei 12.850/2013 e seus incisos, de forma didática e sem embargos, trazem que:

> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada[177].

---

[174]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado.** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 146.

[175] BRASIL**. Lei 11.343 – Lei de Drogas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 25/03/2016.

[176]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado.** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 177.

[177] BRASIL. **Lei 12.850/2013** - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 25/03/2016.

O tema da colaboração premiada dentro da lei de organização criminosa foi organizada de maneira a não deixar dúvidas quanto a sua aplicação, com um roteiro detalhado, tudo redigido em uma redação didática, não deixando dúvidas acerca de sua aplicação para o combate do crime organizado.

Entende Renato Brasileiro de Lima que:

> Daí a importância da nova Lei de Organizações Criminosas: sem descuidar da proteção dos direitos e garantias fundamentais do colaborador – a título de exemplo, seu art. 4º, §15, demanda a presença de defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, constando do art. 5º inúmeros direitos do colaborador -, a Lei 12.850/13 passa a conferir mais eficácia à medida sob comento, seja por regulamentar expressamente a celebração do acordo de colaboração premiada, dispondo sobre a legitimidade para a proposta, conteúdo do acordo e necessária homologação judicial, seja por prever expressamente que nenhuma sentença condenatória poderá ser proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador[178].

Nestes termos, por tudo o que se depreende, vê-se que a nova lei trouxe um rito específico e eficaz que vem conseguindo combater a criminalidade organizada obedecendo unicamente à lei. Essa lei, nos termos artigos de 4º a 7º, conseguiu regulamentar eficazmente tudo o que é necessário para o uso e aplicação do instituto.

Muito embora a colaboração premiada esteja prevista na lei de crime organizado, existem doutrinadores que entendem que esse rigor técnico do acordo previsto na referida Lei deve ser expandido a todas as outras leis que trazem a colaboração premiada em seus dispositivos. Bem assevera Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva:

> Plenamente possível que, por exemplo, se aplique o procedimento de formalização do acordo da colaboração premiada da Lei 12.850/2013 (que deve ser escrito e obedecer aos requisitos do artigo 6º desta Lei) às outras normas que não disciplinam tal procedimento, pois além do fato de trazer segurança ao réu colaborador/delator, respeita-se a garantia constitucional do devido processo legal[179].

Apresentar-se-á a evidente eficácia e presteza que colaboração premiada dá aos agentes da justiça para o deslinde da verdade. Ignorarmos este extraordinário meio de obtenção de prova traria um autêntico prêmio ao crime organizado[180]. Assim, procurar-

[178]LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2. ed. rev.,atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 522.
[179]GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: Juspovim, 2015. p. 223.
[180]NUCCI, Guilhermede Souza. **Organização Criminosa**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 54/55.

se-á discutir uma das melhores formas de obtenção de informação para combater o tão temido e audacioso crime organizado, comum na sociedade brasileira e no mundo. Analisado brevemente o que vem a ser o acordo de colaboração, necessário se faz tecer alguns comentários acerca de eventual distinção entre "colaboração" e "delação" premiada.

2.1 CONCEITUAÇÃO DO INSTITUTO

Cumpre fazer uma análise das diferenças que podem surgir entre a conceituação de colaboração ou delação premiada. Alguns autores entendem serem sinônimas, tal como Eugênio Pacceli de Oliveira[181] e Rogério Sanches Cunha[182].

Cumpre destacar que a igualdade de expressões que se trata é relacionada somente com relação à terminologia aplicada pela lei. Adotando um ou outro conceito, o efeito será o mesmo, cabendo ao juiz analisar se aquilo que foi declarado pode ou não surtir efeito jurídico.

Nessa linha, Walter Barbosa Bittar preleciona que:

> Etimologicamente, delação advém do latim *delatione*, e significa ação de delatar, denunciar, revelar e etc. No entanto, a palavra delação, de modo isolado, pode ter dois significados nas ciências penais, restando necessária uma breve distinção de sentidos da palavra. Num primeiro momento, delação, na sua acepção de denunciar, deve ser entendida no sentido de *delatio criminis*, ou seja, conhecimento provocado, por parte da autoridade policial, de um fato aparentemente criminoso. Nesse sentido, o delator seria uma pessoa, via de regra, sem relação alguma com o fato criminoso. Já, em sua acepção de relevar, se poderia entender a delação como sendo uma conduta do participante que efetua "a admissão de própria responsabilidade por um ou mais delitos, acompanhada da sua ajuda proporcionada aos investigadores para o conhecimento do mundo criminal a que pertencia". É nesse segundo sentido que se encontra a figura dos colaboradores ou, no Direito Italiano, dos arrependidos (*pentiti*)[183].

Guilherme de Souza Nucci também ensina que:

> Embora a lei utilize a expressão colaboração premiada, cuida-se, na verdade, da delação premiada. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação do investigado ou acusado, mas àquela na qual se descobrem dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da

[181] PACCELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 849
[182] CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado:** Comentários à nova lei sobre o crime organizado. Salvador: Juspodivim. 2013. p. 34.
[183] BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 4/5.

> infração penal. Por isso, trata-se de autêntica delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém – vulgarmente, o dedurismo[184].

Em que pese grandes autores entendam que tais expressões são sinônimas ou possuem o mesmo efeito no âmbito de sua aplicação, existem correntes doutrinárias que ensinam que tais expressões tenham significados diferentes, e, como tal, tecem vários comentários acerca desse assunto.

Renato Brasileiro de Lima, numa exposição extremamente coerente e didática, aduz:

> A nosso ver, delação e colaboração premiada não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência. O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, assim, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Pode, de outro lado, assumir culpa (confessar) e delatar outras pessoas – nessa hipótese é que se fala em delação premiada (ou chamamento do corréu) Só há falar em delação premiada se o investigado ou acusado também confessa a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro, tem-se simples testemunho. A colaboração premiada funciona, portanto, como o gênero, do qual a delação premiada seria uma espécie[185].

Nessa mesma linha, Vladimir Aras:

> Espécie de técnica especial de investigação, a colaboração premiada tem **quatro subespécies:** a) "delação premiada"; b) "colaboração para libertação"; c) "colaboração para localização e recuperação de ativos"; e d) "colaboração preventiva". Na modalidade "delação premiada", o colaborador expõe as outras pessoas implicadas no crime e seu papel no contexto delituoso, razão pela qual o denominamos de agente revelador. Na hipótese de "colaboração para libertação", o agente indica o lugar onde está a pessoa sequestrada ou o refém. Já na "colaboração para localização e recuperação de ativos*"*, o autor fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos à lavagem. Por fim, há a "colaboração preventiva", na qual o agente presta informações relevantes aos órgãos de persecução para evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita. Em todas essas subespécies, o colaborador deve oferecer informações minuciosas e precisas, inclusive sobre o *modus operandi* dos coimputados e o *iter criminis*[186].

[184]NUCCI, Guilhermede Souza. **Organização Criminosa**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 51.

[185]LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2. ed. rev.,atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 514

[186] ARAS, Vladimir. **A técnica da colaboração premiada**. Disponível em: https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada. Acesso em 24/03/2016.

Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva aduzem:

> A colaboração premiada (gênero) subdivide em cinco espécies, que variam a depender do resultado alcançado. E o artigo 4º da lei 12.850/2013 traz as espécies, quais sejam: I - Delação Premiada (também denominada chamamento de corréu): é a destinada à identificação dos demais coautores e partícipes das organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas. II - Colaboração reveladora de estrutura e do funcionamento da organização: é a colaboração focada na revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - colaboração preventiva: tem por escopo prevenir infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – colaboração para localização e recuperação de ativos: visa a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – colaboração para libertação: tem por finalidade a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada[187].

Importante destacar que a lei 12.850/2013, objeto do presente estudo, usa a expressão "Colaboração Premiada" como técnica de investigação criminal, e não "Delação Premiada", embora muitos autores a utilizem largamente.

Assim, seguir-se-á a conceituação de que não são expressões sinônimas, entendendo, por conseguinte, ser a delação premiada uma subespécie da colaboração. Nessa linha, por óbvio que se podem encontrar colaborações que não abrangem a delação premiada em si.

Portanto, utilizar-se-á a expressão colaboração premiada no presente trabalho pela carga simbólica que o termo delação premiada possui, cheia de preconceitos em que se remete a figura de um possível traidor[188] e também porque a lei de organizações criminosas (12.850/2013) utiliza em seus dispositivos a expressão colaboração premiada, e não delação, justamente por sua amplitude de institutos.

2.2 A APLICAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Muito se discute na doutrina se a colaboração deve ou não ser utilizada, todos defendendo pontos de vistas passíveis de discussão. Indo contra o instituto, alguns penalistas brasileiros defendem ser uma prática que jamais deveria ser inserida no

[187]GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: Juspovim, 2015. p. 211/212.
[188]LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2ª. ed. rev.,atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 514.

ordenamento jurídico pátrio. É o que sustenta Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Cesar Busato:

> Não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, delate seu parceiro com o qual deve ter tido, pelo menos, uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência. Não se está aqui a aplaudir qualquer senso de "camaradagem" para delinquir. Não se trata disso. Estamos, na verdade, tentando falar da moralidade e justiça da postura assumida pelo Estado nesse tipo de premiação. Qual é, afinal, o fundamento ético legitimador do oferecimento de tal premiação? Convém destacar que, para efeito da delação premiada, não se questiona a motivação do delator, sendo irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator[189].

Nessa mesma linha, Eugenio Raul Zaffaroni:

> A impunidade de agentes encobertos e dos chamados arrependidos constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito. [...]. o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço de sua impunidade para "fazer justiça", o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Becaria[190].

A crítica sopesa no fato de que a justiça jamais deveria se unir a criminosos para buscar a verdade real. Cabe ao Estado a tarefa de criar mecanismos legais para a investigação de crimes, e o fato de se unir a delinquentes mostra claramente a fraqueza deste no âmbito da investigação criminal.

Indo contra a linha adotada pelos autores supracitados, encontra-se na doutrina e jurisprudência a aceitação do presente instituto, inclusive muitos dos quais incentivando a aplicação exacerbada da colaboração premiada.

Em assim sendo, usando a colaboração premiada, tem-se claramente que aos poucos, o combate à criminalidade organizada aumenta. Conseguir atingir as entranhas da organização, sua estrutura extremamente organizada com o único escopo de desconstituir e acabar com ela é o fundamento primordial de toda e qualquer investigação criminal, independe de união com quem quer que for.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima:

---

[189] BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117.

[190] ZAFFARONI, 1996.*apud*GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: Juspovim, 2015. p. 227.

> Parece-nos não haver qualquer violação à ética, nem tampouco a moral. Apesar de se tratar de uma modalidade de traição institucionalizada, trata-se de um instituto de capital importância no combate à criminalidade, porquanto se presta ao rompimento do silêncio mafioso, além de beneficiar o colaborador. De mais, falar-se em ética de criminosos é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só tem valores próprios como também desenvolvem suas próprias leis[191].

Rafael Abujamra ensina que:

> Severa e indevidamente criticada pelo suposto desprezo ao limite ético da intervenção dos órgãos estatais e a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, causada pelo suposto emprego de tortura moral ou pelo estímulo de traição, a delação ou colaboração premiada, empregada com irrestrita observância as formalidades legais, adoção de parcimônia e as cautelas aqui retratadas, revela-se como instrumento absolutamente hábil no refreamento da criminalidade, sobremaneira a organizada, funcionando como valioso meio de prova e, ademais, instrumento de prevenção criminal de reincidências[192].

Marcelo Batlouni Mendroni também segue a mesma linha:

> Permite-se o afrouxamento de uma punição pela facilitação da ação da justiça em face do objetivo de coibir a continuidade ou majoração da prática criminosa de maior vulto e/ou intensidade. Bem aplicado, torna a investigação mais rápida e mais eficiente. Além do mais, pode-se considerar que a "ética" seja um valor moral de menor agressividade do que a prática de um crime, ou melhor, do crime que comporta a aplicação da medida de delação premiada. Na hipótese do confronto de ambos, não parece incoerente sacrificar tópicos de ética em troca da restauração da ordem pública abalada pela prática do crime grave[193].

Henrique Hoffmann Monteiro de Castro e Francisco Sannini Neto aduzem que:

> Essa técnica especial de investigação criminal (meio de obtenção de prova) ganhou enorme notoriedade em virtude da operação "lava jato", e tem sido bastante utilizada pelos investigados e réus para auxiliar na descoberta da verdade. Por isso mesmo, fica evidente sua natureza dúplice, que não se resume a mero instrumento persecutório do Estado-Investigação e Estado-Acusação, consistindo também em estratégia de defesa[194].

---

[191]LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2. ed. rev.,atual. e ampl. *Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 515.*

[192] ABUJAMRA, Rafael. **Delação Premiada** IN: Crime Organizado**.** Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 156-179.

[193]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado.** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**.** 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 132.

[194]CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. SANNINI NETO, Francisco. **Delegado de polícia tem legitimidade para celebrar colaboração premiada**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada. Acesso em 1º/06/2016.

Portanto, fica claro e evidente que a colaboração premiada é uma forma extremamente eficaz de se chegar à verdade. Essa técnica de investigação foi um meio que o legislador adotou para tentar coibir o aumento da criminalidade organizada que assola o Brasil e o mundo. E vem funcionando de maneira astronômica atualmente.

Então, mesmo que criticada, a colaboração premiada é um instituto que deve ser aplicado reiteradas vezes, sempre que necessário. O legislador fez bem ao incluir em legislações específicas, como a lei de lavagem de dinheiro, de drogas e de organização criminosa a previsão da colaboração como meio de obtenção de prova.

Soma-se a isso o fato de que ninguém será condenado com base única e exclusivamente em delação premiada. Tudo o que for delatado deve ser apurado com extremo rigor, não tendo o juiz, portanto, a faculdade de aplicar uma pena somente com base na delação. Importante frisar que a delação deve ser reafirmada em juízo (se foi praticada em âmbito extrajudicial), sob pena do risco do contraditório, previsto no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988.

Assim, reportando-se ao estudo do presente artigo, vem a colaboração premiada frente ao combate do crime organizado (art. 4º da lei 12.850/2013).

3 DA COLABORAÇÃO PREMIADA FRENTE AO COMBATE DO CRIME ORGANIZADO CONFORME A LEI 12.850/2013

A Lei 12.850/2013 trouxe grandes inovações quanto ao instituto da colaboração premiada. As leis anteriores sempre se mostraram lacunosas, não possuindo um rito específico como a de combate ao crime organizado.

Assim, passa-se a análise de artigos e incisos específicos de como colaboração premiada efetivamente tem auxiliado no combate ao crime organizado após o advento da lei 12.850/2013. Pela amplitude de artigos que se referem a colaboração premiada na lei, faz-se necessário selecionar alguns temas para o estudo em comento.

3.1 OBJETIVOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA

O artigo 4º da lei 12.850/2013 traz os objetivos que devem ser observados para que haja a concessão do prêmio. São eles: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes de atividades das organizações criminosas; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pelas organizações criminosas e localização de eventuais vítimas com suas integridades físicas preservadas.

Partindo do primeiro objetivo, qual seja, a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa, ensina Marcelo Batlouni Mendroni:

> A identificação dos demais coautores não, evidentemente, esgota todos os integrantes da organização criminosa, até porque, em se tratando de organização criminosa de grande porte, isso seria impossível, inviabilizando a aplicação da Lei. Há que se indicar outros integrantes, executores materiais, mandantes, colaboradores e etc. Parece lógico que a importância da pessoa referida pelo colaborador também sirva como aspecto de "eficácia" em termos de resultado penal que ele pretenda obter. Entregar um chefe ou líder da organização, obviamente, deve gerar mais mérito como moeda de troca do que entregar a um executor de tarefas de menor importância. A situação deverá ser tratada antecipadamente com o Promotor de Justiça do caso, a quem incumbirá, em nome da Justiça Pública, e após criteriosa avaliação, definir o grau de sua colaboração[195].

Dessa forma, como bem postulado pelo professor Mendroni, a identificação dos demais sujeitos integrantes da organização criminosa é objetivo essencial para o início da investigação e eventual desconstituição da mesma. Somado a isso, qualquer organização é formada por pessoas, portanto, nada mais justo que iniciar a persecução investigatória partindo da premissa de que deve-se desconstituir, preliminarmente, as pessoas que nela participam.

O inciso II do artigo 4º da referida lei ensina que deve haver a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. Quando a isso, bem assevera Guilherme de Souza Nucci:

> Denunciar a composição e o escalonamento da organização pode ser útil ao Estado para apurar e descobrir a materialidade das infrações penais e a autoria, verdadeiro objetivo da investigação. Entretanto, torna-se raro e difícil desvelar a estrutura de um organismo e as tarefas desempenhadas pelos seus

[195]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado:** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 151.

> integrantes sem que se revele a identificação dos coautores e partícipes ou as infrações penais[196].

Analisada a importância evidente da revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas, vê-se necessário também, como prelecionado pelo inciso III do referido artigo, que a colaboração dê ensejo à prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa.

Renato Brasileiro de Lima aduz:

> Nem sempre será fácil aferir a eficácia objetiva das informações prestadas pelo colaborador para fins de prevenir infrações penais decorrentes das atividades das organizações criminosas. No entanto, se restar demonstrado que a prisão em flagrante de determinados integrantes do grupo, por ocasião da prática de determinada infração penal, só foi possível por força das informações prestadas pelo colaborador, não se pode negar a concessão dos prêmios legais[197].

Esse inciso ensina que para que uma colaboração seja eficaz, é necessário que haja a prevenção das infrações penais que a organização criminosa pode eventualmente produzir.

Outro objetivo trazido pela lei, no inciso IV do art. 4º da referida lei, é a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa. Bem assevera Guilherme de Souza Nucci:

> Obter de volta a vantagem auferida pela organização criminosa, retornando às vítimas o que lhes foi tomado, é medida importante. Muitas vezes, age o crime organizado contra o Estado, invadindo os cofres públicos, o que representa enorme perda para a sociedade. Tendo em vista que basta um dos requisitos para valer o prêmio ao colaborador, torna-se imprescindível valorar, com precisão, a cooperação dada, pois a restituição de valor abaixo não pode gerar amplo benefício. Ilustrando, se a delação permite a recuperação total do produto ou proveito do crime – o que termina auxiliando, também, na localização de autores e partícipes -, pode-se até aplicar o perdão; mas se a recuperação é parcial – e de pouca monta -, há de se partir para uma redução mínimo de pena, tal como um sexto[198].

[196] NUCCI, Guilhermede Souza. **Organização Criminosa**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 55/56.
[197] LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2. ed. rev.,atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 523.
[198] NUCCI, Guilhermede Souza. **Organização Criminosa**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 58.

Outro objetivo não menos importante, trazido pelo inciso V, é a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Marcelo Batlouni Mendroni ensina que:

> Dispositivo de aplicação mais evidente em casos de crimes de extorsão mediante sequestro, sequestro, cárcere privado e outros semelhantes. Muitos destes crimes são praticados por Quadrilhas ou Bandos, e não por verdadeiras organizações criminosas, embora também possa sê-lo. De qualquer forma, havendo esta hipótese, já que se considerar também o tempo de cativeiro imposto à vítima, pois, parece evidente que quanto mais tempo, maior sofrimento infligido e menos contraprestação em termos de diminuição de pena[199].

Nesse sentido, depois de constatada a efetivação da colaboração premiada e preenchidos os objetivos acima elencados, o juiz tem a faculdade para tomar as seguintes decisões, ainda de acordo com o art. 4º: a) conceder perdão judicial, julgando extinta a punibilidade; b) condenador o réu colaborador e reduzir a pena privativa em até 2/3; c) substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos dentre as previstas no art. 43 do Código Penal, cuja matéria detalhada será analisada do tópico a seguir.

3.2 PRÊMIOS ADVINDOS COM A COLABORAÇÃO PREMIADA

Os prêmios que o colaborador receberá quando da celebração do acordo depende do momento em que for feita[200]. Portanto, se realizada antes da sentença, a Lei traz algumas hipóteses facultadas ao magistrado (artigo 4º, *caput* e §4º da Lei 12.850/2013). O juiz deve levar em conta o grau de cooperação do delator[201]. Se após a sentença, ser-lhe-ão aplicadas disposições diferentes (artigo 4º, §5º da Lei 12.850/2013).

Se o acordo de colaboração premiada for firmado antes de o juiz proferir a sentença, este poderá conceder o perdão judicial (que é uma forma de extinção da punibilidade[202]) ou reduzir a pena quando da sentença. O caput do artigo 4º da Lei 12.850/2013 é claro ao ensinar que:

[199]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado:** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 152.
[200]GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: Juspovim, 2015. p. 250.
[201]NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 704.
[202]GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: Juspovim, 2015. p. 250.

> O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...].

Em assim sendo, alisando a primeira disposição trazida pela lei, fica claro que o juiz pode conceder o perdão judicial ao colaborador. Marcelo Batlouni Mendroni é categórico ao afirmar que "para a concessão de perdão judicial, parece lógico que a colaboração deva ser de fato muito eficiente para viabilizar a um criminoso pertencente a uma organização criminosa obtê-lo[203]". Como consequência disso, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva prelecionam que "A sentença que reconhece o perdão judicial, por conseguinte, é autofágica: reconhece o crime e a culpabilidade e em seguida julga extinta a punibilidade concreta com fulcro no artigo 107, IX do Código Penal[204]".

Outra disposição trazida no caput é que o juiz poderá reduzir a pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços), a depender do grau de colaboração. A Lei foi omissa e não trouxe quantum mínimo de diminuição de pena. Renato Brasileiro de Lima aduz:

> Ante o silencio do dispositivo legal e, de modo a se evitar uma redução irrisória (v.g. um dia ou um mês), que poderia desestimular a vontade do agente em colaborar com o Estado, parece-nos que deve ser utilizado como parâmetro o menor quantum de diminuição de pena previsto no Código Penal e na Legislação Especial, que é de 1/6 (um sexto)[205].

Dessa forma, vem à doutrina suprindo a lacuna deixada pela lei quando não estabelece essa quantidade mínima. Ainda no caput do artigo 4º da Lei, é explicitado que o juiz também pode substituir a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, "sem fazer qualquer remissão ao disposto no artigo 44 do Código Penal, o ideal é concluir que esta substituição deverá ser feita independentemente da observância de tais requisitos[206]".

E por fim, tem-se a disposição trazida no artigo 4º, §4 da Lei 12.850/2013. Ela ensina que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não

[203]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado.** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 149.
[204]GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: Juspovim, 2015. p. 250.
[205]LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2. ed. rev.,atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 528.
[206]LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2. ed. rev.,atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 528.

for o líder da organização criminosa e nem for o primeiro a prestar a efetiva colaboração[207].

Esse último prêmio trata-se de uma autêntica exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública[208]. Contudo, é sabido que isso só pode acontecer durante a investigação criminal, já que durante o processo penal o Ministério Público não poderá desistir da ação penal[209].

Ainda, obedecendo à linha tênue entre acusação e defesa e visando desconstruir organizações criminosas, de maneira a garantir a paz pública e a ordem social, trouxe a lei disposições beneficiadoras até após a sentença condenatória. Estas são trazidas no artigo 4º, §5º da Lei, que ensina que "se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos[210]".

Assim, embora seja mais difícil aferir o quanto aquela colaboração será útil depois de proferida uma sentença, a Lei muito sabiamente traz esse benefício, já que falar em organização criminosa remete a um grupo de pessoas extremamente habilidoso para a prática de crimes. E o principal escopo de uma investigação sob a modalidade de colaboração premiada é justamente combater esse tipo de complexo.

Portanto, analisado todos os possíveis prêmios que o juiz pode aplicar, chega-se a conclusão de que colaborar é vantajoso ao indiciado/réu. A gama de opções trazida pela lei 12.850/2013 é grande, o que pode ensejar interesse por parte do investigado em colaborar com a justiça.

3.3 PROCEDIMENTO PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO

[207] BRASIL. **Lei 12.850/2013** - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento crimina**l**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 06/06/2016.
[208]GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: Juspovim, 2015. p. 262.
[209]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado.** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 156.
[210] BRASIL. **Lei 12.850/2013** - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 06/06/2016.

A Lei 12.850/2013 foi específica ao trazer um procedimento especial e um regramento pormenorizado[211] para a celebração do acordo de colaboração premiada, suprindo a lacuna que existia até então.

O artigo 4º, §6º dispõe que:

> O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor[212].

Pela leitura do tipo, fica claro que o juiz não atuará na celebração do acordo, já que um dos principais pilares dentro do Processo Penal é a imparcialidade do julgador. Ao magistrado caberá unicamente homologar o acordo, verificando-se tão somente o aspecto formal, não possuindo poderes, portanto, para interferir no conteúdo do acordo[213].

A lei mostra que a participação do Ministério Público é de extrema importância. Sobre isso, ensina Marcelo Batlouni Mendroni:

> Embora a Lei preveja eventual negociação entre Delegado de Polícia e o investigado com seu defensor, logicamente durante a fase da investigação criminal, e nestas condições o projeto do acordo deve necessariamente passar pelo conhecimento e manifestação do Ministério Público, titular da ação penal, que concordará ou não. Evidente o necessário conhecimento do MP, pois, se não o ratificar, nenhum acordo será selado, e o MP poderá interpor ação penal[214].

Portanto, fica demonstrado que é obrigatória a participação do membro do Ministério Público nos acordos de colaboração premiada, quer seja no acordo celebrado por ele (obviamente), quer seja nos celebrados pelo delegado de polícia. Importantíssimo salientar que a defesa é obrigatória em todas as fases do processo penal, não sendo diferente, portanto, nas fases de celebração do acordo.

---

[211]CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. SANNINI NETO, Francisco. **Delegado de polícia tem legitimidade para celebrar colaboração premiada**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada. Acesso em 1º/06/2016.

[212] BRASIL. **Lei 12.850/2013** - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 06/06/2016.

[213]NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 708.

[214]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado.** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**.** 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 158.

Complementando o disposto no artigo supratranscrito, vem a disposição do artigo 4º, §7 da Lei 12.850/2013, afirmando que:

> Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor[215].

Pela leitura do dispositivo, depreende-se que o juiz ficará vinculado única e exclusivamente ao conteúdo do acordo apresentado pelas partes, ficando responsável somente por sua formalidade, composta pela regularidade, legalidade e voluntariedade[216].

O juiz também poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, ou sendo o caso, adequá-lo, conforme o disposto no artigo 4º, §7º da Lei 12.850/2013.

E por fim, preleciona o artigo 4º, §11 da lei 12.850/2013 que "a sentença apreciará os termos do acordo de colaboração e sua eficácia[217]". Portanto, resta claro e evidente que a sentença ficará adstrita ao que for firmado no acordo, não podendo dela transpassar, sob pena de ferir o princípio da imparcialidade do magistrado.

3.4 VALORAÇÃO DAS PROVAS DO COLABORADOR

Tendo em vista que a colaboração premiada tem o fito único de desconstituir organização criminosa, faz-se necessária a análise de todas as informações colhidas na investigação. Não se pode, por óbvio, condenar alguém com base única e exclusivamente em depoimentos colhidos na elaboração do acordo.

[215] BRASIL. **Lei 12.850/2013** - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 06/06/2016.
[216]MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado.** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 159.
[217] BRASIL. **Lei 12.850/2013** - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 06/06/2016

É o que dispõe o artigo 4º, §16, cujo teor ensina que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador"[218].

Assim, fazendo a análise detida do tipo, resta claro que a informação a título de colaboração da pessoa envolvida na organização criminosa pode servir apenas como forma de complementar informações de cunho probatório, não podendo ela, por óbvio, ser utilizada exclusivamente para lastrear eventual sentença condenatória[219].

Sobre essa situação, preleciona o professor Renato Brasileiro de Lima:

> Com o fito de prevenir delações falsas, deve o magistrado ter extrema cautela no momento da valoração da colaboração premiada, devendo se perquirir acerca da personalidade do colaborador, das relações procedentes entre ele e o acusado delatado, dos móveis da colaboração, da verossimilhança das alegações e do seu contexto circunstancial. Como se sabe, é cada vez mais comum que haja disputas internas pela gerência de organizações criminosas, o que pode, de certa forma, servir como móvel para a delação de antigos parceiros, ou até mesmo de pessoas inocentes. Tais situações espúrias, denominadas pela doutrina estrangeira de móveis turvos ou inconfessáveis da delação, devem ser devidamente valoradas pelo magistrado, de modo a se evitar que a delação seja utilizada para deturpar a realidade[220].

Dessa forma, a jurisprudência e doutrina tem ensinado que, havendo informações obtidas pela colaboração premiada, deve-se haver a busca por mais provas acerca daquelas informações. É a chamada regra da corroboração, onde se busca, em princípio, novas provas capazes de confirmar aquilo que foi afirmado em sede de colaboração.

CONCLUSÃO

Assim, de tudo o que foi analisado no presente artigo, resta claro e evidente que a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova capaz de ajudar a desmantelar toda e qualquer organização criminosa.

Conforme ficou demonstrado no primeiro capítulo, as organizações criminosas são frutos de um Estado fraco, pouco atuante e omisso. O surgimento desse tipo de

[218] BRASIL. **Lei 12.850/2013** - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 06/06/2016.
[219] MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado.** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**.** 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 162.
[220] LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2ª. ed. rev.,atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 533.

associação se dá como uma forma de afrontar e suprir essa ausência, visando à melhoria da qualidade de vida daqueles que a compõe.

Como se viu no capítulo inaugural, o complexo formado pelas organizações criminosas nos dias atuais e sua área de atuação é incomparavelmente maior às de antigamente. Conforme a globalização avança, o crime organizado evolui também.

Nesse sentido, os próprios membros das organizações procuram se aperfeiçoar dia a dia, cada um da melhor maneira que lhe convém. A gama de atividades em que é possível verificar a existência de organização criminosa é tão grande a ponto de que o Estado viu a necessidade de aliar a própria pretensão punitiva a um eventual benefício a ser entregue ao meliante como moeda de troca.

Nessa perspectiva, nasce a colaboração premiada frente ao combate do crime organizado, instituto de investigação extremamente eficaz e que consegue, se cumprido da forma como a lei estabelece, unir a pretensão do Estado ao interesse do colaborador.

Como visto, a colaboração premiada surgiu na lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) e, de lá para cá, foi se aperfeiçoando conforme o tempo passa e a legislação atualiza. Conforme ficou demonstrado no segundo capítulo do presente trabalho, a colaboração premiada é uma forma de investigação criminal eficaz e que pode sim ajudar o estado a combater a criminalidade organizada.

E por fim, como apresentado no último capítulo, com o advento da lei 12.850/2013 (Lei de combate ao crime organizado), o legislador conseguiu definir o que é organização criminosa e, ao mesmo tempo, trouxe formas de combate a ela. Nesse rol, inclui-se a colaboração premiada, que passa a ter uma regulamentação específica e também uma série de artigos atinentes à aplicação do instituto pelos agentes da justiça.

Assim, resta claro e evidente que a importância do instituto frente ao combate do crime organizado é imensa. Ignorarmos esse extraordinário meio de obtenção de prova seria uma verdadeira afronta ao Estado democrático de direito.

Como visto nos últimos meses, a colaboração premida ganhou um novo status jurídico ao ser amplamente empregado na operação “lava jato”, considerada a maior investigação de organização criminosa na história do país. Essa operação abriu um procedimento de perspectiva de punição nunca antes imaginado no cenário político nacional, e um dos meios de prova utilizados foi a colaboração premiada.

Portanto, a aplicação do instituto da colaboração premiada frente ao combate do crime organizado deve ser cada dia mais ampliado. Os resultados frente ao combate ao

crime organizado ficaram amplamente demonstrados ao fazer essa análise pormenorizada.

Dessa forma, cabe à Justiça a busca pela verdade real dos fatos. E a colaboração premiada tem se mostrado extremamente eficaz nessa tarefa. Quem sabe através de institutos como esses, trabalhando pelo desmantelamento do que prejudica o Estado, não se consiga chegar aos ideais da sociedade organizada: a igualdade social e a paz entre os povos.

REFERÊNCIAS BIBIOGRÁFICAS

ABUJAMRA, Rafael. **Delação Premiada** IN: Crime Organizado**.** Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 156-179.

ARAS, Vladimir. **A técnica da colaboração premiada**. Disponível em: https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada. Acesso em 24/03/2016.

BARTOLOMEI, Carlos Emanoel Fontes. DALLARI JÚNIOR, Hélcio de Abreu. **Estado, Sociedade e Combate Efetivo ao Crime Organizado.** IN: Crime Organizado**.** Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012. p.50-52.

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 10/06/2016.

_____**. Lei 11.343 – Lei de Drogas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm Acesso em 25/03/2016.

_____. **Lei 12.694/2012** - Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm. Acesso em: 21/02/2016.

_____. **Lei 12.850/2013** - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento crimina**l**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 25/03/2016.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa.** 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRITO, Alexis Couto de**. Agente Infiltrado**: dogmática penal e repercussão processual.IN: Crime Organizado**.** Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. 5 ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. SANNINI NETO, Francisco. **Delegado de polícia tem legitimidade para celebrar colaboração premiada**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada. Acesso em 1º/06/2016.

COSTA, Marcos Dangelo da. **Delação Premiada.** 2008, Monografia (Graduação) – UDF Centro Universitário, Brasília.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado – Comentários à nova lei sobre o crime organizado.** Salvador: Juspodivim, 2013.

CURY, Rogério**. Procedimento Investigatório e de produção de provas.** IN: Crime Organizado**.** Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELMANTO, Roberto. DELMANDO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIPP, Gilson. **A "Delação" ou Colaboração Premiada:** Uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. 2015. Disponível em: http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks. Acesso em 07/09/2015.

GALLI, Marcelo. **Delação Premiada não pode ser banalizada**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-set-03/delacao-premiada-nao-banalizada-ministra. Acesso em 03/09/2015.

GOMES, Luiz Flávio. **O que é a Colaboração Premiada?** Disponível em https://jus.com.br/artigos/32686/o-que-e-delacao-premiada. Acesso em 08/06/2016.

GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: Juspovim, 2015.

HAYASHI, Francisco Yukio. **Entenda a "delação premiada".** JusBrasil. Disponível em: http://franciscohayashi.jusbrasil.com.br/artigos/138209424/entenda-a-delacao-premiada. Acesso em 07/09/2015.

HERKENHOF, João Batista. **Delação Premiada**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/37287/delacao-premiada. Acesso em 02/06/2016.

LEVORIN, Marco Polo**. Fenomenologia das Associações ilícitas.** IN: Crime Organizado**.** Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31-49

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 2ª. ed. rev.,atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato. Acesso em 24/03/2016.

_____. **Delação Premiada: Com a faca, o queijo e o dinheiro nas mãos.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mar-25/limite-penal-delacao-premiada-faca-queijo-dinheiro-maos. Acesso em 25/03/2016.

MENDES, Marcella Sanguinetti Soares. **A Delação Premiada com o Advento na Lei 9.8077/99.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11229&revista_caderno=3. Acesso em 01/09/2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração Premiada e a Nova Lei do Crime Organizado (Lei 12/850/2016). **Custus Legis, A Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 4. p. 1-38, 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado.** Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**.** 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MESSA, Alcione Aparecida**. Crime Organizado: Uma Compreensão acerca dos aspectos psicológicos e Repercussões psicossociais.** IN: Crime Organizado**.** Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 68-74.

MESSA, Ana Flávia. **Aspectos Constitucionais do Crime Organizado.** IN:Crime Organizado. Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p.102.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Entenda o caso Lava Jato**. Acesso em 18/06/2016. Disponível em: http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso.

MIRANDA, Ana Paula Faria de; JUNIOR, Airto Chaves. **A delação premiada e a (des) vinculação do magistrado sentenciante ao acordo.** Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.1, p. 144-163, 1º Trimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ricc – ISSN 2236-5044.

MIRANDA, Eliana Cristina Fernandes de. Panhoza, João Victor Serra Netto. **Nova Lei de Organização Criminosa trouxe ferramentas contra o crime.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/lei-organizacao-criminosa-trouxe-ferramentas-crime. Acesso em 20/03/2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9 ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11 ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Organização Criminosa**. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACCELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANNINI NETO, Francisco. **Nova Lei de Organizações Criminosas e a Polícia Judiciária**. Disponível em: http://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943694/nova-lei-das-organizacoes-criminosas-e-a-policia-judiciaria. Acesso em 20/03/2016.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Método do Direito Penal sob uma Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUSA, Marllon. **Crime Organizado e Infiltração Policial.** São Paulo: Atlas, 2015.

TOLENTINO NETO, Francisco. **Histórico do Crime Organizado**. IN: Crime Organizado. Coordenadores: Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 50-67.

VALENTE, João Bosco Sá. **Crime Organizado:** uma abordagem a partir o seu surgimento no mundo e no Brasil. Acesso em 21/01/2016. Disponível em: http://mpam.mp.br/index.php/centros-de-apoio-sp-947110907/combate-ao-crime-organizado/doutrina/418-crime-organizado-uma-abordagem-a-partir-do-seu-surgimento-no-mundo-e-no-brasil. Acesso em 21/02/2016.

Capítulo XIV

DA ANÁLISE DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Fernanda Aparecida Lisboa Porcel[221]
Everson Aparecido Contelli[222]

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar as falsas memórias e sua repercussão na cognição do processo penal brasileiro, como identifica-las, fazendo uma breve distinção entre mentira e falsas memórias. Apresenta uma analise sob o enfoque processual das falsas memórias e suas implicações no âmbito processual. Pesquisa-se neste artigo a prova testemunhal, em destaque o depoimento infantil, tendo em vista a facilidade com que as crianças tendem a sugestionabilidade. Em análise de caso de Falsas Memórias o artigo aborda o caso da Escola Base de São Paulo. Por fim este artigo traz as técnicas capazes de minimizar os riscos de implantação de Falsas Memórias.

PALAVRAS-CHAVE: Falsas Memorias, Indução, Investigação, Dano, Processo Penal

INTRODUÇÃO

Dentre os meios de prova, a testemunhal é aquela que exige das pessoas o desenvolvimento de suas recordações para relatar o ocorrido. Assim a memória assume importante papel na reconstrução da infração penal, tendo em vista que o fato, sempre passado, exige que o colaborador da justiça reviva o que foi presenciado ou soube e qualquer outra forma. Entretanto a prova testemunhal se torna frágil e pode interferir, inclusive, no direito fundamental de liberdade, não raro fator de erros e, por conseguinte, de exclusão social daqueles prejudicados.

Estudos demonstram como podem ser implantadas as falsas memórias, em especial quando se trata de memória infantil e somente com técnicas apropriadas é possível diferenciar o que é falsa memória do que é mentira.

[221] Graduada em Direito pela FAPE. Advogada.
[222] Mestrando em Direito pela UENP. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Integrante do Grupo de Pesquisa GPCERTOS, vinculado a UENP e coordenado pelo professor Doutor Ilton Garcia da Costa.

Dessa forma, a pesquisa objetiva, em resumo, dentro do aspecto processual penal, à verificação da validade de determinados depoimentos na formação cognitiva do magistrado, assim como identificará, que a alteração da verdade pode ocasionar prejuízos ao direito fundamental de liberdade, fato de evidente exclusão social de centenas de pessoas no Brasil, vítimas de injustiças. Por meio do estudo sistemático do ordenamento jurídico procura-se alcançar conclusões razoáveis a um suposto ideal de verdade, com soluções que vão ao encontro dos anseios sociais e da promoção de um efetivo Estado Democrático de Direito, com consequente integração e inclusão dos sujeitos atingidos e sujeitos ao populismo, influenciado pela criminalidade que assola a sociedade.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, pelo método interpretativo, com análise e exegese de textos em revisão bibliográfica de livros, artigos e julgados disponíveis em meio físico e digital. Partiu-se de premissas gerais acerca de provas, verdade, liberdade e a compreensão da persecução criminal, a fim de alcançar opinião crítica acerca de soluções a esse fenômeno de vitimização.

1 PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Não existe direito sem fato, de tal modo que o processo surge como instrumento apto à reconstrução aproximativa que direciona a proporcionar o conhecimento do juiz acerca do nexo entre um determinado fato e seu autor, logo a instrução probatória é o meio utilizado para alcançar esse escopo.

As provas, portanto, são revestidas de grande importância para o desenvolvimento do processo e à convicção do magistrado, objetivando, a conclusão e resolução da demanda. De tal sorte provar significa induzir o juiz ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de um determinado modo.

Competem as partes a demonstração da verdade dos fatos alegados ao magistrado, porém, nem sempre corresponderá a uma verdade real. A verdade para uns é mentira para outros e a certeza esta em crer naquilo que alega, mesmo que não corresponda a verdade objetiva.

2 CONCEITO DE PROVA E FUNÇÃO DA PROVA

A palavra prova possui diferentes significados como, por exemplo, verificação, exame, inspeção, razão, argumento. Já no âmbito jurídico prova significa: a) ato: processo pelo qual possibilita verificar com exatidão o alegado pela parte; b) meio: instrumento apto a demonstrar a verdade sobre algo ou alguma coisa; c) resultado: é o produto final da analise extraída pelo magistrado dos instrumentos de prova que as partes oferecem.

Nesse sentido, AURY LOPES JUNIOR (2015, p. 358) leciona que as são matérias que permitem a reconstrução histórica e sobre as quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva).

Quanto à persuasão, CORDERO (p.11), aponta a palavra-chave fé. Os locutores pretendem ser acreditados e tudo o que dizem tem valor enquanto os destinatários crerem. Os resultados dependem de variáveis relacionadas aos aspectos subjetivos e emocionais do ato de julgar.

O ritual judiciário está eivado de um simbolismo "sagrado". As provas desempenham uma função ritual na medida em que são inseridas e chamadas a desempenhar um papel de destaque na complexidade do ritual judiciário. Basta atentar para a arquitetura dos tribunais (principalmente os mais antigos) para verificar que os plágios das construções religiosas (templos e igrejas), com seus pórticos, estátuas por todos os lados. Como se não bastasse, os atores que ali circulam utilizam diversas expressões em latim. Depois de tudo isso, o depoente ainda presta o compromisso de dizer a verdade.

Segundo AURY LOPES JUNIOR (2015, p.354), é todo um ritual de intimidação que reforça as relações de poder e subordinação, ao mesmo tempo em que deixa claro que o binômio crime-pecado nunca foi superado.

No que se refere às provas, o simbolismo também deve ser considerado na perspectiva da função persuasiva, como "atrativos para tentar uma captura psíquica" (CORDEIRO p. 11) de quem esta declarando (e também dar maior credibilidade para quem julga).

Com efeito, a verdade processual é em paralelo as demais, uma verdade construída socialmente, precária e local por definição (FOUCAULT, 1998)

Nesse sentido TARUFFO (op. cit., p.81,), assevera:

> Além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para "fazer crer" que o processo penal determina a "verdade" dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não suceda, e

> quiçá precisamente, porque na realidade essa tal verdade não pode ser obtida, é que precisamos reforçar essa crença.

Mas, para tanto, o primeiro destinatário dessa crença será o magistrado. Com costumeira precisão de seus conceitos ARAGONES ALONSO (1984, p. 251) ensina que o conceito de prova está vinculado ao da atividade encaminhada a conseguir o convencimento do juiz.

2.1 PRINCÍPIO GERAL DA PROVA

A Constituição Federal em seu artigo 5° inciso XXXV estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça a direito", assegurando o direito de ação e a sua essencialidade. Entretanto, se o *ius puniendi* não pode ser subtraído a análise do Poder Judiciário, o *ius libertatis* do autor do delito, ameaçado pela pretensão punitiva Estatal, merece receber a mesma proteção. Aqui se nota um breve panorama da bilateralidade da ação: onde confere o direito de demandar ao Poder Judiciário, reconhecendo igualmente o direito de defesa.

Para AURY LOPES JUNIOR (2015, p. 361):

> Quando se esta diante de uma lei processual penal como a brasileira, que remonta uma racionalidade do final do século XIX, início do século XX, e que possui uma inspiração assumidamente fascista, além de exalar um ranço autoritário, os princípios constitucionais são imprescindíveis para através de uma releitura pelo foco constitucional, tentar compatibiliza-la com as exigências atuais. Trata-se de uma complexa alquimia para que o Código de Processo Penal tente sobreviver a uma filtragem constitucional, e isso somente é possível com estrita observância dos princípios e garantias.

Impossível, portanto, falar em princípio de prova sem abordar os mais importantes princípios, ou seja, contraditório e a ampla defesa.

2.1.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV, garante aos litigantes em processos judiciais ou administrativos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos ela inerentes.

O contraditório consiste no direito à informação e à efetiva participação no processo, tendo em vista assegurar as partes a ciência de todos os atos processuais e consequentemente sua manifestação, o que proporciona atuar de maneira igualitária entre acusação e defesa.

A doutrina já pacificou que a ampla defesa assenta-se no binômio defesa técnica e defesa pessoal. Enquanto esta é disponível e renunciável, aquela é indisponível, pois, de acordo com o disposto no artigo 261 do Código de Processo Penal, "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". Portanto, se o réu não constituir advogado, caberá ao juiz nomear lhe um defensor dativo. Assim a presença de advogado no momento em que presta declarações como suspeito gente à autoridade judiciária ou delegado de polícia é imprescindível, não só por exigência da Constituição Federal, mas pelo disposto no artigo 185 do Código de Processo Penal.

3 DOS MEIOS DE PROVA

Os meios de prova são instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato.

O Código de Processo Penal disciplina os seguintes meios de prova: exame de corpo delito e outras pericias (art. 158 a 184), interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), a confissão (arts.197 a 200), as perguntas ao ofendido (art. 201), as testemunhas (arts. 202 a 225), reconhecimento de pessoas e coisas(arts. 226 a 228), a acareação (229 e 230), os documentos (arts. 231 a 238), os indícios (ART. 239) e a busca e apreensão (arts. 240 a 250). Esses são os chamados meios legais

3.1 PROVA TESTEMUNHAL

Com as restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária brasileira em regra enfrenta em alguns Estados, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de prova do processo criminal. Em que pese a imensa fragilidade e pouca credibilidade que tem (ou deveria ter), a prova testemunhal culmina por ser a base da maioria das sentenças penais condenatórias ou absolutórias.

Quanto à ordem em que ocorrerá a inquirição, no rito comum ordinário (art.400), inicia-se com a tomada de declarações do ofendido, passando-se em seguida a inquirição de testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem, bem como os esclarecimentos dos peritos, as acareações, reconhecimentos e, por derradeiro, com o interrogatório do acusado.

Nessa lógica, quando a testemunha é arrolada pela acusação, incumbe ao acusador fazer suas perguntas e, após, à defesa: já em relação às testemunhas arroladas pela defesa, incumbe ela elaborar suas perguntas e, após o acusador. Nenhuma regra é imposta ao juiz que pode questionar qualquer testemunha a qualquer momento enquanto estiver depondo, desde que o faça para complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos. (artigo 212, parágrafo único).

4 FALSAS MEMORIAS

As falsas memorias se tornou assunto recorrente entre psicólogos e neurocientistas da América do Norte e da Europa há cerca de trinta anos e no Brasil vem ganhando cada dia mais espaço, tendo em vista suas implicações no âmbito forense.

Tal discussão possui intima ligação com o Direito no contexto brasileiro, a partir de 1990, onde foi lançado o primeiro livro de língua portuguesa lançado a nível nacional chamado “Falsas Memórias – Fundamentos Científicos e suas implicações jurídicas”, da pesquisadora Lilian Milnitshy Stein.

O termo falsas memórias surgiu em 1881, utilizado por Theodule Ribot, em Paris quando analisou o caso de um homem de 34 anos que se lembrava de acontecimentos que jamais haviam ocorrido.

Estudos específicos acerca do tema ficaram por conta de Alfred Binet, em 1900, na França e por Stern, em 1910, na Alemanha, tendo como base sugestionabilidade da memória infantil.

Em 1932, Bartlett investigou o fenômeno das falsas memórias em adultos, vinculou às recordações a um processo reconstrutivo com base em esquemas decorrentes do meio cultural e do conhecimento de maneira geral da pessoa.

Deese contribuiu para o estudo das falsas Memórias ao propor um modelo técnico que era estruturado em diversas listas contendo palavras semanticamente associadas a

outras que não se incluíam no material a ser analisado. O objetivo do estudo era possibilitar a recordação de informações novas que não constavam nas listas originais.

Após lograr êxito Roedigier e MCDermott retomaram o trabalho de Deese e formularam o Paradigma DRM, que consistia na apresentação de listas de palavras associadas, seguida de uma prova de evocação e de uma prova de reconhecimento. Em ambas ficou demonstrada a possibilidade de produzir falsas memórias, isto é, de recuperação e de reconhecer item que não constava nas listas. Assim, o estudo Apresentado Roediger e McDermott comprovou a facilidade em que as ilusões de memórias podem ocorrer.

Em 1979 Elizabeth Loftus, traz novo procedimento para estudar as falsas memórias, chamando de Sugestão de Falsa Informação, onde ocorre em razão da inserção de uma informação falsa em meio a experiência real vivida, produzindo o efeito *missinformation* (efeito da falsa informação), ou seja, uma diminuição de índices de reconhecimento do que é verdadeiro e significativo aumento de dados falsos.

Com base em experiência realizada em cerca de 20 mil pessoas, Elizabeth Loftus constatou que a informação errada pode imiscuir-se nas lembranças quando em contato com outras pessoas, quando alguém é interrogado de maneira evocativa ou quando por exemplo uma reportagem de algum evento já vivenciado. Assim, diante de uma informação enganosa é possível a criação de uma falsa memória, afetando o fenômeno da recordação.

Assim, com os pressupostos acima delineados, é possível afirmar que a memória se constrói a partir de informações armazenadas e elementos Novos que a ela se agregam, ou seja, a memória não é como ler m livro, mas como escrever um livro a partir de anotações fragmentadas. Logo, toda vez que nos recordamos de algo, interpretamos e agregamos ou suprimimos dados, daí por que na recuperação da memória de um evento, distorções endógenas ou exógenas se produzirão.

Por isso, nem todas as recordações de determinada experiência são lembradas com a mesma facilidade e isso ocorre em decorrência da forte vinculação existente entre a memória e diversos outros fatores, dentre eles os níveis de excitação emocional, que atuam no processo mnemônico, ocasionando diversas vezes as falsas lembranças.

AURY LOPES JUNIOR (2015, p 485) leciona que:

> As falsas memórias diferenciam-se da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no eu está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é uma ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou a vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo.

Portanto, as Falsas Memórias constituem um fenômeno do funcionamento normal da memória humana, reportando-se a recordações de eventos específicos como se tivessem verdadeiramente ocorrido, quando, de fato, nunca ocorreram, ou seja, a Falsa Memória, sugerida ou espontânea, é um fenômeno de base mnemônica, logo, uma lembrança, e não de base social como uma mentira ou simulação por pressão social.

4.1 CLASSIFICAÇÃO DAS FALSAS MEMORIAS

As Falsas Memórias podem ser classificadas em espontâneas ou sugeridas. Espontâneas ou autosugeridas são resultantes de distorções endógenas e ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória, sem a interferência de uma fonte externa à pessoa. Neste caso, uma inferência ou interposição pode passar a ser lembrada como parte da informação original e comprometer a fidedignidade do que é recuperado. Existe autossugestão quando o indivíduo recupera somente a memória da essência, ou seja, do significado do fato vivido. Assim, as Falsas Memórias Espontâneas ou autossugeridos consistem no erro de lembrar algo que tem coerência com a essência do que foi vívido, mas que, na verdade, não ocorreu. Nas pesquisas sobre Falsas Memórias Espontâneas são usados testes de recordação livre.

Os indivíduos em primeiro momento são expostos a algum material alvo a ser memorizado, com uma lisa de figuras ou de palavras que formem narrativas ou eventos; após, é introduzida uma atividade que distorçam para desviar a atenção do sujeito do material alvo; por último realiza-se uma atividade em que os indivíduos respondem a um teste de memória.

As Falsas Memórias Sugeridas, por sua vez, originam-se da implantação externa ao sujeito, por meio da sugestão deliberada ou acidental da informação falsa. Consistem, pois, em erros de memórias decorrentes de uma falsa informação apresenta após o evento.

Esta analise baseia-se na utilização do paradigma clássico de interferência DRM, que envolve listas de palavras associadas, chamadas de palavras-alvo, e de palavras distratoras: primeiramente é apresentado um evento alvo sujeito, seguido da atividade de distração: logo após, sugere-se uma falsa informação e, na sequência, testa-se sua memória. A lembrança de itens distratores relacionados à essência da temática de cada uma das listas das palavras-alvo comprova a emergência do fenômeno das Falsas Memorias.

A sugestionabilidade é definida como a tendência de incorporar informações falsas decorrentes de fontes externas às lembranças pessoais, o que resulta na falsificação das memórias.

Nesse sentido AURY LOPES JUNIOR (2015, p. 486), salienta que:

> Em diversos experimentos, Loftus e seus pesquisadores demostraram que é possível implantar uma falsa memória de um evento que nunca ocorreu. Mais do que mudar detalhes de uma memória – o que não representa grande complexidade -, a autora demostrou que é possível criar inteiramente uma falsa memória (portanto, de um evento que nunca ocorreu). [...] O perigo está naquilo que Loftus chama de inflação da imaginação, em que através de interrogatórios ou terapias, utilizasse de exercícios imagéticos para encorajar os praticantes a imaginar eventos infantis como forma de recuperar memórias escondidas. As consequências de tais técnicas (costumeiramente empregadas) são trágicas. A implantação da falsa memória é potencializada quando alguém afirma que o remoto incidente aconteceu[...] a confusão sobre a origem da informação é poderoso indutor da criação de falsas memórias, e isso ocorre quando falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras como conteúdo das sugestões recebidas de outros.

As Falsas Memórias demonstram que o ser humano é capaz de lembrar, de forma espontânea ou sugerida, eventos jamais vividos. Durante a colheita de depoimentos de vítimas e testemunhas, a sugestionabilidade é um risco muito comum e capaz de conduzir a respostas dissonantes da realidade.

5 FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Alguns aspectos são de suma importância para a análise das falsas memorias no processo penal, ou seja, quais as implicações das falsas memorias no campo processual penal, uma vez que a falsa memoria não se trata de uma simulação, também não é intencional. As falsas memorias são a representação, a maneira como o ser humano se

recorda, ou seja, quando se vive uma falsa memoria, a testemunha não consegue diferenciar o verdadeiro do que é falso ou tem a indução deformada dos fatos, sem consciência disso. Estudiosos sobe o assunto afirmam que se trata de erros ou equívocos mnemônicos que não autorizariam, sequer a tipificação de falso testemunho ou falsa pericia, (artigo 342 do Código Penal).

No âmbito processual penal DI GESU (2010, p. 127) leciona:

> O enfoque especial, quando se trata de prova penal e das falsas memórias, é justamente a prova oral.[...] Em que pese a necessidade de a prova no processo criminal ser muito mais robusta do que a cível, a prova testemunhal, muitas vezes, é a única a embasar não só a acusação, como também a condenação, diante da ausência de outros elementos.

Ou seja, revelada quão falha é a memória do ser humano, se faz preciso lançar um novo olhar sobre o enfoque processual penal, pois ainda se mostra dependente da prova oral trazida pela vítima ou testemunha. Nos casos de crimes que não deixam vestígios, são inúmeras as condenações com fundamento exclusivo no depoimento da vítima.

Nesse sentido AURY LOPES JUNIOR, (2011, p. 659) com maestria assevera:

> É nos crimes sexuais o terreno mais perigoso da prova testemunhal(e, claro, da palavra da vítima), pois é mais fértil para a implantação de uma memória falsa[...] Isso dá uma dimensão do que é possível criar em termos de falsas memórias e das graves consequenciais penais e processuais que elas podem gerar.

O crime é sempre uma reconstrução do passado, dependendo da memória de quem narra o fato, ou seja, como ser humano está sujeita a influência de fatores capazes de gerar falsas memórias. Vítima ou testemunhas, crianças ou adultas, lembram de situações nunca vividas, que provenham de sugestionabilidade seja interna ou externa ou qualquer outra variável relativa a processo mnemônico. Assim a realidade do crime é captada de uma forma, mas pode ser transmitida de outra totalmente diferente, daí a necessidade de um exame minucioso da prova oral, pois, quanto maior a fragilidade probatória, maior a sua exposição a erros e maior o dever da autoridade de conte-la.

Ensina MALATESTA (1995. p.82) que:

> Em uma determinada testemunha, podem encontrar-se peculiares condições fisiológicas ou patológicas, de forma a criarem nela uma particular perfeição

> ou particular imperfeição em suas observações, o que, por consequência natural, aumenta ou diminui o valor probatório de seu testemunho, quanto à matéria que se refere à sua particular perfeição ou imperfeição de observação. O estudo destas condições fisiológicas ou patológicas individuais entra no exame do sujeito do testemunha, pertencente, assim, à avaliação que denominamos subjetiva.

A habilidade das pessoas de relatarem com fidelidade os eventos acontecidos tem incentivando os estudos científicos sobre as falsas memórias. Sua relevância está em evitar que pessoas sejam acusadas, condenadas e privadas de sua liberdade com base em prova frágil, que na maioria das vezes embasadas em recordações distorcidas, discrepantes da realidade do crime.

Assim a sugestionalibidade muitas vezes é ocasionada pelos operadores do Direito, em especial por aqueles que são responsáveis pela inquirição SCHACTER (2003, P.118).

> Há relatos de que perguntas sugestivas podem acarretar até mesmo confissões falsas. E um dos fatores que contribuem para a formação das falsas lembranças é justamente a sugestão realizada por autoridade (neste caso, o juiz), considerada como fonte de informação confiável. [...] A sugestionabilidade interrogativa normalmente acontece porque há uma tendência natural por parte daquele que interroga, ou colhe declarações que favoreçam a versão (pré) escolhida. E, na maioria das vezes, diante da ausência de demais elementos probatórios, o juízo de censura é proferido com base exclusivamente na prova oral colhida de forma tendenciosa.

No âmbito forense as falsas memórias geram diversas implicações, principalmente como se trata de depoimentos infantis e ato de reconhecimento pessoal. Logo, constatada a problemática, pretende-se demonstrar que a adoção de novas técnicas de inquirição, como as do depoimento sem dano e o cumprimento dos ditames para um reconhecimento poderão minimizar o surgimento de falsas memórias e em consequência disso resguardar a confiabilidade dos relatos, preservar as provas e garantir a validade do procedimento.

6 O TRÁGICO CASO DA ESCOLA BASE

No Brasil, temos como exemplo o caso da Escola Base em São Paulo, que para além de demonstrar o despreparo dos responsáveis pelas investigações, inseriu em

discussão o papel da mídia, a postura ética e irresponsável, bem como a veiculação da violência e do medo, como expressão do populismo penal.

No ano de 1994, duas mães denunciaram abusos sexuais a filhos, organizados pelos donos da Escola de Educação Infantil Base, localizada no bairro da Aclimação em São Paulo.

A fantasia tomou contornos de rede de pedofilia e, após um laudo não conclusivo sobre a violência sexual que o menino teria sofrido, expediu-se um mandado de busca e apreensão que foi cumprido com irresponsável publicidade por parte do delegado de polícia que apurava os fatos. Era o início daquilo que hoje se pode chamar de tragédia a que foram submetidos os donos da escola base.

De maneira irresponsável, inverteu-se a presunção de inocência, com a mídia usando de toda sua criatividade para chamar a atenção do leitores com manchetes e títulos sem o menor bom senso, em que alguns meio de comunicação denominou de "uma escola de horrores".

Com o arquivamento do inquérito policial, ações de indenização em face do Estado de São Paulo e também contra diversas emissoras de televisão ainda tramitam nos Tribunais Superiores. Outrossim, os suspeitos tiveram suas vidas devastadas e até hoje não conseguiram se recuperar a dignidade ferida.

A forma como a investigação policial, em especial a oitiva das crianças envolvidas, foi conduzida serviu como conjunto de exercícios imagéticos para alimentar as supostas vítimas e as consequências foi trágicas e desastrosas.

7 TÉCNICAS DE REDUÇAO DE DANOS

Muitas são as sugestões efetivas de como vítimas e testemunhas devem ser ouvidas, a exemplo do depoimento sem dano. Atualmente há uma preocupação por parte dos profissionais encarregados da investigação preliminar e da instrução processual acerca da psicologia do testemunho. Contudo, nada adianta uma boa aquisição e retenção de memória se houver falha justamente no terceiro momento, ou seja, no momento de recordar.

A pessoa encarregada de obter o depoimento ou fazer o reconhecimento do autor do crime precisará engajar a testemunha ou a vítima em um contexto de busca de informações precisas, lançando mão de estratégias e técnicas apropriadas, como

reconhecimento sequencial, entrevista cognitiva na tentativa de minimizar os danos decorrentes da implantação de falsas memorias.

7.1 DEPOIMENTO INFANTIL E O RISCO DA SUGESTIONABILIDADE

No Brasil o Código Processual Penal permite a colheita de depoimento de crianças, entretanto, o compromisso de dizer a verdade ao menor de 14 anos não se aplica. Assim admite-se o depoimento de crianças como meio de prova dentro do processo penal.

Os menores que prestam depoimentos, em geral viveram alguma situação de violência, logo, as declarações se referem as lembranças por diversas vezes traumáticas. Ou seja, a colheita desses depoimentos se justifica pelo fato de que em casos por exemplo de crimes sexuais, quando não há violência real ou inexistem vestígios, o depoimento dessas crianças são o único meio de provar a existência do crime.

Quando se trata de depoimento infantil, um dos problemas mais comuns é a sugestionabilidade infantil.

A sugestionabilidade consiste na incorporação de informações distorcidas oriundas de fontes externas, que tanto pode ter cunho intencional ou acidental, as suas lembranças pessoais. No âmbito forense ocorre com maior frequência, pois a forma como esse depoimento é colhido é decisiva para a avaliação correta tanto da precisão, tanto da confiabilidade do relato.

Diversos estudos sobre o tema demonstram que crianças são tendentes a sugestionabilidade. Entretanto, a exatidão da memória infantil, exige uma análise das características pessoais da criança, bem como sua vulnerabilidade tanto física ou psicológica que são inerentes ao processo para recordar.

Alfred Binet analisou diversos erros involuntários de crianças que se submeteram a testes de memória, constatando a fragilidade da memória de crianças e que parte disso era em decorrência da influência da sugestão.

Leciona ALFRED BINET (2006, p.34)

> A sugestionabilidade da memória das crianças é um dos fatores de maior relevância em termos de limitação do testemunho infantil. Isso ocorre pelo indiscutível potencial destruidor que esse fenômeno pode ter sobre a memória de uma testemunha, podendo tornar esse depoimento completamente inválido, além dos danos subjetivos que pode causar para os indivíduos, sejam estes de crianças ou adultos. Alguns estudos têm mostrado que as pessoas demonstram verdadeiras. O problema do ponto de vista subjetivo e ético, ocorre quando

> uma sugestão se transforma em uma falsa memória, o eu pode trazer imenso sofrimento psíquico para a criança, crente de que algo lhe aconteceu até mesmo um episódio de violência sexual, quando de fato não aconteceu.

E ainda de acordo com o autor, nas crianças a sugestionabilidade tem origem através de mecanismos cognitivos e sociais.

> O grau de sugestionabilidade das crianças jovens entre (5-8 anos) é significativamente mais alto em razão de dois fatores diferentes: (a) cognitivo ou autossugestão, porque a criança desenvolve uma resposta segundo sua expectativa do que deveria acontecer, (b) e outro social que é o desejo de se ajustar as expectativas ou pressões de um entrevistador.

Ou seja, nas crianças entre 5 e 8 anos de idade, os riscos de implantação de falsas memórias são maiores, pois já percebem a pressão e tentam alcançar a expectativa do entrevistador para não frustra-lo principalmente quando seu entrevistador é mais velho.

7.2 RECONHECIMENTO SEQUENCIAL

O reconhecimento pessoal pode ser simultâneo ou sequencial, mas o processo penal brasileiro adotou o reconhecimento simultâneo, onde vários indivíduos ficam a mostra da vítima ou testemunha, que deverá efetuar o reconhecimento com base na comparação que mais se assemelha ao suposto criminoso. Entretanto, para EYSENCK e KEANE(2007, p.279) o reconhecimento simultâneo é um risco dado o seu poder sugestivo:

> A identificação por testemunhas oculares a partir dos desfiles ou fileiras de identificação é, em geral muito falível. Valentine e seus colaboradores estudaram as evidencias de 640 testemunhas oculares que tentaram identificar suspeitos em 314 *line-ups* (enfileiramento de suspeitos para serem identificados) reais. Cerca de 20% das testemunhas identificaram um não suspeito, 40% identificaram o suspeito e 40% falharam em fazer a identificação. Uma das razões mais importantes para a identificação inacurada da testemunha ocular é que somos, com frequência, surpreendentemente deficientes no reconhecimento de rostos não familiares.

Na visão de AURY LOPES JUNIOR (2011, p. 676) o reconhecimento sequencial é aquele onde os suspeitos são apresentados um de cada vez e, para cada um, é solicitado à testemunha ou vítima que antes de ver o próximo suspeito, responde se foi o autor do

fato ou não. Assim o risco de sugestionabilidade diminui, aumentando a confiança e credibilidade do reconhecimento do autor do crime.

Avisar a vítima ou testemunha de que o suspeito pode não estar presente no ato de reconhecer, também reduz os riscos de equívocos durante a identificação, segundo estudos recentes, tendo em vista que se por ventura a autoridade responsável pelo reconhecimento informar a presença do suposto criminoso, acaba gerando n vítima ou testemunha a obrigação de reconhecer o autor do crime, mesmo que ele não esteja presente, com isso acaba por fazer o reconhecimento equivocado.

7.3 ENTREVISTA COGNITIVA

Uma nova modalidade de inquirição conhecida como entrevista cognitiva, que se originou em 1984, consiste na técnica de inquirição na tentativa de maximizar a quantidade e a precisão de informações colhidas em depoimentos de testemunhas ou vítimas de algum crime.

A entrevista cognitiva tem por objetivo lidar com as falhas de memorias dos depoentes, as suas distorções advindas do entrevistador também devem ser consideradas. Assim odo procedimento é registrado por áudio e vídeo, o que permite o acesso de diversos profissionais envolvidos na investigação do depoimento.

Estudos atestam que a entrevista cognitiva é mais eficaz na produção das informações que são relevantes juridicamente com maior precisão se comparado com métodos de inquirição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, se conclui que:

É possível superar e enfrentar o problema das Falsas Memórias, assunto ainda pouco discutido no Brasil.

O caso da Escola Base deve servir de exemplo e incentivo a implantação de técnicas que minimizem os riscos de falhas cognitivas.

A redução dos danos quando se trata de falsas memorias pode decorrer de particular imperfeição da testemunha, o que deve ser perceptível pelos responsáveis pela

persecução criminal de obter o depoimento ou fazer o reconhecimento do autor do crime, em busca de informações precisas.

Dentre as estratégias utilizadas está a opção pela reconhecimento sequencial, entrevista cognitiva e do depoimento sem dano na tentativa de minimizar os riscos decorrentes da implantação de falsas memorias.

Para além do prejuízo processual, as falsas memorias são responsáveis pela restrição de liberdade de pessoas, vitimizando inocentes, expondo sua dignidade, importante fator de exclusão social de brasileiros, que pode ser corrigida por políticas de segurança pública voltadas à formação de profissionais da persecução criminal com capacidade de coleta de depoimentos o mais rente possível da realidade ou de um suposto ideal de verdade, ainda que científico, mas decorrente de uma postura ética e comunicacional dos sujeitos envolvidos na coleta e análise de provas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. "Falsas" Memórias e Processo Penal: (Re)discutindo o Papel da Testemunha. *In:* SEMANA De EXTENSÃO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO, 2010, Porto Alegre. **Anais daV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p.84-93.

BINET, Alfred. **La Sugestibilité**. Paris: Schleiccher Freres, 1900, p.34 Apud PISA, Osnilda. **Psicologia do Testemunho**: Os riscos na inquirição de Crianças, 2006, p. 637. F. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Psicologia-Mestrado em psicologia social e personalidade. Pontificia Universidade Católica. Porto Alegre, 2006.

ALVES, Fernando de Brito. Democracia e Desconfiança. **Argumenta**: revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI. Centro de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. UENP. n.16. Jacarezinho-PR: Argumenta, 2012.

CONTELLI, Everson A. ; COSTA, Ilton Garcia . Teoria da Ação de Direito Material no Processo Penal e a Proteção Eficiente da Vítima. In: Ilton Garcia da Costa. (Org.). **Direito e Justiça: Aspectos Atuais e Problemáticos**. 1ed.Curitiba: Jurua, 2015, v. 1, p. 301-320.

CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad.: Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, V.II.

COSTA, Ilton Garcia, CACHICHI; Rogério Cangussu Dantas e CACHICHI, Zilda Cangussu Dantas. **Amor e Misericórdia: A Flor e o Fruto**. *In*. Ivanaldo Santos e Lafayette Pozzoli (Organizadores). Fraternidade e Misericórdia. UM olhar a partir da justiça e do amor. São Paulo: Cultor de Livros, 2016.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.

EYSENCK, Michael W., KEANE, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. Trad: Magda França Lopes. 5ª ed.. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 279.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: Técnicas de Entrevista para Minimizar as Falsas Memórias. *In:* STEIN, Lilian Milnitsky; *et.al*.. **Falsas Memórias:** fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 209-227.

FLECH, Larissa Civardi. **Falsas memórias no Processo Penal**. Porto Alegre, 2012.

Disponível em http:// hdl.handle.net/10183/67291. Acesso em 07 de Março de 2013.

FOUCAULT, Michel. 1998. A Verdade e as Formas Jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 1998.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais:** Lei 9.099/95. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Vo. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

LOFTUS, Elizabeth. **As falsas lembranças**. Revista Viver Mente & Cérebro, São Paulo, ano 2, n. 162, jul. 2006, p. 90-95.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I.

_____.**Direito Processual Penal**. 12ª ed. Porto Alegre: Saraiva, 2015.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica da Prova das Provas em Matéria Criminal**. São Paulo: CONAN Editora, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SCHACTER, Daniel. **Os Sete Pecados da Memória:** Como a mente esquece e lembra. Rio de Janeiro: Rocco,2003.

STEIN, Lílian Milnitsky. Memória, humor e emoção. **Revista de Psiquiatria**, ano 1, n. 28, jan./abr. 2006, p.60-74.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

Capítulo XV

DIREITO DE VOTO AO CONDENADO COMO FORMA DE VISIBILIDADE POLÍTICA E RESSOCIALIZAÇÃO NO CUMPRIMENTO DA PENA

Camila Rarek Ariozo[223]
Renato Bernardi[224]

RESUMO: As funções do Sistema Prisional são de recuperar, socialmente, os criminosos e reintegrá-los na sociedade. Entretanto, no Brasil, essas funções não vêm sendo devidamente cumpridas, uma vez que os reeducandos, para os governantes, constituem coisas esquecidas em depósitos, verdadeira *res nullius*, pois são constitucionalmente impedidos de despertar qualquer interesse, já que além de não possuírem capacidade política ativa, são tidos como maus exemplos em campanhas políticas. Assim, almeja a presente pesquisa demonstrar que um dos caminhos na busca de soluções para as mazelas do sistema penitenciário brasileiro passa necessidade de Emenda Constitucional que cometa ao reeducando a plena capacidade eleitoral, a fim de que seja visto pela classe política como digno de ser efetivamente ressocializado.

PALAVRAS-CHAVE: capacidade política; emenda constitucional; reeducandos.

INTRODUÇÃO

A pesquisa aqui desenvolvida trata da mitigação do exercício da soberania popular, garantida, pela Constituição Federal, em seu artigo 15, inciso III, como forma de exclusão política/social. O Sistema Penitenciário Brasileiro é, atualmente, alvo de constantes críticas, tanto que a mídia transmite, rotineiramente, em seus veículos de comunicação, notícias sobre rebeliões, superlotação, fugas audaciosas, detentos que são

[223] Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (2012) e especialista em Direito Civil/Processual Civil pelo PROJURIS Estudos Jurídicos Ltda (2015).
[224] Doutor em Direito do Estado (sub-área Direito Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Professor efetivo dos cursos de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado e Doutorado - e do curso de Graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Campus de Jacarezinho.

assassinados por seus companheiros dentro das prisões, funcionários mal qualificados, ineficiência da reabilitação etc. Entretanto essas notícias são levadas ao público de forma distorcida e sensacionalista, sendo que são dirigidas, naturalmente, aos setores vulneráveis que somam a maioria da sociedade, isto é, acreditam no falso paradigma transmitido, de que, para o sistema ser eficaz, o legislador deve alterar o Código Penal deixando-o com penas ainda mais severas. Porém o que não percebem é que, no Brasil, penas mais rígidas só têm a finalidade de aumentar a exclusão social, já que os legisladores, em regra, quando criam ou alteram leis, só as fazem de acordo com o seu interesse e não o da sociedade. O que o Sistema Penitenciário nacional clama é por cumprimento na Lei de Execução Penal, promulgada em 1984.

Nessa toada, impende dizer que para a classe política, o condenado criminalmente é incapaz de ser visto como sujeito de direitos. Assim, a limitação do sufrágio universal, ao invés de cumprir sua função, qual seja a demonstrar que o condenado está em dívida para com a sociedade, não estaria transformando as penitenciárias em depósitos de invisíveis políticos? Pois, como discutir, por exemplo, segurança pública, condições do cárcere, sem ouvir aqueles que formam a clientela do sistema penitenciário? Assim, pretende-se demonstrar que a criação de Emenda Constitucional que cometa ao reeducando plena capacidade eleitoral ativa, é uma das principais medidas para que o sistema carcerário possa atingir a ressocialização do condenado.

DESENVOLVIMENTO

A Constituição da República Federativa do Brasil preceitua em seu artigo 1º que é constituída em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento: a soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humano, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A corroborar, o parágrafo único do dispositivo supracitado, dispõe que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Logo, este poder que "emana do povo" é desempenhado, também, por meio do exercício do direito ao voto, meio pelo qual os cidadãos materializam a respectiva representação política. Entretanto, este poder é mitigado quando se trata do criminalmente condenado com trânsito em julgado, uma vez que o artigo 15, inciso III, da Carta Magna

suspende seu direito de votar e ser votado, e dele retira a plenitude do conceito constitucional de cidadania. De acordo com o texto constitucional, o dispositivo é aplicado a toda e qualquer condenação criminal, independentemente de se tratar de crime doloso ou culposo. Assim, o condenado criminalmente com trânsito em julgado não tem o direito de demonstrar seus desejos, vontades e aspirações, o que é por demais natural. (THOMPSON, 2007).

Conforme preconiza, PUGGINA (2006), a história ensina que os governantes se preocupam com os problemas de seus prováveis eleitores, mas, ficam inertes à questão do sistema penitenciário nacional, já que preso condenado não vota e não gera voto. O impacto negativo do dispositivo constitucional em estudo é manifesto diante da precariedade vivenciada pelo sistema prisional brasileiro. Frisa-se, que não há qualquer esforço empreendido pela classe política para impedir a afronta a princípios e aos Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário.

Os governantes buscam resolver os problemas imediatos da população eleitora, não se preocupam com a situação do sistema carcerário que vai absorver os infratores. Segundo dado divulgado pelo Informe Regional de Desenvolvimento Humano do Programa das Unidas para o Desenvolvimento no ano de 2014, cerca de 70% da população carcerária é formada por reincidentes. (2013-2014, p. 129).

Dados como este, deveriam ser um alerta para a classe política, mas infelizmente, trata-se de informação invisível aos seus olhos; consequentemente, as prisões transformam-se em depósitos de politicamente invisíveis e fábricas de delinquentes em massa. “Mas, os delinquentes são úteis tanto no fator econômico como no político. Os delinquentes servem para alguma coisa”. (FOCAULT, 2004, p. 23). No ano de 2003, o Senador Pedro Simon (PMDB-RS), propôs Emenda Constitucional que autorizava o condenado com trânsito em julgado a votar, sob os fundamentos de que a cassação dos seus direitos políticos se traduz em pena adicional à supressão liberdade, e ainda, de que o voto é forma de ressocialização. (PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 65, 2003)

A proposta foi rejeitada, sob o fundamento de que a Constituição não pode ser emendada para permitir o exercício de voto por parte daquele que está em dívida para com a sociedade. (PARECER N. 425, 2009). A proibição do voto contradiz a Lei de Execução Penal “que proporciona ao preso, de acordo com seu comportamento, adaptar-se à futura liberdade definitiva, podendo gozar de saídas temporárias, trabalho externo,

progressão de regime, livramento condicional e o direito de votar". (GALVÊZ, 2009). Assim, é evidente que não há qualquer fundamento jurídico/social na justificativa apresentada para a rejeição da Proposta de Emenda à Constituição formulada pelo Senador Pedro Simon. Se o preso pode, por exemplo, gozar de saídas temporárias, não há porque deixar de ser constitucionalmente considerado como cidadão. Impende argumentar que, no caso em tela, a negativa foi mais política do que jurídica ou conveniente socialmente falando. Desse modo, a suspensão delimitada pelo artigo 15, inciso III, da Magna Carta, não deriva de absoluta necessidade, trata-se apenas de conveniência política.

CONCLUSÃO

O Brasil clama por evolução na cidadania, em especial, para os condenados com trânsito em julgado. Assim, é necessário que a classe política, em conjunto com a sociedade, desenvolva seu senso crítico, no sentido de que presos tratados como efetivos cidadãos, têm mais chances de retornar ressocializados ao convívio em sociedade e que penas maiores não diminuem a criminalidade.

Destaca-se que os reeducando só serão visíveis pela classe política quando a Constituição da República Federativa do Brasil for emendada, conferindo-lhes capacidade eleitoral ativa. Por fim, enquanto este debate não se tornar claro aos olhos da sociedade e da classe dominante, será utopia o objetivo a que se destina a prisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2004.

GALVÊZ, Gabriela. *Senado analisa PEC que garante voto a condenados*. Revista Consultor Jurídico. Maio/2009. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2009-mai-25/senado-analisar-pec-garante-voto-facultativo-presos-condenados>. Acesso em 24 de março de 2016.

GOMES, LUIZ FLÁVIO. *Violência epidêmica e Política Equivocada*. Disponível em: < http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>. Acesso em 24 de março de 2016.

INFORME REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO HUMANO 2013-2014. Disponível em: < http://www.pnud.org.br/hdr/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-

Globais.aspx?indice Accordion=2&li=li_ RDHGlobais#2013>. Acesso em 17 de julho de 2016.

PARECER N. 425, DE 2009. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/ rotinas/materia/getPDF.asp?t=58056&tp=1>. Acesso em 17 de julho de 2016.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 65, DE 2003. Disponível em: < http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/60853>. Acesso em 24 de março de 2016.

PUGGINA, Rodrigo. *Voto dos presos e a suspensão de direitos políticos:* nova perspectiva. Revista Juízes para a Democracia, Ano 10. n. 39. Set/Nov 2006.

THOMPSON. *Quem são os criminosos?.* Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2007.

CAPÍTULO XVI

(IN) DISPENSABILIDADE DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

(IN) DISPENSABILITY LAWYER OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE DISCIPLINARY

Junio Barreto dos REIS[225]
Bruna Manzzato da Silva PEREIRA[226]

RESUMO: No presente trabalho busca analisar o processo administrativo disciplinar, especificamente no que tange a presença ou não do profissional advogado no acompanhamento do servidor acusado em todos os atos processuais. Verificou-se que mesmo no âmbito administrativo é imprescindível a observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Após realizar o contraste entre a súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça e a Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal, chegou-se a conclusão de que, na seara do processo disciplinar, a presença do advogado só se mostra necessária quando se tratar de penas graves ou as questões se mostrarem complexas, dificultando a defesa do servidor.

PALAVRAS-CHAVE: Ampla defesa; Advogado; Contraditório; Devido Processo Legal; Processo Administrativo Disciplinar.

ABSTRACT: In the present study seeks to analyze the administrative disciplinary process, specifically regarding the presence or absence of lawyer professional monitoring server accused in all proceedings. It was found that even at the administrative level compliance with the principles of due process, the contradictory and full defense is essential. After performing the contrast between the sum 343 of the Superior Court of Justice and the Binding Precedent n 5 of the Supreme Court came to the conclusion that, in the harvest of the disciplinary proceedings, the lawyer's presence only appears necessary in the case of feathers or serious issues prove complex, making it difficult to defend the server.

[225] Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Pós-Graduado em Direito do Estado pelo PROJURIS. Membro dos Grupos de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais; e Política Publica da Universidade Estadual do Norte do Pioneiro. Professor de Direito na Faculdade Estácio de Sá – Campus Ourinhos. Advogado.

[226] Acadêmica do Curso de Direito na Faculdade Estácio de Sá – Campus Ourinhos; Membro do Grupo de Pesquisa Os Reflexos das Opções do Poder Público na Vida das Pessoas da Universidade Estadual do Norte do Pioneiro.

KEIWORDS: Wide defense; Lawyer; Contradictory; Due Process of Law; Administrative Disciplinary Process.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca investigar a presença do advogado no âmbito do processo administrativo disciplinar. Mas, este trabalho não pretende esgotar o assunto sobre o tema, tendo em vista a vasta discussão existente entre a doutrina e a jurisprudência pátria.

A presença do advogado no âmbito administrativo sempre foi alvo de muito debate, pois se entendia que a Constituição Federal também garantiu aos acusados nesta seara todos os direitos fundamentais garantidos no processo judicial, notadamente a defesa técnica por meio de advogado. Dessa discussão, foi editada a Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça.

Porém, logo em seguida, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 5, rechaçando qualquer possibilidade da atuação do advogado no processo administrativo disciplinar. Em razão da Súmula Vinculante nº 5, travou-se o debate sobre o tema, doutrinadores entendem que o Supremo Tribunal Federal, ao editar a citada súmula, afrontou os Princípios Fundamentais insculpidos na Constituição Federal, especificamente os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.

1 BREVES CONSIDERAÇÃOES SOBRE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Apesar de, no âmbito administrativo, haver várias modalidades de processo administrativo, o presente trabalho estará limitado a estudar especificamente o processo administrativo disciplinar, notadamente a necessidade ou não da presença de advogado em todas as suas fases, desde a instauração até o seu encerramento.

Na esfera federal, o processo administrativo está previsto na Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990, que regula o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Porém, não se pode esquecer que tanto Leis Estaduais quanto Municipais podem tratar do assunto com suas especificidades.

A Administração Pública, no desempenho de suas funções típicas e atípicas, necessita da colaboração de servidores públicos efetivos ou temporários para o desenvolvimento das atividades administrativas. Quando o servidor público no desempenho das suas funções administrativas pratica uma infração funcional, surge o dever de o Administrador apurar tal ato para ao final responsabilizá-lo (MEIRELLES, 1999).

A Constituição Federal, em seu artigo 41, §1º, inciso II, estabelece que o servidor público estável somente perderá o cargo mediante o processo administrativo, assegurada a ampla defesa. O presente inciso é uma garantia constitucional ao servidor público que o protege contra possíveis arbítrios e abusos do administrador público, mesmo esse servidor tendo praticado uma infração.

Do mesmo modo o art. 148 da Lei 8112/90 trata do assunto:

> O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

O processo administrativo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: instauração, instrução e julgamento.

A instauração é formalizada pela Portaria que advêm de uma autoridade superior ao acusado; nela devem conter todos os elementos relacionados à infração funcional, tais como: nome do servidor, dia e hora da prática da infração, infração cometida e a constituição da comissão processante.

Após a instauração do processo administrativo disciplinar, o servidor acusado é citado para que, no prazo de 05 (cinco) dias, apresente defesa prévia e pugne pela produção de provas.

Em seguida, inicia-se a instrução do processo. Nesta etapa, a Comissão Processante busca obter elementos de provas que, supostamente, levem a crer que determinado servidor é o autor da infração. Diante disso, é realizada a citação do servidor para que no prazo de 05 (cinco) dias apresente a defesa prévia e pugne pela produção provas que levem à sua inocência, podendo apresentar provas testemunhais e materiais, ou seja, sendo-lhe permitido utilizar-se de todos os meios de provas admitidas em direito. Após oitiva das testemunhas, o acusado será interrogado. Findado a fase da instrução, o acusado é citado para em 10 (dez) dias apresentar alegações finais.

Apresentada defesa escrita, a comissão elaborará um relatório minucioso conclusivo, onde constará se o servidor é inocente ou indicará a necessidade de responsabilizá-lo; em seguida, o processo será encaminhado a autoridade julgadora que determinou a sua abertura. Se o servidor for inocente, a autoridade julgadora determinará o arquivamento de o processo disciplinar, todavia se caso apontar a sua responsabilidade, a autoridade julgadora aplicará a sanção determinada em lei.

A grande discussão travada entre os estudiosos do Direito, quando o assunto é processo administrativo disciplinar, refere-se da necessidade ou não da presença de advogado para defender e acompanhar o servidor durante o andamento do processo. Mas esse assunto será tratado detalhadamente adiante.

2 NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal surgiu do direito norte-americano com denominada como a cláusula *due processo of law*. Este princípio vai de encontro com o Estado Democrático de Direito que visa a necessidade de tanto o Estado quanto o cidadão de observarem e cumprirem as leis em sentido amplo. Todos estão sob o império das normas (MENDES, BRANCO, 2015, p. 1214).

Visando fortalecer o Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal em seu art. 5°, inciso LIV, estabeleceu que *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*".

Uma simples leitura do presente inciso extrai-se a conclusão que o Estado, no âmbito judicial e administrativo, estiver tratando sobre a vida, liberdade e propriedade de um cidadão, deve dar a ele oportunidades de apresentar sua defesa, ou seja, garantir todos os direitos fundamentais estatuídos na Constituição Federal. De certa forma, o devido processo legal vem abolir as formas de arbitrariedade que outrora eram praticadas pelo Estado.

Nesse sentido, o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que a Constituição Federal exige:

> Um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar as decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe a

> possibilidade de contraditório e ampla defesa, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas (2002, p. 105).

Ferraz e Dallari ensinam que no processo administrativo há de se observar o devido processo legal:

> Sempre há de estar [o processo administrativo], contudo, o antecedente jus-filosófico inafastável: 'processo legal devido' – assim escandida a expressão:
> Processo – sequência de atos concatenados e encadeados em que todos os "interessados" (aí incluída a Administração – parte) tenham forças idênticas;
> Legal – a anatomia e a fisiologia, ou seja, o aparato e o procedimento, hão de estar previamente estabelecidos em lei, inteiramente reverentes à axiologia constitucional pertinente;
> Devido – o processo legal há de ser eficiente, proporcional, transparente e isonômico no equacionamento da deflagração e do favorecimento das instâncias de dirimência. (2007, p. 67-68).

O devido processo legal, por ser norma constitucional, deve ser interpretado da maneira mais ampla possível, com intuito de sempre proteger direitos humanos fundamentais. Com isso, extrai-se da expressão devido processo legal, visando o processo administrativo, as seguintes conclusões:

Devido: dessa expressão pode extrair que a Administração Pública, quando instaura o processo administrativo disciplinar, fica obrigada a garantir todas as prerrogativas do Estado Democrático de Direito, ou seja, observar e conduzir o processo baseado nas normas constitucionais. Deve haver a publicidade de todos os atos praticados, obedecer aos prazos mínimos instituídos na lei, observar o contraditório e a ampla defesa e proferir uma decisão de acordo com os limites objetivos e subjetivos da inicial.

Processo: em regra, no âmbito administrativo, quando a administração for executar um ato sancionatório, que atingirá de imediato direitos fundamentais do cidadão, há necessidade de instauração do processo, que consiste na sequência de todos os atos que são executados pela administração e a parte contrária afetada pelo agir do Administrador Público. No processo, as partes terão as mesmas garantias processuais, obrigatoriamente, estabelece-se a paridade de "armas" entre a administração e o cidadão, tudo para evitar arbitrariedade pela Administração (MELLO, 2003, p. 12).

Em casos de extrema urgência o Estado pratica ato administrativo, sem, de imediato, instaurar o processo frente às suas prerrogativas de autoexecutariedade e imperatividade e, acima de tudo, atendendo o interesse público. Porém, logo após a prática do ato o Estado deve instaurar o processo a fim de garantir a parte de exercer suas garantias processuais e preservar os seus direitos fundamentais do cidadão.

Legal: define-se como a imprescindibilidade de antes da instauração do processo administrativo disciplinar há necessidade de uma lei regulamentando aquele ato. Inadmissível o seu início por atos administrativos normativos. Todos os atos praticados pela Administração Pública têm de estar pautados na lei, isto é, estrita observância ao principio da legalidade. (FORTINI, 2008, p. 7).

Por fim, fica claro que todos os atos praticados pela administração pública em que visa a restrição de bens e liberdade de seus administrados, devem estar submetidos ao devido processo legal sob pena de serem declarados ilegais pelo Poder Judiciário.

3 CONTRASTE ENTRE A SÚMULA 343 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Muito se discutiu sobre a temática da necessidade ou não da presença de advogado no processo administrativo Disciplinar, até que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 5 e pacificou o assunto. Apesar da edição da citada súmula, ainda se argumenta que há flagrante afronta ao art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal.

Inicialmente o Superior Tribunal de Justiça em 12 de julho de 2007 aprovou a Súmula 343, que preconizava ser obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Em análise nos julgados do STJ, verifica-se que quando a Administração Pública não disponibilizava um defensor dativo para a defesa do acusado no Processo Administrativo Disciplinar de plano a Corte Superior declarava a nulidade da portaria de exoneração do servidor e determinava a sua reintegração ao serviço público.

A Corte Superior entendia que nesses casos teria ocorrido cerceamento de defesa, frente a afronta ao art. 5º, inciso LVI d CF, que descreve a Constituição garante aos acusado em geral e não apenas aos litigantes no âmbito judicial, o contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido o STJ, através do relator ministro Hamilton Carvalhido, 3ª Seção, j. 22.10.2003, refere-se ao MS 7.078/DF, assim se manifestou:

> A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

A Súmula 343 do STJ denotava que para a relação jurídica processual administrativa disciplinar ter validade era imprescindível a necessidade do advogado no Processo, mas não só a sua presença, mas a prática de atos que coadunariam para a plena defesa do servidor acusado.

Verifica-se que a tese o Superior Tribunal de Justiça era trazer ao processo administrativo disciplinar as mesmas garantias constitucionais instituídas aos acusados do processo penal.

De outro norte foi a decisão do Supremo Tribunal Federal ao se manifestar sobre o assunto. A matéria começou a ser analisada pelo RE 434.059-3 no qual o INSS interpôs recurso Extraordinário contra a decisão do STJ que declarara nula uma portaria de exoneração do servidor público e determinara sua imediata reintegração ao serviço, sob o argumento que o servidor teve seu direito de defesa cerceado, tendo em vista que no processo administrativo disciplinar não havia advogado constituído nem defensor dativo.

Ao analisar o caso o Ministro Relator Gilmar Mendes, de forma contrária aos argumentos do STJ, proferiu seu voto baseado na teoria desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã (*Ansprech auf rechtliches*) conhecida como a pretensão à tutela jurídica. Segundo a teoria, essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.

Na decisão, o Ministro Relator pontuou que em nenhum momento foi alegada a violação ao direito de informação, manifestação e a consideração dos argumentos manifestados, apenas invocou-se a nulidade do processo administrativo disciplinar em razão da falta de defesa técnica. Assim, entendeu que foram cumpridos os três elementos da teoria da pretensão à tutela jurídica, não havendo de se falar em violação ao princípio da ampla defesa. Continuando, relatou que quanto ao art. 133 da CF este não é absoluto, tendo em vista que até mesmo em determinados processos judiciais dispensa-se a presença obrigatória do advogado, como no Habeas Corpus, na Revisão Criminal, Justiça Trabalhista e Juizados Especiais.

Do mesmo modo foi o entendimento da Ministra Carmen Lucia. Ao proferir seu voto, a Ministra observou que a presença do advogado no processo administrativo disciplinar apenas é possível em duas situações: 1 – "quando alega e comprova que a questão é complexa e exige certo conhecimento que escapa ao que lhe foi imputado, vindo

a manifestar-se inapto para exercer a autodefesa; 2 – em que essa facultatividade não seria bastante para não ter mais do que um simulacro de defesa".

O Ministro Carlos Brito proferiu seu voto argumentando que quando o art. 133 da CF discorre que o advogado é indispensável à administração da justiça, deixa claro que torna obrigatório a sua presença apenas na função jurisdicional. Segundo ele, "a tese contrária implicaria mais do que a ampla defesa, e sim uma amplíssima defesa, ou seja, uma defesa transbordante*"*.

Já o Ministro Marco Aurélio observou que o artigo 156 da Lei 8112/90 permite que o servidor atue direta ou indiretamente, mediante o credenciamento de outro servidor. O citado artigo não menciona expressamente que o procurador tem de ser necessariamente um advogado, basta que esse terceiro tenha habilidade suficiente para defender o servidor.

O Ministro Ricardo Lewandowski pontuou que a defesa técnica integra efetivamente o devido processo legal, no entanto torna-se facultativo ao acusado apresentá-la, basta que seja intimado. Salvo no processo penal em que está em jogo a liberdade do acusado, direito esse indisponível. Nesse mesmo sentido, foi o entendimento do Ministro Cezar Peluzo.

Por fim, a Ministra Ellen Gracie, em seu voto, afirmou que a Lei 8112/1990 prevê que na hipótese de revelia do acusado, a própria administração encarrega-se de providenciar um defensor dativo. Porem a lei dispõe que esse defensor dativo seja um servidor do mesmo nível do acusado, "garantindo assim, que essa defesa não seja 'pro forma', mas uma defesa qualificada*"*.

Tendo em vista os posicionamentos dos Ministros no Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Joaquim Barbosa sugeriu que fosse editado um enunciado sobre o assunto. Frente a concordância de todos os Ministros, foi aprovada a Súmula Vinculante n° 5, com os seguintes dizeres: "*A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*".

Assim, por tratar-se de súmula vinculante, todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, federal, estadual e municipal devem obediência. Caso um ato administrativo, ou a decisão judicial contrarie o citado enunciado, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

4 PONDERAÇÕES QUANTO À INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Apesar da edição da Súmula Vinculante nº 5, que pacificou e trouxe segurança jurídica sobre o assunto, ainda restam vozes que sustentam que o Supremo Tribunal Federal agiu de forma contrária à Constituição Federal por afrontar o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Com a edição do citado enunciado, tornou-se facultativo a presença do advogado no feito, isto é, o Poder Judiciário não pode mais declarar nula a portaria de exoneração e determinar a reintegração do servidor sob o argumento de que este teve seu direito de defesa cerceado em razão da ausência de advogado no processo disciplinar que culminou na aplicação de uma pena.

É uníssono entre a doutrina que o devido processo legal se aplica nos processos judiciais e administrativos, porém quanto à ampla defesa e contraditório, que são desdobramentos do devido processo legal, apenas são garantidos de forma absoluta no processo criminal, tendo em vista que o direito que ali está em jogo é a liberdade do cidadão, o qual é um direito indisponível. No processo criminal, o réu é citado para apresentar sua defesa, porém se não o faz em tempo hábil, o juiz obrigatoriamente comunica a Defensoria Pública ou a Ordem dos Advogados do Brasil para disponibilizar um advogado para apresentar a defesa técnica em prol do réu.

Diferentemente no processo cível, a parte é citada e não apresenta sua defesa em tempo hábil, o processo corre à revelia, salvo a editalícia. Nesse procedimento, a parte tem a faculdade de apresentar sua defesa.

É com base no procedimento cível que tem sido o entendimento daqueles que advogam da dispensabilidade do advogado no processo administrativo disciplinar. Ou seja, o servidor acusado é citado para apresentar sua defesa, cabe a ele apresentá-la de punho próprio, ou através de um advogado, ou ficar inerte; é um ato facultativo do servidor, pois não é a sua liberdade que está sob ameaça.

Todavia, a presença do advogado no processo administrativo disciplinar tem de ser analisada de acordo com as sanções aplicadas ao servidor público.

A lei 8112/90 em seu art. 127 e incisos elenca as penalidades disciplinares que podem ser aplicadas aos servidores públicos:

> Art. 127. São penalidades disciplinares:
> I - advertência;
> II - suspensão;
> III - demissão;
> IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
> V - destituição de cargo em comissão;
> VI - destituição de função comissionada.

Tem-se entendido que quando se tratar da pena de advertência, suspensão, não há necessidade da presença do advogado no processo administrativo. A advertência e suspensão são tratadas como penas leves, não trazendo grandes prejuízos ao servidor, e além de quando é aplicada uma dessas penas, a defesa para o servidor apresentar não se mostra complexa, tornando-se facultativo a defesa técnica.

Quanto às demais, principalmente a demissão e a cassação de aposentadoria já se tornam imprescindíveis a presença do advogado no processo disciplinar por serem consideradas penas graves. Quando a lei elenca que determinada ação ou omissão do servidor público pode ensejar na sua demissão ou cassação de aposentadoria, consequentemente a apuração da prática comissiva ou omissiva mediante o processo administrativo se mostrará complexa. Com isso faz-se necessário a presença do advogado, pois haverá atos processuais que apenas o profissional técnico habilitado, no caso o advogado, terá condições de apresentar uma defesa, requerer diligências que possam ao final do processo serem imprescindíveis para a inocência do acusado.

Esse é o entendimento de Eduardo Cambi:

> Por essas razões, é recomendável que nos processos disciplinares de servidores, que possam resultar em penas graves, a defesa técnica deve ser considerada uma exigência obrigatória. Assim, mesmo que o servidor esteja desacompanhado de advogado ou não compareça para se defender (revelia), cabe a Administração Pública a indicação de defensor dativo. A não nomeação do advogado dativo acarreta o cerceamento de defesa, devendo os atos praticados serem considerados nulos. (2003, p. 18)

E continua:

> Entretanto, exigir que em todos os processos administrativos fosse obrigatória a defesa técnica seria inviável, pois o Poder Público não tem condições de proporcionar a todos os servidores a defensoria dativa. (2003, p. 19).

O posicionamento do Professor Cambi é o que mais se coaduna com o ordenamento jurídico. Não se quer de forma alguma ir contra os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, apenas mostra-se que esse posicionamento ser o mais viável, pois a administração pública não teria condições estrutural e financeira em todos

os processos administrativos, seja para aqueles que sofrerão uma pena leve ou grave, nomear um defensor dativo para a defesa do acusado. Se for assim, a administração pública teria que contratar advogados apenas para defender os servidores públicos, o que vai contra o interesse público.

Nesse aspecto, se faz necessário o uso da ponderação, quando tratar-se de penas graves, se o defensor não apresentar por meio de advogado, deve a administração nomear um defensor dativo. Nas penas leves, fica facultativo ao servidor apresentar-se por meio de advogado, dispensando-se o ônus à administração pública em relação à nomeação de advogado para o acusado.

Critica-se a atuação do Supremo Tribunal Federal, que, sem ponderar as questões complexas que dificultam a defesa do acusado por si só e que resultam em sua demissão ou cassação de aposentadoria, rechaçou qualquer possibilidade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar.

A própria Ministra Carmen Lucia, ao proferir seu voto no processo que discutia sobre o assunto, pontuou que a presença do advogado apenas se torna indispensável "*quando alega e comprova que a questão é complexa e exige certo conhecimento que escapa ao que lhe foi imputado, vindo a manifestar-se inapto para exercer a autodefesa*".

Da maneira em que a súmula vinculante nº 5 do STF foi editada destoa totalmente dos princípios constitucionais, uma vez que rechaçou qualquer possibilidade da administração pública ver-se obrigada a nomear um advogado ao acusado quando verificar que a questão é complexa e que o servidor se mostra inapto para apresentar sua autodefesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, discutiu-se a presença do advogado nos processos administrativos disciplinares, frente aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

De início, verificou-se que o processo administrativo disciplinar tem por objetivo apurar infração funcional cometido pelo servidor público, que após apurar a ocorrência dessa infração, a administração pública aplica-lhe uma pena.

Para se aplicar a pena ao servidor público, a Administração Pública obrigatoriamente tem de observar os princípios constitucionais. Todo o processo

instaurado, seja no âmbito judicial, ou administrativo, faz-se necessária a observância do devido processo legal. Ao instaurar o processo administrativo disciplinar, este tem de estar de acordo com as normas constitucionais, isto é, garantir que o processo está embasado em uma lei pré-instituída à infração cometida pelo servidor, garantir todos os direitos de defesa, observar o prazo para o seu encerramento etc.

Para cumprir com exatidão o principio do devido processo leal, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 343, que pregava a imprescindibilidade da presença do advogado no Processo disciplinar para ser considerado válido.

Porém, ao se pronunciar sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal divergiu do entendimento do STJ e editou a Súmula Vinculante n° 5, com os seguintes dizeres: "falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição". A partir da edição da súmula vinculante nº 5, tornou-se facultativa a presença do advogado no processo administrativo disciplinar, isto é, não enseja nulidade a falta desse profissional da condução do processo.

Com a edição da súmula vinculante nº 5, o STF rechaçou qualquer possibilidade da presença do advogado no processo disciplinar, seja naqueles em que a aplicação da pena é grave ou leve.

Deve o Supremo Tribunal Federal agir com consenso, quando se verificar que a apuração do ato se mostra complexo e a pena grave, como a demissão do servidor ou cassação de aposentadoria etc., e o servidor se mostrar inapto para apresentar sua defesa, melhor será a presença de um advogado para acompanhar o processo disciplinar, sob pena do servidor não estar protegido com o princípio da ampla defesa. Assim, se o servidor não estiver acompanhado de advogado, cabe a própria Administração Pública nomear um defensor (advogado) para apresentar a defesa.

Quando se tratar de questões que não demandam complexidade e a pena se mostra leve, tais como a advertência ou suspensão, nestes casos o próprio servidor estará apto para apresentar sua defesa.

Com esse entendimento não se está havendo violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Na própria legislação brasileira há exceções em que a parte pode se defender sem advogado, como nos Juizados Especiais Cíveis, em que a causa é de menos complexidade, e na Justiça do Trabalho.

Por fim, no processo administrativo disciplinar a Administração Pública deve garantir o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, mas verificando-se

que não está em observância os princípios constitucionais, o servidor tem a garantia de se socorrer ao Poder Judiciário para correção de possíveis ilegalidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMBI, Eduardo; CAMBI, Eduardo Salomão. **Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na constituição federal de 1988**, Revista de Processo, n. 131.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2004.

FILHO CARVALHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2015

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

FORTINI, Cristina. **Processo Administrativo Disciplinar no Estado Democrático de Direito: o Devido Processo Legal Material, o Princípio da Eficiência e a Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal**. Revista Brasileira de Direito Públco RBDP, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 123-136, out./dez. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Mendes, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo : Saraiva, 2015.
MELLO, Rafael Munhoz de. **Processo administrativo, devido processo legal e a lei nº 9.784/99**. A & C : Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, v. 3, n. 11, jan. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28732>. Acesso em: 12 dez. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA, Egon Bochmann. **Processo administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

NERY JR., Nelson. **Contraditório e ampla defesa - separação dos poderes**, Soluções Práticas, n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOHARA, Patrícia Irene. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.

CAPÍTULO XVII

MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: A MUDANÇA DE PARADIGMAS COMO PRESSUPOSTO PARA A EFETIVIDADE E A REINSERÇÃO SOCIAL

Ellen Venturini VICENTIM[227]
Renan Cauê Miranda PUGLIESI[228]

RESUMO: O presente trabalho estuda as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, realizando-se sua análise crítica, com enfoque na medida de internação, e buscando avaliar em que medida essas medidas são e podem vir a ser efetivas em termos de reinserção social do adolescente. Dentro da problemática apresentada, busca-se entender a causa da ineficácia das medidas socioeducativas e como a mudança de certos paradigmas, não somente processuais, como do próprio senso comum que impera na sociedade, podem trazer novos contornos à situação do adolescente que cometeu ato infracional e se encontra desamparado por um sistema excludente, que não demonstra preocupação com sua situação. Objetiva-se, também, demonstrar sob quais parâmetros as medidas socioeducativas devem ser aplicadas, que são, por sinal, totalmente opostos aos paradigmas que se apresentam calcificados nas bases da estrutura social brasileira, evidenciando-se que a solução está longe de ser a segregação do adolescente, através da medida de internação. Para isso, torna-se fundamental demonstrar quais paradigmas precisam ser quebrados, trazendo à baila conceitos mais inclusivos e respeitosos aos direitos fundamentais do adolescente. Para atingir tal finalidade, o trabalho está delimitado seguindo o método dedutivo, além das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Ato infracional. Medidas socioeducativas. Internação. Ineficácia. Quebra de paradigmas. Reinserção social.

INTRODUÇÃO

[227] Graduanda em Direito pelo Centro de Ciência Sociais aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná –UENP.
[228]Graduado em Direito pelo Centro de Ciência Sociais aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná –UENP; Conciliador da Justiça Federal, Subseção de Jacarezinho/PR; membro do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais - GP CERTOS - registrado no CNPq.

O estudo ora proposto enfocou as medidas socioeducativas e sua ineficácia, delimitando-se o objeto de pesquisa dentro da estrutura brasileira, mais especificamente no microssistema que trata dos direitos da criança e do adolescente, tendo como expoentes normativos, essencialmente, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

A justificativa e a relevância social de se abordar este objeto de estudo estão relacionadas ao fato de que as medidas socioeducativas têm se mostrado ineficazes em seus propósitos de correção, formação do cidadão e reinserção social, o que se pode notar pela notícia que diariamente são transmitidas, em que os adolescentes são utilizados por redes de crimes como "meios" para o cometimento de crimes, ou se encontram em situação de exclusão social, vislumbrando, meio de sobrevivência, o mundo do crime.

Desta forma, a problematização central levantada reside no seguinte questionamento: as medidas socioeducativas são intrinsicamente incapazes de concretizar seus ideais de reinserção social, ou a falta de compreensão acerca das mesmas e os paradigmas deturpados que imperam na sociedade brasileira convergem para ocasionar sua ineficácia?

Nesta linha de raciocínio, o objetivo posto em foco buscou apontar como a sistemática presente no ECA é moderna e apta a ser eficaz, recaindo suas críticas na forma de aplicação. Assim, o maior desafio para que as medidas socioeducativas atinjam seus objetivos está no pensamento social repleto de estigmas e pensamentos que evidenciam despreocupação e inclinação à exclusão daqueles adolescentes que cometem atos infracionais, sendo preciso superar esses paradigmas e caminhar para novas perspectivas, dando-se o primeiro passo em direção à reinserção social.

Para que fosse possível compreender a problemática levantada tornou-se vital a delimitar o estudo ao contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, explicando-se, inicialmente, acerca do adolescente e do cometimento de ato infracional, das medidas socioeducativas aplicáveis, previstas no ECA, e as críticas que as mesas recebem. Em um segundo momento, deu-se enfoque à medida de internação, suas características, requisitos de aplicação e o necessário recurso da mesma como *ultima ratio*. Por fim, apresentou-se a análise crítica aos paradigmas que se fazem presentes na sociedade brasileira, bem como a necessidade de superação dos mesmos, a fim de que as medidas socioeducativas possam atingir maior efetividade em seus ideais de inclusão social.

Como forma de solucionar o questionamento acima levantado, foi utilizado, como método principal de abordagem, o método dedutivo, tendo-se em vista a realização, inicialmente, de estudo mais amplo acerca das medidas socioeducativas, delimitando seus conceitos e características, para posteriormente, em análise mais profunda, compreender sua aplicação na realidade e o aspecto de efetividade a elas concernentes.

Como técnicas de pesquisa, foram utilizadas, a fim de coletar e analisar materiais pesquisados, as seguintes técnicas: a pesquisa indireta documental (Constituição Federal de 1988, Convenção sobre Direitos das Crianças de 1990 e Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90) e a pesquisa indireta bibliográfica.

1 ATO INFRACIONAL E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Primeiramente, para que se posse compreender acerca das medidas socioeducativas, realizando-se um estudo crítico das mesmas, a fim de verificar em que medida é e podem ser eficazmente aplicadas, é preciso compreender conceitos e elementos básicos acerca de ato infracional e medidas socioeducativas.

1.1 ASPECTOS INICIAIS

Conforme o art. 1º da Convenção sobre Direitos das Crianças, de 1990, "criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo".

Os elaboradores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), contudo, entenderam por bem diferenciar certas situações, estabelecendo os seguintes parâmetros: até 12 anos incompletos, considera-se criança; de 12 a 17 anos, considera-se adolescente (art. 2º). É quanto ao segundo que o presente estudo se dará.

Mister ressaltar, de início, que os adolescentes não cometem crime, mas sim ato infracional. Essa é a letra do art. 103 do ECA, que menciona: "Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal". Ou ainda, na definição da doutrina:

> [...] toda conduta praticada por criança ou adolescente que se amolde à figura típica de um crime previsto no Código Penal ou em leis extravagantes, ou a uma contravenção penal, configura-se como ato infracional (BANDEIRA, 2006, p. 26-27).

Além disso, insta salientar que essa terminologia própria, definindo as condutas realizadas por adolescentes como atos infracionais, não se trata de mero eufemismo, mas de norma especial do Direito da Criança e do Adolescente, que busca destacar a natureza extrapenal da matéria, bem como o caráter especial do atendimento prestado ao adolescente em conflito com a lei (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2013, p. 155). Nesse sentido:

> O *nomem juris* "ato infracional" não pode ser considerado por alguns – que não conseguem vislumbrar o adolescente como um sujeito de direito em formação – como eufemismo em relação ao crime, pois se ontológica e objetivamente as condutas são semelhantes, subjetivamente há uma diferença abismal, porquanto o adolescente, biologicamente, não possui o discernimento ético para entender o caráter criminoso do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento, ou seja, não tem a imputabilidade necessária para "*cometer crimes"*, mas sim atos infracionais que reclamem a aplicação de medidas socioeducativas que, pedagogicamente, sejam capazes de evitar que, após a maioridade penal, se torne um *"delinqüente"* (BANDEIRA, 2006, p. 30, grifo do autor).

Afora isso, importante tal diferenciação uma vez que o crime se liga à ideia de punição, de cumprimento de pena, havendo corrente doutrinária – saliente-se, minoritária - que defende a integração da punibilidade como elemento do conceito analítico de crime, ao lado da tipicidade, ilicitude e culpabilidade. dentre eles, Mezger e, no Brasil, Basileu Garcia (GRECO, 2014, p. 150).

Avançando-se com a discussão, a culpabilidade, segundo majoritária doutrina, é composta por três elementos normativos: a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (GRECO, 2014, p. 392). O Código Penal erigiu duas hipóteses que conduzem à inimputabilidade, quais sejam, a doença mental, prevista no art. 26, e a imaturidade natural, prevista no art. 27, recaindo a presente análise sobre esta última.

A inimputabilidade por imaturidade natural se dá em virtude de uma presunção legal, por motivos de política criminal. De fato, o legislador entendeu que os menores de 18 anos não gozam de plena capacidade de entendimento, de forma que permita imputar-lhe a prática de um fato típico e ilícito. Assim, adotou-se um critério puramente biológico, sem prescindir de qualquer análise psicológica do menor, ou seja, se este é capaz ou não de entender o caráter ilícito do fato, ou determinar-se de acordo com esse entendimento (GRECO, 2014, p. 395-396).

Convém destacar os ensinamentos da doutrina, ao mencionar que:

> Ontologicamente, pode-se afirmar que a noção de delito, contravenção e ato infracional está vinculada à eleição feita pelo legislador dos bens jurídicos relevantes para a convivência e realização do ser humano na vida social, cuja violação justificaria a legitimação estatal, no sentido de aplicar uma pena, medida de segurança, ou uma medida socioeducativa, caso se trate, respectivamente, de crime/ contravenção atribuídos aos maiores de 18 anos, ou ato infracional praticado por adolescentes. [...] a distinção é apenas subjetiva, ou seja, se a figura típica e antijurídica prevista, abstratamente, como crime ou contravenção estiver sendo praticada por um imputável penalmente, ele estará cometendo um crime ou contravenção e poderá sofrer uma pena, enquanto se esse mesmo ato estiver sendo cometido por um adolescente configurar-se-á ato infracional e estará ele sujeito à imposição de uma medida socioeducativa e/ou protetiva - ECA, Arts. 101 e 112 (BANDEIRA, 2006, p. 28-29).

Embora a ação praticada seja considerada delituosa, ou seja, típica e ilícita, esse ato não pode ser imputado ao adolescente à título de crime em razão da condição subjetiva relativa ao critério da idade.

Assim, o adolescente comete apenas ato infracional, o que poderá ocasionar a aplicação não de uma pena, mas da medida socioeducativa adequada. Essas constituem "medidas jurídicas de conteúdo pedagógico, porém, também de caráter sancionador, cuja eleição deve atender a três elementos: capacidade do adolescente para cumprir a medida, circunstâncias e gravidade da infração" (ROSSATO, 2014, p. 354). Isso quer dizer que, embora a finalidade primeira das medidas socioeducativas seja ressocializar o adolescente infrator através da educação, buscando garantir seu desenvolvimento regular, de forma a adequar sua conduta aos padrões sociais aceitos, a "punição", natural em todas as relações jurídicas oriundas de violações de direitos, consiste numa de suas facetas.

De fato, é preciso não olvidar que o processo educacional envolve as sanções como partes integrantes da atividade corretiva (NUCCI, 2014, p. 395). No entanto, para atingir seu propósito e ser efetiva, a medida socioeducativa a ser aplicada deve levar em conta as características do adolescente, sua capacidade para cumprir o imposto, o ambiente social, familiar e escolar em que vive, a condição financeira, além das características do ato infracional cometido, principalmente no tocante à gravidade.

No teor dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 395), o que se defende, "lastreado no superior interesse da criança ou adolescente, é a justa sanção, caracterizada pela moderação, pela brandura, pelo equilíbrio e, mais importante, sem qualquer ranço de *vindita* [vingança]".

Diante disso, é preciso realizar um estudo crítico acerca das medidas socioeducativas, conhece-las em seus conceitos e formas de aplicação, de acordo com os parâmetros previstos no ECA e pautando-se, também, nos ensinamentos da doutrina, a fim de compreende-las e, posteriormente, estuda-las em termos de efetividade.

1.2 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM ESPÉCIE

As medidas socioeducativas em espécie estão enumeradas no artigo 112 do ECA, sendo individualmente tratadas entre os artigos 115 e 124. São elas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional.

A doutrina ensina que "cada uma das medidas [...] possui uma abrangência pedagógica, caracterizada pela utilização de diferenciados recursos destinada a suprir o déficit apurado, cumprindo a meta desejada" (ROSSATO, 2014, p. 354).

Ora, as medidas socioeducativas, como anteriormente dito, devem ser adequadas a cada ato infracional e a cada adolescente, tendo-se em vista que cada qual apresenta um "setor" defasado em sua formação, sendo preciso aprimorá-lo de maneira específica. Assim, cada medida deve se utilizar do método adequado e de todos os recursos disponíveis a fim de que atinja tal objetivo.

A primeira das medidas a ser estudada é a advertência. Esta é tida como a mais branda dentre elas, devendo ser aplicada a atos infracionais menos lesivos, envolvendo a violação de bens jurídicos de menor importância, ou àqueles adolescentes que cometeram seu primeiro ato infracional. Advertir deve significar, no contexto da reeducação, um conselho, uma orientação, e não apenas recriminação, pois quem está em fase de formação ainda precisa de alguém que mostre o certo e o errado e alerte sobre as consequências de seus atos (NUCCI, 2014, p. 390-391). A advertência visa, em última instância, lembrar ao infrator o conceito de autoridade, bem como alertar de sua existência.

Ao aplicar essa medida, o magistrado entende que a conduta restou isolada e que o adolescente possui estrutura social, familiar e educacional suficientes para compreender o erro de sua conduta e as consequências dela decorrentes. Desta forma, basta uma orientação para que o jovem não volte a transgredir a norma penal.

Contudo, conforme alerta Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 391), é possível perceber que a medida só atinge seu objetivo quando realizada de imediato, pelo próprio juiz, em audiência na qual deverá formular a advertência pertinente ao caso concreto e incentivar o adolescente a firmar compromisso de não tornar a cometer infrações. Não se pode considerar como bem executada quando a função é delegada aos funcionários da Vara, pois estes não impõem a mesma autoridade, nem empregam a importância necessária ao aconselhamento.

A segunda medida socioeducativa é a obrigação de reparar o dano. O ECA, em seu artigo 116, é bastante elucidativo quanto a essa medida, ao dispor em seu *caput* que:

> Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

No âmbito criminal, qualquer condenação tem por finalidade a reparação do dano causado pelo agente, o que justifica dizer não ser ela pena autônoma. Diferentemente, na justiça juvenil, a obrigação de reparar o dano é uma medida perfeitamente aplicável isoladamente sempre que houver danos patrimoniais. Com ela, pretende-se demonstrar ao infrator a importância que há no esforço empregado para consertar os erros, além do respeito aos direitos e bens alheios (NUCCI, 2014, p. 392).

A crítica que se faz a essa medida consiste no argumento de que sua função socioeducativa só obtém êxito quando o adolescente cumpre diretamente a reparação do dano imposta pelo juiz. Afinal, "essa medida tem caráter personalíssimo e intransferível, devendo o adolescente ser o responsável exclusivo pela reparação do dano" (LIBERATI *apud* NUCCI, 2014, p. 404).

Muitas vezes, por não ter renda própria, os pais do jovem pagam pelo dano causado, liquidando o prejuízo material, algo que não auxilia o trabalho de correção do adolescente. Nesses casos, o mais correto para assegurar a efetividade da medida seria substituí-la.

Aliás, nos termos do parágrafo único do artigo em comento, "havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada". Assim, diante da dificuldade em reparar o dano, não somente "poderá", como "deverá" ser substituída. Não se pode considerar como faculdade do magistrado, mas como direito subjetivo do adolescente, tendo em vista a total impossibilidade em cumprir a medida reparatória.

A medida de prestação de serviços à comunidade, terceira a ser estudada, está contida no art. 117 do ECA, que assim dispõe:

> A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais. Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Como se vê, consiste em alternativa à medida de obrigação de reparar o dano, quando esta não se afigura a melhor opção, buscando, também, evitar um grande número de internações. A prestação de serviços à comunidade é uma reparação ético-social ao mal praticado em decorrência do ato infracional (NUCCI, 2014, p. 393), visando incutir no adolescente a ideia de trabalho honesto.

O artigo demonstra que o trabalho a ser realizado trará o adolescente para o convívio social, em tarefas e trabalhos construtivos e que são de grande relevância para a sociedade, sempre em dias e horários que não atrapalhem outras responsabilidades que eventualmente possua, como escola, por exemplo. Só o fato, em si, de passar a frequentar ambiente diferente daquele que está acostumado, em seu dia a dia, traz novas perspectivas para uma vida em sociedade, de acordo com suas regras.

Além disso, o contato mais próximo com escola, professores e outros profissionais, podem trazer parâmetros que até então não se faziam presentes na vida desses jovens, e que fazem falta quando são obrigados a fazer escolhas.

Contudo, há uma grande crítica quanto a sua aplicação: o fato de carecer da voluntariedade do adolescente para ser aplicada, eis que a Constituição Federal e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, proíbem o trabalho forçado do menor, o que acaba por restringir, de certa forma, a aplicação da medida (NUCCI, 2014, p. 406).

Como última medida não restritiva de liberdade, há a liberdade assistida, a qual, segundo Rossato (2014, p. 360) "é a medida socioeducativa por excelência. Por meio dela, o adolescente permanece junto à sua família e convivendo com a comunidade, ao mesmo tempo em que estará sujeito a acompanhamento, auxílio e orientação". Consiste em realizar o monitoramento do adolescente, em todos os âmbitos de sua vida, bem como da sua família, durante certo período de tempo, o que permitirá uma compreensão da realidade desse jovem e suas características pessoais, pretendendo, dessa forma,

identificar os problemas presentes em cada caso e prestar assistência e orientação adequadas.

A liberdade assistida consiste na medida que reflete mais claramente o objetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente: a promoção social. Através da orientação profissional personalizada, apresenta-se ao jovem vários outros rumos para sua vida, que até então eram desconhecidos. Assim:

> Eis a razão pela qual o orientador deve promover o adolescente e também sua família *socialmente*, visando a dar-lhe condições de se manter e, com isso, viver honestamente, sem tornar a cometer ato infracional. A bem da verdade, vários desses atos são conectados a motivos financeiros, consistindo em lesões patrimoniais ou tráfico de drogas (NUCCI, 2014, p. 409).

Na maioria dos casos, o jovem cresce num ambiente delinquencial, onde não vislumbra a alternativa de trabalho honesto, ou não vê a própria família e a sociedade valorizarem suas tentativas de conquistar uma melhor condição, algo que o leva a optar por meios escusos para atingir tal finalidade. Desta feita, enquanto a medida é cumprida, por meio do acompanhamento, os técnicos buscam orientar e retirar os adolescentes e suas respectivas famílias do meio criminoso, incentivando a profissionalização e a educação, incluindo-os, caso julguem necessário, em programas assistenciais.

Porém, apesar de traduzir o propósito geral do estatuto, a medida de liberdade assistida é a mais afetada pela falta de estrutura do sistema, pois, segundo Jesus (ANO), citado por Nucci (2014, p. 393), "levantamento feito em São Paulo no ano 2000 apontou a relação de um orientador para cada cem jovens cumprindo a medida, quando a média ideal seria de um profissional para trinta adolescentes".

O artigo 120 do ECA trata da medida de semiliberdade, que, nas palavras de Nucci (2014, p. 394), "é uma das duas medidas socioeducativas restritivas da liberdade do adolescente, obrigando-o a se recolher, no período noturno, em unidade de atendimento específica, enquanto estuda e/ou trabalha durante o dia.". Ou seja, ela guarda estreita semelhança com o regime aberto do Código Penal, pois restringe parte do direito de ir e vir do adolescente, retirando-o do convívio familiar.

"Os programas de semiliberdade devem, obrigatoriamente, manter uma ampla relação com os serviços e programas sociais e/ou formativos no âmbito externo à unidade de moradia.". (VOLPI *apud* NUCCI, 2014, p. 394). O adolescente, no decurso da referida medida, tem parte de sua liberdade restrita, logo, realiza suas atividades cotidianas

durante o dia e permanece recolhido no período da noite, devendo obrigatoriamente estudar e profissionalizar-se, eis que esse é o objetivo da medida.

Como se trata de medida restritiva de liberdade deve ser excepcional, devendo ser adotada quando as outras medidas não mais se fizerem suficientes e quando a internação aparentar ser demasiadamente rigorosa.

Por fim, o Estatuto traz a medida socioeducativa de internação, a mais rígida e a mais aclamada pela população, que anseia ver a diminuição da violência juvenil, conforme se verá em separado.

1.3 A INTERNAÇÃO

É preciso ressaltar, inicialmente, que as críticas feitas às outras medidas não têm o condão de transformar a medida de internação em regra, ou preferível às outras. Ao contrário, toda restrição de liberdade deve ser encarada com a mais imperiosa cautela, tidas por exceções. Afinal, nada é tão atentatório ao ser humano quanto a privação de sua liberdade.

Imperioso relembrar que cada membro da sociedade abriu mão de parcela dessa liberdade em proveito da organização social, para que a mesma pudesse resistir aos interesses egoístas e ideais autoritários, outorgando poder ao Estado para que aplicasse sanções privativas de liberdade àqueles que não se adequassem, legalmente, à vida em sociedade. Diante disso, nota-se que a privação de liberdade – ou, no caso do adolescente, a internação - é necessária em certos casos, ainda que excepcionais.

Aliás, da mesma forma que as outras medidas socioeducativas, a finalidade primeira da internação é a reeducação do adolescente, e a punição, sua consequência. Luciano Alves Rossato (2014, p. 380) alega que "o adolescente, ao submeter-se ao cumprimento de medida socioeducativa de internação, estará inserido em um projeto pedagógico, que tem por finalidade buscar sua ressocialização e evitar sua reincidência".

Essa medida é aplicada aos atos infracionais mais graves, quando envolverem: grave violência à pessoa; cometimento reiterado de atos infracionais; ou descumprimento reiterado de medidas socioeducativas, conforme preceitua o artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A doutrina afirma que, em face do princípio da legalidade, somente nas estritas situações deste artigo pode-se internar o adolescente em decorrência do ato infracional

(NUCCI, 2014, p. 419), justamente por envolver a privação de um dos direitos mais fundamentais à vida humana, a dizer, a liberdade.

Primeiramente, note-se que é preciso socorrer-se ao direito penal a fim de verificar quais infrações são cometidas com grave ameaça à pessoa, uma vez que o ato infracional, como antes mencionado, parte da ideia de delito, havendo diferenciação, contudo, no teor subjetivo. Assim, o adolescente pratica o mesmo tipo penal que o adulto, mas a infração cometida, em razão de sua condição especial, é diferenciada.

Contudo, há novo distanciamento entre crime e ato infracional quando se trata da reiteração de atos delituosos, pois não se pode falar em reincidência no âmbito infracional, uma vez que essa terminologia é puramente criminal. Fala-se, portanto, em reiteração. "*Reiterar* é, singelamente, *repetir*. E, para repetir, basta uma vez, após já ter sido cometida a primeira" (NUCCI, 2014, p. 423, grifo do autor).

Com isso, pode-se inferir que não há a necessidade de comprovar, nos autos do respectivo procedimento, a existência de aplicação de medida socioeducativa anterior com sentença transitada em julgado. Basta ter o conhecimento de que o menor já praticara, anteriormente, um ato infracional, tendo o julgamento acerca deste chegado ao seu final irrecorrível.

É passível de destaque que, embora a lei permita tal inferência acerca do requisito da reiteração, a aplicação da medida de internação nesse sentido não se mostra como a melhor opção, diante das dificuldades estruturais encontradas no Brasil e, principalmente, dos interesses do adolescente que estão incutidos na Constituição Federal e no microssistema do ECA.

Por se tratar de medida extrema, restritiva de liberdade, a internação deve ser regida pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e do respeito à condição de pessoa em desenvolvimento, como se lê no artigo 121 do ECA.

Por brevidade entende-se que a medida não pode ter longa duração, pois as chances de uma efetiva ressocialização diminuem conforme o tempo se esvai. Nessa direção, Eduardo Cortez de Freitas Gouvêa (s.d., s.p.), amparado pelo texto de lei, ensina que:

> A internação é por prazo indeterminado, não superior a três anos, com reavaliações periódicas que poderão ser de mensais e semestrais. Internações por períodos muito longos, segundo opiniões de psicólogos, tendem a ser prejudiciais a reeducação dos adolescentes.

Com ainda mais razão que no trato da medida de semiliberdade, a internação deve ser a *ultima ratio* (última alternativa) na tentativa de ressocializar o adolescente, utilizando-se primeiro das outras medidas, se viável, uma vez que a vida em "estado de reclusão", limitada em sua liberdade, opera transformações na personalidade da pessoa, altera seus hábitos e influencia seus pensamentos.

Assim como acontece no interior do cárcere, não é difícil imaginar que haja um "outro mundo" dentro dos estabelecimentos de internação. Alguns adolescentes, até por obediência aos critérios da lei, lá estão por terem cometido infrações graves e são resultados de uma vida penosa, distante de um ambiente sadio e de uma família que constituísse verdadeiro suporte para seu desenvolvimento. De fato, alguns deles passaram sua infância em um emaranhado de pessoas envolvidas com os mais diversos crimes, ou, ainda, participando do cometimento de infrações em meio aos adultos.

Portanto, dentro do estabelecimento para menores, o adolescente tentará estabelecer seu próprio ciclo criminoso, impondo as próprias regras, constituindo um ambiente peculiar e distante da realidade vivida pela sociedade. Ainda, haverá aqueles que manterão relações com os adultos aos quais estavam associados antes de serem internados e que tentarão recrutar novos integrantes para as redes de crimes as quais pertencem.

A realidade se mostra mais cruel e distante do idealizado pelo legislador que elaborou o ECA do que se pode vislumbrar. Daí a necessidade de a internação ser excepcional, não se aceitando que um adolescente que tenha cometido um ato infracional leve, sem qualquer reiteração, seja internado. Ademais, mesmo que haja reiteração, é preciso que haja extrema cautela na análise das circunstâncias para que se imponha medida tão gravosa como a internação.

O último princípio regulador da referida medida é o respeito à condição de pessoa em desenvolvimento. O adolescente que se coloca em conflito com a lei pelo cometimento do ato infracional é, na maioria das vezes, fruto dos erros dos pais ou responsáveis, e de toda a sociedade (NUCCI, 2014, p. 413). Por isso, merece ajuda e orientação, fazendo-se imprescindível destacar o artigo 227 da Constituição Federal, que atribui a todos o dever de, conjuntamente, zelar pelas crianças e adolescentes.

Não é questão de torná-lo vítima e isentá-lo de responsabilidade, mas sim compreender a situação em que se encontra e considera-la quando da aplicação da medida socioeducativa, ponderando qual se apresenta como mais adequada ao caso concreto. Não

se pode ignorar sua condição de pessoa em fase de aprendizado e formação, notoriamente mais influenciável e sujeita a erros.

Ainda que se diga que muitos adolescentes amadurecem mais cedo, e que talvez tenham maior capacidade de compreensão que muitos adultos, é preciso analisar caso a caso, não impondo parâmetros próximos aos ideais àqueles que vivenciam situações de fome, miséria e crimes a cada dia, sem qualquer perspectiva de uma realidade diferente.

Após essa reflexão quanto às medidas socioeducativas, inseridas em nosso ordenamento jurídico pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, e diante de todos os acontecimentos cotidianamente exibidos pela mídia, nos quais os jovens atuam no meio criminoso com grande naturalidade e violência, é imperioso refletir acerca da eficácia – ou ineficácia - no tratamento dos atos infracionais.

Assim, é preciso questionar: as medidas relacionadas no Estatuto da Criança e do Adolescente tornaram-se incapazes de realizar sua finalidade, qual seja, a educação e ressocialização do adolescente, ou o obstáculo para a diminuição do número de atos infracionais, e da violência advinda deles, é a aplicação imprópria dos recursos e métodos existentes para esse fim?

2 MUDANÇA DE MENTALIDADE: UMA CAMINHO PARA A EFICÁCIA E INCLUSÃO SOCIAL

Buscando responder essa pergunta, deve-se analisar a essência do que se dá em relação ao ato infracional e aos seus autores.

É preciso frisar, novamente, que se está a falar de adolescentes entre 12 e 18 anos incompletos, pessoas em formação no que diz respeito a personalidade e objetivos de vida, que iniciam os primeiros passos para a vida adulta, repleta de responsabilidades e anseios profissionais, em uma sociedade exigente que cobra e pune, que está sempre pronta a avaliar e julgar o próximo, e que muitas vezes não dá segundas chances. É nesse cenário que o adolescente deve se adaptar e se adequar.

Quando o adolescente não se adéqua, por vezes, é estigmatizado, tratado como algo falho e impassível de conserto, alguém que teve a chance de fazer o certo – ainda que efetivamente não tenha tido, ao menos, plenamente - e que a desperdiçou infringindo a lei.

Tratando do instituto da remissão, que, em termos simples, nada mais seria que um perdão, Bandeira (2006, p. 63-64) informa que:

> Na verdade, a remissão pode vir cumulada com a medida socioeducativa de advertência, reparação de danos, liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, ou qualquer das medidas protetivas, elencadas no Art. 101 do ECA, nos termos preconizados pelo § 1º do Art. 181 do ECA. É importante que o juiz se valha dos subsídios psicossociais fornecidos por equipe Inter profissional – Art. 150 do ECA – no sentido de que, conhecendo a história e a família do jovem, estudando o caso, possa, juntamente com os demais atores, encontrar a medida adequada a ser aplicada ao adolescente.

E, posteriormente, conclui:

> Vale ressaltar que se está diante de uma justiça consensualizada, na qual se procura uma medida de caráter preponderantemente pedagógico, que seja capaz de fazer o jovem conhecer os seus limites e se afastar do mundo do crime. Nesse diapasão, é importantíssimo que haja uma sintonia entre o Ministério Público e o Juiz da Vara da Infância e Juventude, principalmente no que tange ao fato de vislumbrar o adolescente como sujeito de direitos e sabendo que punir por punir não atende aos imperativos transcendentais das medidas socioeducativas, principalmente quando a autoridade judiciária abusa na aplicação de medida de internamento, seja por não guardar a devida proporcionalidade com o ato praticado, seja porque, apesar da tipificação formal do ato, existem medidas alternativas mais adequadas para o mencionado caso, notadamente quando se sabe que o internamento é a última *ratio,* só devendo ser aplicado em casos excepcionais e com a observância do princípio da brevidade.

Muito embora o autor supracitado esteja se referindo a aplicação da remissão, se faz importante extrair a referência feita à forma de seleção da melhor medida socioeducativa a ser aplicada no caso concreto. Essa escolha não deve ser leviana, baseada em critérios puramente legais ou com base na análise superficial dos autos, mas de acordo com o caso particular e tendo-se em vista a personalidade da criança e tudo o que a cerca, utilizando-se, preferencialmente, de base científica encontrada em estudos psicossociais fornecidos por equipe multidisciplinar qualificada para tanto.

É preciso não ignorar as reais condições do adolescente que comete ato infracional. Assim como o juiz deve tentar mensurar a culpabilidade de um autor do crime, quando da aplicação de sua respectiva pena, levando-se em consideração o ambiente que o cerca e suas condições financeiras, de estudos e sua percepção diante da conduta criminosa, quanto aos adolescentes, o magistrado deve levar em consideração os mesmos elementos, bem como valorar o comportamento do jovem frente à sociedade, à sua comunidade e à sua família.

É a partir dessa análise, realizada conjuntamente com outros personagens que integram o processo, como o membro do Ministério Público e o psicólogo ou assistente social, que o magistrado deve avaliar se só a remissão é cabível, ou se outras medidas se fazem necessárias, relegando-se, assim, o aspecto da punição ao segundo plano e considerando o adolescente como um sujeito de direitos que precisa ser ajudado, que carece de auxílio para melhor desfrutar de seus próprios direitos.

E tudo isso partiria de uma ideia de consenso, em que o adolescente participaria da aplicação da própria responsabilização, se comprometendo a cumprir o convencionado. Apenas a inclusão do menor no processo em que está sendo acusado do cometimento de uma infração, por si só, já o torna mais digno. Não só passará a conhecer dos danos que cometeu e do sofrimento que causou, como também poderá explorar sua culpa, permanecendo sempre próximo ao ocorrido e não apenas como mero expectador.

Através do consenso, o processo pode atingir o mesmo fim, ou seja, a aplicação da medida socioeducativa, só que ainda mais rápido, pois dispensará a oitiva de testemunhas e demais procedimentos que retardam o deslinde do procedimento, além de possibilitar a formulação de um parecer técnico por uma equipe multidisciplinar (BANDEIRA, 2006, p. 74).

Tratando-se de quebra de paradigmas, a exclusão do adolescente que normalmente se dá nos procedimentos de apuração de ato infracional, impedindo que o mesmo participe ativamente, é a primeira barreira a ser quebrada. A adolescente não pode ficar alheio ao processo que o julga e que eventualmente poderá tolher seu direito de liberdade.

Ademais, esse distanciamento em nada contribui para que o adolescente compreenda as consequências de seus atos, assuma responsabilidade por eles e consiga, finalmente, sua reinserção e inclusão social.

De fato, a doutrina acredita que o momento é propício para mudanças, para que as velhas formas de composição de conflitos sejam vagarosa e cautelosamente abandonadas. É o que se destaca:

> Esse é o ponto de partida para mudança de mentalidade e de posicionamento, abandonando, parcialmente, o velho sistema clássico, caracterizado pela lentidão dos procedimentos, repressão, oneração, inflexibilidade e, o que é mais grave, ineficiente para responder, adequadamente, aos conflitos que lhe são submetidos, e abraçar uma nova postura consentânea com a personalidade em desenvolvimento do adolescente, qualificada pelo consenso construído pelo juiz, promotor, adolescente e seu defensor, seus pais ou responsável,

> equipe interprofissional, em busca de uma resposta – medida socioeducativa – que seja adequada e suficiente para que o adolescente reflita sobre o ato que cometeu e possa, com a ajuda dos operadores sociais, introjetar valores que o credenciem a se distanciar do mundo das drogas e dos atos infracionais, caminhando seguro em direção à cidadania (BANDEIRA, 2006, p. 74-75).

Essa constitui mais uma das facetas que tentam se desvincular dos velhos – e, talvez, ultrapassados – métodos de resolução de conflitos, que minimizam, e até mesmo excluem, a participação da vítima e do agressor, que isola os participantes do ocorrido, que não se presta a ouvir e oferecer qualquer tipo de assistência; um processo na mais real representação da "letra fria da lei".

Pensar na resolução a partir do consenso simplifica, acelera e torna mais palpável a tão almejada ressocialização. De fato:

> [...] boa parte dos operadores do Direito, muitas vezes, em face da sobrecarga de trabalho verificado em suas Varas, ainda não se deu conta da profundidade de seu conteúdo e da sua importância para a resolução dos conflitos, envolvendo adolescentes a quem se atribui a prática de atos infracionais. Destarte, urge que se quebrem paradigmas e isso implica, necessariamente, mergulhar em si mesmo, para mudar de atitude e enxergar além do modelo clássico de **jurisdição – dizer o direito**, um outro modelo, cuja base é o consenso, como verdadeiro instrumento de resolução dos conflitos, envolvendo adolescentes a quem se atribui a prática de atos infracionais. Pode-se afirmar que esse modelo, o qual José Luiz Bolzan Moraes denomina de jurisconstrução, pode ser aplicado em 95% dos casos ocorridos na Vara da Infância e Juventude e representa uma das tendências do Direito Contemporâneo, a exemplo do que já ocorre no Direito americano (com a *Alternative Dispute resolution)*, na França, entre outros países (BANDEIRA, 2006, p. 73-74, grifo do autor).

Os paradigmas precisam ser quebrados, mas não exclusivamente daqueles que trabalham no processo de apuração do ato infracional. Em conjunto com eles, a própria sociedade precisa romper as barreiras de certos preconceitos para que se tenha efetividade em relação às medidas e sua função ressocializadora.

Embora esse seja o senso comum, um adolescente que comete ato infracional não será, necessariamente, um adulto que comete crimes em série; da mesma forma que este adolescente, ao cometer ato infracional, não precisa, necessariamente, ser submetido à medida de internação – e, muito menos, à privação de liberdade num cárcere para adultos. Esse senso comum consiste, portanto, no segundo paradigma a ser superado.

O ECA, em seu artigo 118, expõe que "a Liberdade Assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e

orientar o adolescente"; e, o artigo 122, § 2º, aponta que "em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada". Resta evidente, portanto, que os textos legais não apenas insinuam, mas impõem que a medida adequada aplicada não deve levar em consideração somente a gravidade do delito, mas também e, sobretudo, as necessidades do adolescente, seu perfil e suas chances de construir um novo projeto de vida (BANDEIRA, 2006, p. 10), não sendo aplicada uma mais gravosa se outra mais branda puder ser utilizada.

Assim, o caso concreto deve ser analisado antes que uma medida de privação de liberdade seja imposta, ou os danos podem ser amplos e irreparáveis, tornando o adolescente vítima e refém do sistema em que foi inserido. Uma vez dentro de uma estrutura deturpado, o adolescente passível de recuperação pode vir a se tornar mais um em meio àqueles que não conseguem se libertar das imposições que as situações de desvantagem lhes proporcionaram.

É preciso considerar, em verdade, que:

> [...] a sua atitude agressiva e violadora de um bem jurídico relevante traduz desvio de conduta, que atrai a necessidade de o adolescente receber orientação psicopedagógica, no sentido de despertar os valores da promoção social indispensáveis para sua reinserção pacífica e útil no meio social (BANDEIRA, 2006, p. 30).

Assim, não há que se hostilizar um adolescente que comete ato infracional, mas analisar, primeiramente, as condições em que isso se deu, as razões de seus atos e a viabilidade para a atuação de amparo e não, pura e simplesmente, de repressão.

É de se esperar, infelizmente, que nem todos consigam ver dessa forma. Por vezes, o medo que paira sobre os membros da sociedade, suas inseguranças e emoções, e mesmo o sentimento de vingança, podem alimentar as mais variadas formas de preconceito e martirizar, ainda mais, o adolescente.

Contudo, o Judiciário se pauta nas leis e na maior fonte de direitos do Estado Moderno, a Constituição Federal. Diante disso, os julgadores não devem se ater aos clamores populares e às vontades da maioria. Se assim fosse, um argumento utilitário e distante dos princípios de igualdade material, democracia substancial e dignidade da pessoa humana poderia ser aceito e aplicado, sensibilizando ainda mais os direitos dos adolescentes.

Nesses casos em que a pressão social se faz presente, o Magistrado deve invocar os princípios propugnados pelo ECA, ao próprio espírito da lei e, sem dúvida, apelar à prioridade absoluta da criança e do adolescente, preconizada pela Constituição Federal (BANDEIRA, 2006, p. 10).

A chamada *prioridade absoluta*, prevista no artigo 227 da Constituição Federal, subdivide-se, conforme as lições de Valter Kenji Ishida (2015, p. 2-4), na doutrina da proteção integral e no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Essas seriam as duas regras basilares que devem se fazer presentes em toda e qualquer interpretação em casos envolvendo a criança e o adolescente.

Segundo o referido autor, a doutrina da proteção integral refere-se ao necessário reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes, de acordo com o artigo 3º da Lei 8.069/90. Constitui uma nova forma de pensar, com escopo de efetivação dos direitos fundamentais dessa classe de pessoas.

Já o princípio do melhor interesse, de acordo com o artigo 3º, item 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, significa que em todas as medidas relativas às crianças – em sua acepção utilizada por esta Convenção, que tem por criança aquela pessoa de até 18 anos incompletos – terão consideração primordial os interesses superiores desta. Ainda, o artigo 37, *c*, da mesma, menciona o princípio do melhor interesse da criança ao cuidar da privação de liberdade do menor infrator.

Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2005), citado por Ishida (2015, p. 3-4), entende este princípio como sendo a aplicação da dignidade da pessoa humana à criança e ao adolescente. Ainda, menciona quatro facetas a respeito do melhor interesse: orientação ao Estado-legislador, uma vez que a lei deve prever a melhor consequência para a criança e o adolescente; orientação ao Estado-juiz, vez que o magistrado moderno e adaptado à atual sociedade deve fornecer uma aplicação da lei ao caso concreto de acordo com as reais necessidades da criança e do adolescente; orientação ao Estado-administrador, que deve, no manuseio das políticas públicas, basear-se no referido princípio, não se fazendo omisso e nem argumentar falta de verbas, mas sim, agir de forma proativa, assumindo o ônus de ser, talvez, o principal responsável por efetivar os direitos desse grupo de pessoas; e, por fim, orientação da família, o que significa que a família natural ou extensa deve sempre sopesar os interesses e as ideias da criança e do adolescente, participando ativamente de sua criação e educação.

Ora, quando o magistrado se deparar com um caso de ato infracional cometido por adolescente, deve adotar essas duas facetas, reconhecendo, por um lado, que existem direitos específicos por parte deste e aceitando que seus interesses devem figurar como primordiais, acima mesmo dos reclames populares.

Mais uma vez, é preciso buscar a quebra de paradigmas, para que se possa superar a visão do adolescente como marginal, desprovido de direitos, a não ser os penais, para vislumbra-lo como ser em formação, suscetível a erros e digno de atenção. A sociedade precisa buscar formas de abrigar o adolescente em sua estrutura, a fim de que possa ser reconhecido como sujeito de direitos e cidadão, merecedor de respeito e atenção assim como qualquer outro.

Conforme lembra a doutrina, em um Estado Democrático de Direito, e diante de um processo garantista, é indispensável que o Juiz da Vara da Infância e Juventude trate o adolescente não como um mero objeto de investigação policial, mas como um verdadeiro sujeito de direitos e garantias assegurados não só pelo ECA e pela Constituição Federal, mas pela Convenção Americana de Direito Humanos, firmada pelo Pacto de San José da Costa Rica e devidamente inserida no ordenamento brasileiro (BANDEIRA, 2006, p. 40).

É preciso destacar que tais condições não são privilégios, pois estes são injustificáveis. Não é simplesmente selecionar um grupo de pessoas e conceder a elas uma vantagem, tanto processual quanto fática. É, sim, coadunar-se com os ideais de justiça e se pautar nas bases da igualdade material, ou seja, "os iguais sendo tratados como iguais, e os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade".

É em razão disso que não se deve falar em aplicação de penas, nem de tratamento semelhante ao que se dispensa ao adulto. E também, em razão disso, que tal diferenciação se torna justificável, de acordo com os mandamentos constitucionais.

Ainda, que se destaque que o objetivo não é vitimizar esse adolescente, ou seja, tratar o adolescente como uma vítima do sistema, ignorando os males causados. Pelo contrário, a ideia é fazê-lo compreender seus atos e a gravidade dos mesmo para a verdadeira vítima, e trata-lo de acordo com essa compreensão. Não se trata de ignorar o ato infracional, mas de praticar o enfrentamento, buscando o aprendizado através da medida socioeducativa.

Em razão da sua condição especial, e frente ao afirmado, de que este adolescente ainda não compreende completamente suas ações, – ou, ao menos, não compreende as

implicações exatas de seus atos, pensando-se que existe uma vida toda pela frente -, é preciso que a ele se evidencie essas premissas, que o faça conhecer como suas ações modificam, por vezes de forma definitiva, a vida das pessoas - não somente de terceiros, como a sua própria -, e que esses atos são permanentes e o acompanharão por décadas, senão pela punição, mas em seu íntimo.

Conforme expõe o psicólogo Robert Johnson (1984), trazido por Howard Zehr (2008, p. 36):

> Sua violência não é um fantasma ou doença que os aflige sem motivo, nem tampouco um veículo conveniente para paixões hediondas. Pelo contrário, sua violência é uma adaptação a vidas vazias e muitas vezes brutais [...]. [A violência] de boa parte dos homens violentos é, em última análise, gerada pela hostilidade e abusos de outros, e alimentada pela falta de confiança e baixa auto-estima. Paradoxalmente, sua violência é um tipo deformado de auto-defesa e serve somente para confirmar os sentimentos de fraqueza e vulnerabilidade que foram origem primeira dessa mesma violência. Quando sua violência atinge vítimas inocentes, assinala não um triunfo da coragem, mas uma perda de controle.

De fato, a falta de autoestima, autonomia e poder pessoal são as características da maioria daqueles que infringem a lei. O cometimento de infração à lei penal pode ser uma tentativa distorcida da pessoa dizer que é alguém e afirmar controle sobre sua vida e, talvez, sobre a dos outros (ZEHR, 2008, p. 36-37)

Não é preciso que se diga que este adolescente errou. A imposição por vezes causa repulsa, soa como desafio, e não o faz mudar. É necessário, em vez disso, fazer com que ele descubra seus erros e os reconheça, para que possa alterar o curso de seus pensamentos. Ainda que não se possa mudar atos passados, é preciso demonstrar-lhe que pode evitar que tais atos se repitam e que isso pode fazer toda a diferença.

Daí porque um sistema consensual se mostra como a maneira mais eficaz de se atingir os objetivos de ressocialização. A participação e a chegada ao consenso diminuem a conflituosidade, aumenta a aceitação da imposição da medida e satisfaz a necessidade que o adolescente tem de ser ouvido e de sentir-se integrado à sociedade. Sua participação passa a sensação de algum controle da sua vida, essencial para as pessoas, e que lhe é tirado de forma frustrante quando não participa do processo, sendo posteriormente internado.

Assim, para que se possa falar em um ideal de inclusão do adolescente na sociedade, é preciso buscar a mudança de mentalidade. Trata-se de mudança ampla e

abrangente, a incluir toda a sociedade brasileira, rompendo com certo "(pré)concenitos" e fazendo com que novas perspectivas sejam apresentadas.

O estigma de "menor delinquente", "jovem criminoso", e muitas outras qualificações, que chegam a ser atentatórias, precisam ser abandonadas. O adolescente, como cidadão em formação que é, precisa ser tratado como tal. Por mais que tenha cometido ato infracional, sua condição especial precisa ser levada em consideração.

Ainda que se fale que os jovens estão se desenvolvendo cada vez mais cedo, é preciso tomar certos cuidados. Não é a inclusão digital, o direito ao voto, ou a escolha de curso que o fazem ter maturidade. É seu desenvolvimento psicológico, a maturação do senso de responsabilidade que se desenvolve com a maioridade e com a gama de direitos e responsabilidades que dele advém; são as experiências de vida e conhecimento de mundo, como algo bem maior e mais complexo do que acreditava ser, que fazem com que o jovem adentre à vida adulta como membro de uma sociedade desenvolvida.

Assim, como ser em formação que é, tudo o que menos precisa são rótulos, taxações, exclusão e preconceito. Ao contrário, é preciso cuidado e atenção para a condição vivida. Faz-se necessário que a eles sejam apresentadas novas perspectivas de vida, novas possibilidades para aquelas que tinham como suas únicas escolhas.

Dar oportunidade não é punir, fazer com que "pague o preço" pelo mal que perpetrou, e depois liberá-lo novamente na sociedade, mas sim, promover "um redescobrir" por parte do infrator, fazendo com que haja autoconhecimento e ampliação de sua visão de mundo, criando esperanças de busca por algo melhor.

Assim, conclui-se o primeiro passo, que se inicia quebrando os paradigmas e vislumbrando, no jovem infrator, um ser humano, com qualidade e defeitos, e que fez escolhas erradas que não precisam definir o resto de sua existência.

Em um passo seguinte, inicia-se a fase de alteração do sistema de tratamento do jovem que cometeu ato infracional. Aceitando-o como um ser em construção, o ambiente não pode se assemelhar ao cárcere, nem ao seu ideal, e muito menos ao que se presencia na vida carcerária brasileira atual; o ambiente também deve ser de construção.

Assim, um estudo psicossocial deve ser realizado, traçando-se um perfil do adolescente, de sua família e do meio em que se encontra inserido. Uma equipe de profissionais especificamente preparados deve acompanhar essa fase de reconstrução da personalidade e vida do menor.

Além de suporte psicológico, a possibilidade de estudo e cursos profissionalizantes são uma possibilidade bastante atrativa, não só como meio de qualificação, mas como forma de fazer com que o adolescente se sinta completo, como um ser humano adequado, apto a uma sociedade exigente e cheia de entraves. O sentimento de não se sentir um ponto fora da curva possui poder modelador impassível de ser ignorado.

Por vezes, a oportunidade pode alterar os rumos daquele que não teve bons exemplos em casa e em seu ciclo social, e que não acreditava em si mesmo para ser, ele mesmo, o exemplo a ser seguido.

Para aqueles que não tiveram parâmetros nem estudos, e foram criados em meio a uma cadeia viciosa de desrespeito à sociedade, é difícil imaginar que consiga achar meios de se libertar das amarras que o prendem a esse ciclo, vez que não vislumbra a possibilidade de algo além do que já vive. Esse adolescente imagina estar onde deveria, sendo criado para se adequar a essa realidade; não há outros prospectos.

Somente com a mudança dessa forma de pensar é que se pode almejar a tão exigida adequação social dos jovens ditos "infratores". Não é possível pretender que um ambiente hostil, isolado e cercado por ódio, possa gerar um ser humano sociável. Onde só há ódio, apenas ódio é disseminado. Aliás, é mais razoável que se invista na construção dos jovens que tentar "consertar" os adultos, ainda mais da maneira que se pretende, com a mera punição física de restrição de liberdade.

A formação do ser, a educação, não se resume às escolas. É demasiadamente limitado assim pensar, e não se pode traçar essa linha excludente, tratando os menores que cometeram ato infracional como se fossem "casos perdidos", só se devendo investir naqueles que se mantiveram de acordo com o ordenamento jurídico. Essa visão precisa ser repugnada, se se pretende construir uma sociedade cada vez mais segura, igualitária e democrática.

As medidas socioeducativas devem estar a serviço desse fim, auxiliando o tanto quanto possível nesse processo de reconstrução social do cidadão em formação. As críticas apresentadas a cada medida não são suficientes para invalidá-las como métodos de reeducação do adolescente, tendo em vista que as problemáticas apresentadas dizem respeito a forma de aplicação das mesmas, e não ao instituto em si.

Tal constatação só comprova o despreparo de muitos dos profissionais envolvidos em casos de ato infracional, além do descaso e despreocupação não só destes,

mas da sociedade como um todo, que se mostra inerte diante das constantes violações de direito dos adolescentes que são perpetradas diariamente no Brasil. A despreocupação, omissão e exclusão, tanto do Poder Público, em todas as suas instâncias, quanto dos membros da comunidade, são sintomas dessa mentalidade que vislumbra, em todo desvio de conduta e ilegalidade, um defeito impassível de recuperação, e que, em última instância, acarreta numa grave violação ao ser humano como tal e à sua dignidade.

O sistema apresentado pelo ECA é referência em termos de legislação, sendo, a época da sua entrada em vigor, um dos diplomas legais mais modernos do mundo, sendo tido como verdadeira reação às desigualdades (ISHIDA, 2015, p. 6). A forma como é aplicado, e sua consequente ineficácia, não o desqualifica, mas alerta para falhas estruturais que se fazem presentes em todos os setores da Administração do Estado brasileiro.

A busca por maior efetividade das medidas socioeducativas perpassa por essa mudança de paradigmas e de mentalidade social, para a vislumbrar nas medidas do ECA como instrumentos importantes de desenvolvimento e justiça sociais.

Assim, é preciso, primeiramente, vislumbrar no adolescente um verdadeiro sujeito de direitos fundamentais; segundo, necessário que o adolescente seja incluído no processo, para que participe ativamente de algo tão importante relacionado a sim, buscando forma consensual de resolução de conflito, pois, se o adolescente nem sequer participa do procedimento que poderá restringir seu direito de liberdade, certamente que não se sentirá membro da sociedade quando do seu retorno; finalmente, é preciso que a sociedade, como um todo, acredite na recuperação do adolescente, vislumbrando na efetividade das medidas socioeducativas como método de transformação pessoal e inclusão social, superando os estigmas e buscando a efetiva ressocialização de um ser em formação.

No que diz respeito a essa última, a mudança de paradigma inclui que se encare diferente as próprias medidas. Quando se vislumbra, num adolescente, mais um criminoso dentre os muitos existentes, a primeira coisa que se pensa é a segregação. Contudo, se avistada a possibilidade de recuperação, a segregação da liberdade será vista como último recurso desejável, tendo em vista ser aquela que mais atenta contra a essência do ser, podendo ser extremamente prejudicial à própria formação deste.

Importante não perder de vista que as dificuldades estruturais encontradas na busca pela efetiva e correta aplicação das medidas socioeducativas se mostram ainda mais

intensas no que diz respeito aos estabelecimentos de internação. Associando-se essa problemática a premissa de ser essa medida a *ultima ratio*, resta claro que as outras são ainda mais preferíveis em relação a esta.

A consciência de que as medidas socioeducativas não limitadoras da liberdade são preferíveis é necessária, devendo, ao máximo, ser estimuladas, para que possam levar à efetiva ressocialização. Se isso ocorrer, as medidas mais extremas serão cada vez menos utilizadas e, assim, poderão ter seus recursos concentrados na recuperação de adolescentes com mais dificuldades em seguir as regras da sociedade, o que aumentará as chances de sucesso. Afora isso, as próprias condições dos estabelecimentos poderão ser melhoradas, tornando-se mais dignas e respeitadoras dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Assim, é possível perceber que, apesar das críticas que possam ser feitas, as medidas socioeducativas se mostram adequadas e passíveis de serem concretizadas. A sistemática do ECA é louvável e busca, de fato, o melhor interesse do adolescente.

Contudo, como várias outras previsões no ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação se mostra deficiente. Primeiro, pois muitos ignoram as condições especiais do adolescente e suas necessidades diante disso, que passam por um estudo mais detido e tratamento diferenciado, não somente pelo magistrado, como por equipes especializadas que tragam panoramas diferentes à situação apresentada. Segundo, porque as preferências que o Judiciário brasileiro apresenta são inócuas, quando o objetivo é a ressocialização e a educação. Tanto a medida de internação, como a forma pela qual o processo atinge o seu deslinde, estão distantes de trazerem eficácia para as normas do ECA.

É por essa razão que se defende que a mudança de mentalidade é essencial para a concretização dos direitos previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. As medidas são apropriadas, desde que aplicadas com a devida cautela, após o conhecimento da situação vivida pelo adolescente, bem como o ambiente familiar e social a que está sujeito. Não apenas isso, como o modelo consensual, alternativo ao processo de apuração clássico, consiste numa verdadeira tentativa se de alcançar o futuro, pois a tendência criada pelos meios alternativos de resolução do conflito, que presam pelo consenso, se apresentam cada vez mais sólidos e consistentes.

Através do consenso, em menos tempo, é possível a aplicação da medida socioeducativa de forma mais adequada para o adolescente, facilitando sua aceitação e consequente ressocialização. E mais, demonstra respeito a pessoa do adolescente, pois o inclui este no processo que poderá o rumo de sua vida, algo que condiz com o que se espera de um Estado Democrático de Direito.

A mudança de paradigma é essencial para que se vislumbre no adolescente, primeiramente, um ser humano como qualquer outro; segundo, como um cidadão potencial que não teve todas as melhores condições de desenvolver sua personalidade como alguns tiveram; por fim, uma pessoa que pode ser recuperada e ressocializada, se as medidas forem implementadas de maneira razoável e visando, de fato, o melhor interesse do adolescente, buscando sua efetiva reinserção social.

Não basta simplesmente esperar que o adolescente encontre, por si só, as respostas às suas inúmeras perguntas e consiga, diante de um cenário plenamente desfavorável, reverter sua situação social, que é, em boa parte das vezes, intrínseca ao ambiente onde cresceu. Além disso, a simples internação, sem qualquer trabalho de reinserção social sendo executado, apenas dá contornos àquilo que o jovem acredita que será sua vida adulta: o cárcere.

A mentalidade precisa ser inclusiva, vislumbrando-se em cada medida, desde a mais branda, a possibilidade de trazer ao adolescente novas perspectivas, a fim de que o mesmo não volte a delinquir, seja enquanto menor de idade, seja na vida adulta.

Por fim, é preciso ter em mente que a boa aplicação de uma medida socioeducativa hoje, pode ajudar a construir o cidadão de amanhã.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Roberto Barbosa. **Direito da infância e da juventude**. 2. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007 – (Coleção cursos & concursos / Coordenação Edilson Mougenot Bonfim).

BRASIL. Código penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2016.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990: promulga a convenção sobre os direitos da criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 11 de julho de 2016.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 11 de julho de 2016.

BANDEIRA. Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas:** uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Ilhéus: Editus, 2006.

DIGIÁCOMO, Murillo José. DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado.** 6ª ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_anotado_2013_6ed.pdf>. Acesso em: 17 de julho de 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I. 16ª ed. rev., ampl. e atual até 1º de janeiro de 2014. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GOUVÊA, Eduardo Cortez de Freitas. **Medidas sócio-educativas – Histórico, procedimento, aplicação e recurso**. Disponível em: <http://www.epm.tjsp.jus.br/Sociedade/ArtigosView.aspx?ID=2878>. Acesso em: 28 jun. 2014, 17h25min.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, out./2014.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e do adolescente comentado artigo por artigo** / Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore, Rogério Sanches Cunha. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Capítulo XVIII

O MITO DA IMPUNIDADE: O INSUCESSO ESTATAL NA RECUPERAÇÃO DOS ADOLESCENTES AUTORES DE ATOS INFRACIONAIS

THE MYTH OF IMPUNITY: DUD STATE IN RECOVERY OF TEENS ACTS OF AUTHORS INFRACTIONAL

Gabriele DelsassoLavoratoManfré[229]
Vanessa Rui Fávero[230]

RESUMO: O presente trabalho busca demonstrar a importância da efetivação do Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em data de 13 de julho de 1990, pela Lei 8.069, por representar este importante instrumento legal um amplo, universal e diferenciado sistema de garantias fundamentais ao público infanto-juvenil, que leva em consideração a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, bem como a prioridade absoluta no trato de seus interesses. Pretende-se, neste artigo, enfatizar o sistema socioeducativo de internação, destacando a finalidade reeducativa da medida socioeducativa de internação e a problemática de sua ineficácia quando transferida ao plano prático para a recuperação dos infratores, ante a omissão estatal na correta aplicação das normas protecionistas, em especial, pela deficiência dos estabelecimentos educacionais voltados ao resgate dos adolescentes em conflito com a lei, os quais incontestavelmente não respeitam as condições prioritárias que apresentam. Diante do panorama demonstrado, em total desacordo com a normativa e princípios que permeiam os Direitos Humanos e a Doutrina de Proteção Integral, apresenta-se, como soluções para a problemática envolvendo a realidade brasileira a efetiva aplicação do disposto no Estatuto, de modo que seja propiciada aos adolescentes uma justiça real, especializada e democrática, reconhecendo-se e efetivando a verdadeira finalidade da internação, que é a reeducação e integração social do adolescente autor de infrações, e por consequência a contenção do clamor social contra a impunidade.

[229]Advogada do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2013). Integrante do Grupo de Pesquisa Os Reflexos das Opções do Poder Público na Vida das Pessoas. – e-mail: gaby_dl91@hotmail.com
[230]Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Advogada. Curso em andamento de Formação de Mediadores e Conciliadores pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2013). Integrante dos Grupos de Pesquisa Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais; Democracia e Direitos Fundamentais e Os Reflexos das Opções do Poder Público na Vida das Pessoas. – e-mail: vanessa_vrf@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Infância e Juventude; Medida socioeducativa; Reeducação; Ineficácia da internação; Doutrina da Proteção Integral.

ABSTRACT: This paper stresses the importance of realization of the Statute of Children and Adolescents, promulgated in date of July 13, 1990, by Law 8069 to represent this important legal instrument a comprehensive, universal and differentiated system of fundamental guarantees to the public children, which takes into account the specific conditions of the people in development, as well as the absolute priority in dealing with their interests. It is intended in this article emphasize the socio-educational system of admission, highlighting the reeducativa purpose of socio-educational measures of internment and the issue of its inefficacy when transferred to the practical level for the recovery of offenders at the state failure in the correct application of the protective rules in particular by the deficiency of educational establishments aimed at the rescue of adolescents in conflict with the law, which undoubtedly do not respect the priority conditions that present. Before the shown panorama in total disagreement with the rules and principles underlying the human rights and the Doctrine of Integral Protection, is presented as solutions to the problem involving the Brazilian reality the effective application of the Statute, so that it is propitiated minors to real justice, specialized and democratic, recognizing and making effective the true purpose of admission, which is the rehabilitation and social integration of adolescents copyright infringement, and therefore the containment of public outcry against impunity.

KEYWORDS: Children and Youth; socio-educational measures; reeducation; Ineffectiveness of hospitalization; Doctrine of Integral Protection.

INTRODUÇÃO

A Doutrina da Proteção Integral, inspiradora do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi instituída ante a necessidade de uma legislação de proteção específica, diferenciada e real em favor do público infanto-juvenil que, por anos, viveram no esquecimento humano, como vítimas de diversas atrocidades, discriminação e desrespeito.

O artigo em tela tem como intuito avaliar a viabilidade do sistema de proteção e garantias desprendidas às crianças e adolescentes, bem como, e especialmente, demonstrar as finalidades da medida socioeducativa de internação, enfatizando a sua operacionalidade na reinserção do jovem infrator ao ambiente social e familiar.

Neste cenário, assaz importância é o apontamento das deficiências e falhas existentes na aplicação da medida de internação, capaz de prejudicar suas verdadeiras funções, causando no seio comunitário a sensação de impunidade no trato dos

adolescentes em conflito com a lei. Para tanto, ressalta-se a situação das unidades de internação dos menores delinquentes, além de outros pontos frequentemente questionados, como as atividades efetuadas nestes locais, a qualificação dos profissionais, o prazo máximo da medida etc.

Desta feita, no trabalho em apreço, empregou-se o método indutivo baseado na pesquisa bibliográfica interdisciplinar, o qual se compõe em três capítulos.

Preliminarmente, o primeiro capítulo tratará da evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente, destacando todo o desamparo sofrido por esta classe de pessoas, tendo como sequencia o estudo do Código de Menores de 1927 (Código Mello Mattos), Código de menores de 1979 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº8.069/90).

No segundo capítulo, destacar-se-á a definição de ato infracional da nova legislação acima citada, bem como as modalidades de medidas socioeducativas previstas no estatuto em seu artigo 112, incisos I a V (da advertência à semiliberdade).

Por derradeiro, o terceiro capítulo abordará considerações gerais sobre a medida socioeducativa de internação, em especial, de sua finalidade reeducativa. Seguirá apontando comentários quanto às situações que autorizam à aplicação da extrema medida, bem como versará sobre os princípios orientadores da reprimenda em comento.

Nesta ótica, elencará as causas influenciadoras a não recuperação dos infratores, demonstrando a ineficácia da medida no que tange ao seu adimplemento, e que por consequência aumenta a violência e a sensação de impunidade na sociedade contemporânea, interferindo em sua qualidade de vida. Assim, o presente artigo tratará da necessidade de colocar em prática a justiça especializada da infância e juventude para a prevenção da violência, da preservação da democracia e do desenvolvimento humano.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

O estudo da evolução histórica dos direitos infanto-juvenis se mostra de suma importância, notadamente neste momento vivenciado pela população brasileira, a qual se vê diante de questionamentos pertinentes a eficácia do corpo normativo voltado a combater a delinquência juvenil e a reinserir o jovem na sociedade, mediante a adoção de

medidas especificas que levem em consideração a peculiar situação do adolescente que se encontra em fase de desenvolvimento físico-psicológico.

Neste contexto, em face da preocupação com a delinquência infanto-juvenil, estatuíram-se normas para menores no Brasil, as quais levaram à construção de uma Doutrina do Direito do Menor, calcada no binômio carência/delinquência, delineando-se uma Nova Tutela da Infanto Adolescência.

Assim, nestas diretrizes, "[...] em um inevitável desenrolar dos fatos, em 12 de outubro de 1927, publicava-se o Decreto nº 17.943-A, primeiro Código de Menores no Brasil, mais conhecido como Código Mello Matos [...]".[231]

O Código de Menores de 1927 ficou conhecido como Código Mello Mattos por ter como titular o Dr. José Cândido Albuquerque Mello Mattos, o qual também foi o precursor do Juizado dos Menores em 1924.

Depreende-se que este código constituiu a primeira legislação brasileira a voltar sua atenção aos direitos infantis, delineando um tratamento especial à população infanto-juvenil ao prever medidas assistencialistas e protetivas que proporcionassem a esta classe de seres humanos o desenvolvimento físico, moral e psicológico essenciais em seu crescimento básico, tanto esperado ao longo dos anos.

O mencionado diploma legal estabeleceu que crianças e adolescentes, abandonados ou delinquentes, estariam submetidos às disposições nele constantes. Visto isso, na seara infracional, aos menores com até quatorze anos de idade aplicavam-se reprimendas com objetivos educacionais, podendo os jovens entre quatorze e dezoito anos receber punições com responsabilidade atenuada, tornando isento a qualquer processo aquele menor de quatorze anos.

Com efeito, observa-se que o Código Mello Mattos conseguiu incorporar ao ordenamento jurídico da época um mecanismo legal capaz de direcionar uma proteção especial aos menores, modificando concepções e entendimentos sobre discernimento, culpabilidade e responsabilidade tocantes às crianças e aos adolescentes. Todavia, a legislação *in comento*não amparava todos e quaisquer jovens, pelo contrário, destinava-se somente aos ditos "expostos, vadios, delinquentes, abandonados", posto que era a fase da criminalização da infância pobre.

[231] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*- Aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.6

Houve grande inovação ao disciplinar este código o aspecto educacional das sanções impostas aos jovens infratores, em detrimento do caráter punitivo e de coerção até então predominante.

Dispõe a respeito Roberti Júnior:

> [...] o avanço se deu no fato de que a punição pela infração cometida deixa de ser vista como sanção-castigo, para assumir um caráter de sanção-educação por meio da assistência e reeducação de comportamento, sendo dever do Estado assistir os menores desvalidos. [...][232]

Sobre a questão, Maciel aponta considerações:

> [...] Foi uma lei que uniu Justiça e Assistência, união necessária para que o Juiz de Menores exercesse toda sua autoridade centralizadora, controladora e protecionista sobre a infância pobre, potencialmente perigosa. Estava construída a categoria Menor, conceito estigmatizante que acompanharia crianças e adolescentes ate a Lei nº 8069, de 1990. [233]

O ano de 1940 foi marcado pela entrada em vigor do atual Código Penal, fixando a responsabilidade penal do menor de dezoito anos, tornando certa a alteração do Código Mello Mattos.

Nos dizeres de Maciel:

> A tutela da infância, nesse momento histórico, caracterizava-se pelo regime de internações com a quebra dos vínculos familiares, substituídos por vínculos institucionais. O objetivo era recuperar o menor, adequando-o ao comportamento ditado pelo Estado, mesmo que o afastasse por completo da família. A preocupação era correcional e não afetiva.[234]

Desta feita, malgrado a instauração do diploma legal visando a reintegração, reeducação e ressocialização dos menores, tal instrumento restou infrutífero, pois não rompeu com a delinquência juvenil, sendo imprescindível a reforma do Código Mello Mattos.

Em suma, nesta panorâmica, foi aprovado o Código de Menores de 1979, trazendo para a conjectura brasileira a "Doutrina da Situação Irregular", a qual substituiu a "Doutrina do Direito do Menor", assim denominado o Código de Menores de 1927.

[232] JÚNIOR, João Paulo Roberti. *Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil.* Disponível em:www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/20121/artigo025.pdf. Acesso em 04 mar. 2016.
[233] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.), op. cit., p.6.
[234] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.), op. cit., p.6.

"Refletindo a tendência geral da América Latina, em 1979 foi aprovado pela Lei 6.679 o novo Código de Menores, que entendia a delinquência como reflexo da situação irregular".[235]

Visto isso, a Doutrina da Situação Irregular foi a convicção inspiradora e oficializada pelo Código de Menores de 1979, embora já contida de forma implícita no Código de 1927, com uma mudança de paradigma e terminológica, pois a nova doutrina particularizou as crianças e adolescentes que se englobavam nessa única condição agora denominada "situação irregular", destinatários desta "proteção e tratamento especiais".

Nesses termos, a Doutrina da Situação Irregular pode ser definida como sendo aquela e que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado e patologia social[236], derivados tanto da conduta social dos jovens, bem como da família ou da própria sociedade.

Dentro desta nova especialização do Direito do Menor, não se pode olvidar a imprescindibilidade de caracterização da "situação irregular", a qual serviu de fundamento de validade para o Código de 1979. O mencionado diploma legal, em seu artigo 2º, elencou as seis hipóteses especiais às quais autorizavam a atuação e intervenção do Juiz de Menores, explicadas por Nogueira como:

> [...] situações de perigo que poderão levar o menor a uma marginalização mais ampla, pois o abandono material ou moral é um passo para a criminalidade. [...] A situação irregular do menor é, em regra, consequências da situação irregular da família, principalmente com a sua desagregação.[237]

Nesse viés, tem-se que a Doutrina da Situação Irregular não se destinava a prevenção, proteção e amparo à criança e ao adolescente, tampouco lhes assegurava direitos especiais, mas sim era restrita, taxativa e limitava-se a cuidar da população infanto-juvenil que configurasse a situação de irregularidade nos moldes acima descrito.

O Diploma Legal em apreço não passava de um "Código Penal de Menores", cujas medidas assistencialistas e protetivas, na prática, correspondiam a verdadeiras sanções impostas aos menores, com atuação segregatória, sem que refletisse ou enunciasse qualquer direito; pelo contrário, eram seres privados de seus direitos, aos quais se encaixavam nas situações pré-estabelecidas.

---

[235] SALIBA, Maurício Gonçalves. op. cit., p.25.
[236] SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil. Adolescente e ato infracional:* Garantais Processuais e Medidas Socioeducativas. 2ª ed. rev. eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.14.
[237] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários ao Código de Menores,* 1988, p.13-14.

Ratifica, com seu entendimento, Maciel:

> Apesar das diversas medidas de assistência e proteção previstas pela lei para regularizar a situação dos menores, a prática era de uma atuação segregatória na qual, normalmente, estes eram levados para internatos ou, no caso de infratores, institutos de detenção mantidos pela FEBEM. Inexistia preocupação em manter vínculos familiares, até porque a família ou a falta dela era considerada a causa da situação irregular.[238]

Prossegue a autora:

> Não era uma doutrina garantista, até porque não enunciava direitos, mas apenas pré-definia situações e determinava uma atuação de resultados. Agia-se apenas na consequência e não na causa do problema, "apagando-se incêndios". Era um Direito do Menor, ou seja, que agia sobre ele, como objeto de proteção e não como sujeito de direitos. Daí a grande dificuldade de, por exemplo, exigir do poder público construções de escolas, atendimento pré-natal, transporte escolar, direitos fundamentais que, por não se encontrarem previsão no código menorista, não eram passiveis de execução.[239]

Diante disso, ante a falta de critérios determinantes acerca da aplicação da lei de 1979 à situação irregular, esta não passava de uma ideologia não universal, limitada e restrita a uma específica classe de pessoas, quais sejam, os filhos das famílias empobrecidas, normalmente negros ou pardos, do interior ou das periferias, não abarcando, assim, todo o público infanto-juvenil.

Por fim, em data de 13 de julho de 1990, na esperança de melhor atender aos interesses dos menores e proporcionar-lhes uma proteção especial, diferenciada, ampla, universal e, mormente, integral, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Lei nº 8.069, o qual rompeu com todo paradigma até então estabelecido, através da "Doutrina de Proteção Integral" em conjunto com os dispositivos legais da Constituição Cidadã.

O Estatuto é considerado uma legislação de vanguarda, justamente, por romper com a doutrina da situação irregular presente no Código de Menores de 1979 e reafirmar a noção de proteção da infância e juventude brasileira, bem como a visão de sujeito de direitos, com novos conceitos e práticas.

"Fundamentalmente enfatiza-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, nasceu a partir da experiência de indignação nacional junto com o apelo de normativas internacionais a favor da criança e do Adolescente".[240]

---

[238] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.), op. cit., p.13.
[239] MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.), op. cit., p.14.
[240] JÚNIOR, João Paulo Roberti. *Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil.* Disponível em:www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/20121/artigo025.pdf. Acesso em 04 mar. 2016.

Diante destas normativas e buscando evitar a construção social que separa os menores de seus direitos fundamentais e da dignidade humana, o instrumento legal em comento trouxe mudanças substanciais no tratamento da população infanto-juvenil, a qual passou a titularizar, pela primeira vez, um Direito da Criança e do Adolescente, abrangente, real, efetivo, palpável e, principalmente, exigível, contrapondo-se ao Direito do Menor até então predominante e imposto.

Paulo Afonso ensina:

> O Estatuto da Criança e do Adolescente contrapõe-se à lógica do Direito do Menor, representado pelo antigo Código de Menores, que se baseia na concepção de que crianças e adolescentes são meros **objetos** de intervenção do mundo adulto e da teoria da situação **irregular**, baseado na situação de patologia social, na ausência de rigor procedimental, com desprezo às garantias relacionadas ao princípio do contraditório e o elevado grau de discricionariedade da autoridade judiciária.[241]

Vale dizer que o "novo direito" adotado em benefício dos jovens brasileiros teve como mola precursora a promulgação da Constituição da República, em 05 de outubro de 1988, a qual instituiu no país uma Ordem Constitucional pautada essencialmente no Princípio da Dignidade Humana e no Estado Democrático de Direito, trazendo, desde já, em seu artigo 227 uma proteção especial e diferenciada à infância e juventude. Confira-se:

> **Artigo 227, caput, CR/88**: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".[242]

Acerca do tema "direitos fundamentais", Brega Filho dispõe:

> Os direitos fundamentais estão relacionados à pessoa humana, pois, como já dissemos anteriormente, os direitos fundamentais são aqueles necessários para garantir uma vida de acordo com o princípio constitucional da dignidade humana. Não existem, portanto, direitos fundamentais dos animais e das árvores.[243]

[241] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. op.cit.,p. 29.
[242]BRASIL, *VadeMecum*. obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 11ª ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.
[243] FILHO, Vladimir Brega. *Direitos Fundamentais na constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.71.

Observa-se, pois, que a "Constituição Cidadã" consolidou, conforme acima citado, os Direitos Fundamentais à infância, além de determinar como sendo dever da família, do Estado e de toda sociedade zelar pela concretização de tais direitos.

Nessa ótica, reconhece Pereira:

> Os Direitos Fundamentais têm sido reconhecidos como manifestações positivas do Direito, produzindo efeitos no plano jurídico, sendo, outrossim, reconhecidos como princípios que orientam a forma sob a qual o Estado deve organizar-se, fixando princípios e linhas gerais para guiar a vida em sociedade com fins de promover o bem-estar individual e coletivo de seus integrantes. Declarados nas Constituições modernas, eles não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos.[244]

Malgrado o artigo 227 da Carta Maior tenha assegurado direitos fundamentais, de aplicabilidade imediata, e absoluta prioridade às crianças, ficou a cargo do Estatuto da Criança e do Adolescente a estruturação sistêmica da doutrina da proteção integral, ensejando, pois, uma disciplina específica e cientifica destinada a alicercear o Direito Infanto-Juvenil.

Desta feita, conceitua-se "**proteção integral** como um sistema em que crianças e adolescentes figuram como **titulares** de interesses **subordinantes** frente à família, à sociedade e ao Estado".[245] "Significa a imposição de obrigações aos mesmos entes, colocando a criança e o adolescente como sujeitos ativos das relações jurídicas".[246]

Aduz-se que o Estatuto não consiste em simplesmente numa lei garantidora de direitos e prerrogativas à infanto adolescência, mas sim num instrumento normativo em consonância com a Carta Magna, democrática e humanitária, imposto para a resolução dos problemas dos infantes.

Dessa forma, a doutrina da proteção integral desencadeia o entendimento de que não são as crianças ou adolescentes que se encontram em situação irregular; pelo contrário, irregulares são as condições de vida que os mesmos estão submetidos. Assenta-se no principio de que todos os menores desfrutam dos mesmos direitos e garantias, devendo receber o mesmo amparo, sem discriminação, integrantes das relações jurídicas como sujeitos de direitos, aderindo simultaneamente às obrigações próprias a peculiar condição de desenvolvimento.

---

[244] PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O Melhor Interesse da Criança:* um debate Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.15.
[245] ISHIDA, Valter Kenji. *A Infração Administrativa no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2009, p.7.
[246] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. op. cit., p.23.

Corrobora, no mesmo sentido, Saliba:

> [...] Essa condição peculiar coloca aos agentes envolvidos na operalização das medidas a eles destinadas a missão de proteger e de garantir o conjunto de direitos e educar, oportunizando a inserção do adolescente na vida social. Sua condição de sujeitos de direitos implica a necessidade de participação nas decisões de qualquer medida a seu respeito. A responsabilidade pelo desenvolvimento integral da criança e do adolescente é da sociedade e do Estado.[247]

A partir de agora, na qualidade de titulares de interesses juridicamente protegidos, os menores passam a ser amparados com prioridade absoluta, não somente pela família e pelo Estado, consistindo num dever social, de modo a suprir todo o desrespeito e discriminação vivenciados nos anos passados no trato dos direitos infantis.

Traz seu ensinamento Paula:

> [...] passaram a ser sujeitos de direitos relacionados ao desenvolvimentosaudável e de garantias atinentes à integridade. Esses interesses foram ditos "subordinantes" porque vinculam e obrigam a família, a sociedade e o Estado. Surgem em contraposição ao modelo do Código de Menores, onde havia uma legislação **assistencialista** voltada ao menor infrator ou ao abandonado. (grifo nosso)[248]

O Estatuto rompeu, definitivamente, com a legislação anterior atrelada ao menor, buscando ultrapassar as políticas repressivas e assistenciais traçadas, com imposições de medidas socioeducativas capazes de recuperar a cidadania dos jovens e superar a condição de "excluídos socialmente", após a prática de condutas descritas como injustos penais.

Diante disso, acerca das essenciais modificações efetuadas pelo ECA, assevera Jesus:

> O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) institui a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, considerando criança a pessoa com até doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos fixando-lhes os direitos e os deveres e prevendo as medidas aplicáveis àqueles que afrontem os seus preceitos legais. O Estatuto substituiu o antigo Código de Menores (Lei 6697/790 e a sua doutrina da situação irregular, mas fundamentalmente foi uma resposta aos movimentos da sociedade que pediam uma nova política de atendimento às crianças e aos adolescentes que não se baseasse no assistencialismo nem na repressão herdada da época da Funabem e ratificada pelo Código de Menores. [...][249]

[247] SALIBA, Maurício Gonçalves. op. cit., p.27.
[248] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. op. cit., p.20.
[249]JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em Conflito com a Lei:*prevenção e proteção integral. Campinas: Sevanda, 2006, p.13.

Com efeito, não obstante no campo formal a doutrina da proteção integral esteja pura e perfeitamente delineada, tem-se como maior desafio a real e efetiva concretização e emprego dos direitos aludidos, bem como do Diploma Legal ora em estudo.

Isto posto, considerando o alarmante aumento dos índices de crianças e adolescentes autores de atos infracionais no País, pertinente se faz analisar, em face desta realidade, não apenas os direitos e garantias destes menores, mas também apontar as deficiências encontradas na imposição das medidas socioeducativas, fazendo com que reste prejudicada as principais funções deste sistema de prevenção, como se verá adiante.

2 A PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS CABÍVEIS

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao contrário do que previa a Doutrina da Situação Irregular, insurgiu no Ordenamento Jurídico Pátrio inovações significativas no que concerne aos direitos infanto-juvenis, agora com uma perspectiva mais humana, sob o pilar da proteção integral aos jovens.

O aludido Diploma Legal, constituído por princípios e regras, tutela a criança e o adolescente de forma ampla, desde seu nascimento até a maioridade, momento em que o jovem passa a ser regido pela Justiça Comum.

Neste raciocino, pode-se dizer que ato infracional consiste na condutadescrita como crime ou contravenção penal perpetrada pela criança ou adolescente, conforme predispõe o artigo 103 da lei 8069/90. Confira-se:

Artigo 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.[250]

Assim, por envolver pessoas inimputáveis, tecnicamente o injusto cometido por criança ou adolescente denomina-se ato infracional, análogo a crime ou contravenção, diferenciando os menores infratores dos adultos, vez que não se pode dispensar o mesmo trato punitivo as duas distintas classes de sujeitos de direitos.

Cury e Maçura relatam:

[250] BRASIL, *VadeMecum*. op., cit., p. 951.

> Por serem inimputáveis, a criança ou o adolescente jamais cometem crimes ou contravenções, incorrendo tão-só em ato infracional, caso adotem conduta de tipicidade objetivamente idêntica. O cotejo entre o comportamento do menor e aquele descrito como crime ou contravenção atua apenas como critério para identificar os fatos possíveis de relevância infracional, dentro da sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente.[251]

Desse modo, crucial frisar que tanto criança quanto adolescente praticam atos infracionais. Contudo, as crianças, como forma de punição pelo ilícito perpetrado, apenas são aplicadas medidas de proteção (artigo 105 do ECA). Por sua vez, aos adolescentes infratores ocorre à imposição obrigatória de medidas socioeducativas (artigo 112), as quais podem ser cumuladas ou não com medidas de proteção.

Em suma, diz-se que, ao analisar o Estatuto a responsabilização socioeducativa está prevista aos menores com doze anos de idade completos, aos quais receberão medidas corretivas pertinentes à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

Nos dizeres de Darlan:

> O Estatuto da Criança e do Adolescente tem dispositivos que responsabilizam os adolescentes que se apresentam com comportamentos desviantes e praticam atos ilícitos. Trata-se da responsabilidade socioeducativa, através da qual a pessoa em desenvolvimento recebe medidas corretivas correlatas à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, em formação.[252]

E continua o autor:

> Embora alguns desconheçam, a verdade é que desde os doze anos qualquer cidadão que pratique atos infracionais é responsabilizado por eles e recebe medidas socioeducativas. Estas podem se traduzir em uma advertência ou na privação da liberdade, passando por outras medidas pedagogicamente mais eficazes, como a prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida, responsáveis pela ressocialização de tantos adolescentes antes infratores, hoje integrados à sociedade.[253]

Saliba complementa:

> É necessário enfatizar que todas as medidas preconizadas pelo ECA têm como princípio básico a educação como forma de possibilitar ao infrator a reinserção social.

[251] CURY, Garrido &Maçura. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.
[252] DARLAN, Siro. *Da Infãncia Perdida à Criança Cidadã.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.91.
[253] Ibidem, op, cit., p. 91-92.

> O Estatuto só pode ser compreendido pelo seu aspecto pedagógico que inclui elementos do modelo educacional.[254]

Sob esse prisma, com base na finalidade reeducativa das medidas socioeducativas, de modo a reintegrar o jovem no ambiente social, caberá ao juiz, analisando caso a caso, impor a reprimenda legal ao adolescente infrator na dosagem do caso concreto, não em vista da conduta em si apenas, porém e principalmente, o perfil sociológico do agente. Por isso, salutar tecer ponderações quanto às modalidades de medidas socioeducativas predispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como as especificações de cada uma.

Ora, é sabido que, realizado o ato infracional, inicia-se a ação socioeducativa através da representação ofertada pelo Órgão Ministerial. Com o fim de tal procedimento, cabe ao Juiz aplicar aos adolescentes medidas socioeducativas pertinentes. Estas estão disciplinadas em um rol taxativo constante no artigo 112 do Estatuto Infanto-Juvenil, possuindo cada qual suas peculiaridades e hipóteses de aplicação que devem ser observadas pelo magistrado no momento de sua imposição, além de outros requisitos presentes no aludido Diploma Legal.

A Doutrina da Proteção Integral, sobrelevando as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, procurou afastar dos juristas quaisquer princípios subjetivos e arbitrários quando da imposição da medida socioeducativa ao adolescente. Ao contrário, fez com que o juiz lançasse mão de regras garantistas e responsabilizantes insculpidas no atual Estatuto, sempre observando a capacidade do adolescente em cumpri-la, as circunstancias e, por fim, a gravidade do ato praticado.

Sob esta perspectiva, preliminarmente a quaisquer considerações acerca de cada medida socioeducativa, salutar se faz esclarecer que as mesmas não são penas. Consistem tão somente em providencias jurídicas cuja finalidade é a proteção do adolescente, com a promoção de seu desenvolvimento pleno e sadio, sob o prisma da prevenção especial, voltada para o futuro.

Nesse sentido:

> Se o objetivo da lei é a proteção da criança e do adolescente com aplicação de medidas socioeducativas tendentes a permitir a sua remissão dos maus atos e de procedimento irregular que possa impedir seu desenvolvimento e integração na sociedade, o que deve ser analisado é a sua conduta, sob o aspecto da sua adequação social e da sua

[254] SALIBA, Mauricio Gonçalves. op., cit., p.34.

> conformação com os hábitos e costumes tradicionalmente aceitos. Em outras palavras, não se exige que o menor tenha praticado um crime, para, só então, aplicar-lhe medida socioeducativa. Se assim, for, a medida perderá esse caráter de proteção social e educativa, para transmudar-se em verdadeira pena.[255]

Destarte, resta evidente a natureza hibrida das medidas socioeducativas, formada por dois fatores que se conjugam para atingir os propósitos da reeducação e de adimplência social do adolescente, quais sejam, o caráter pedagógico, cujo escopo está na reintegração social e familiar do jovem, e o caráter sancionatório, respondendo à sociedade pela lesão causada em face do ilícito.

Saliba dispõe:

> Ao se estruturar em torno das medidas socioeducativas, percebe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente tem um princípio norteador baseado na ação pedagógica. Todas as medidas previstas devem prever a reeducação e a prevenção. Pretendem estabelecer um novo padrão de comportamento e conduta ao infrator, promovendo uma ruptura entre o novo projeto de vida do adolescente e a prática de delitos. Mesmo possuindo, por um lado, um caráter punitivo aos adolescentes infratores- uma sanção, cerceamento de sua liberdade-, por outro, em todas as medidas socioeducativas é enfatizada na execução das medidas o *caráter educativo.*[256]

Ainda nesta ótica, Konsen, em suas palavras, demonstra o caráter retributivo das medidas socioeducativas, comparando estas com as penas criminais. Confira-se:

> [...] na pena criminal do adulto não se avalia, prevalentemente, a necessidade pedagógica; avalia-se como critério norteador fundamental para a fixação do tamanho da reprimenda, o tamanho da culpa. Para a escolha da medida socioeducativa o critério prevalecente é o da necessidade pedagógica. A finalidade da pena criminal pauta-se, por consequência, por sua proporcional carga retributiva. A finalidade da medida socioeducativa pauta-se pela necessidade pedagógica do adolescente.[257]

Continua:

> [...] a substancia é penal e a finalidade é pedagógica. [...] identifica como a responsabilização do adolescente autor de ato infracional, com o significado de evidenciar a inadequação de uma determinada conduta penal e determinada a prevenir a pratica de novas infrações e propiciar a adequada inserção social e familiar, através da adesão voluntária ao fazer incidir de vivencias pedagógicas correspondentes a necessidade do infrator.[258]

A primeira medida passível de aplicação é a advertência. Esta, por sua vez, conforme preleciona do artigo 115 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consistirá

[255]BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo - C. Esp.- Ap.24.020-0-Relator: Yussef Cahali- j. 23-3-95.
[256] SALIBA, Maurício Gonçalves. op., cit., p. 29.
[257] KOSEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa:* Reflexões sobre a Natureza Jurídica das Medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 76-77.
[258] Ibidem, op., cit., p. 91-92.

em uma admoestação verbal, reduzida a termo e assinada, pelo Magistrado da Infância e Juventude, bem como pelo Representante do Ministério Público quando da concessão de remissão.

Trata-se da medida mais branda prevista na legislação, à pratica de atos infracionais leves e condutas infringentes primárias, cujo objetivo é senão levar o acusado à meditação quanto às consequências da infração, bem como fazê-lo prometer a não reiterar comportamentos ilícitos.

Destaca-se que a medida em comento, diferentemente das demais, pode ser aplicada independentemente de um seguro acervo probatório, bastando indícios de autoria e materialidade.

Corroborando nesse sentido, as palavras de Konzen:

> A medida de advertência, muitas vezes banalizada por sua aparente simplicidade e singeleza, certamente porque confundida com as práticas disciplinares no âmbito familiar ou escolar, produz efeitos jurídicos na vida do infrator, porque passará a constar do registro dos antecedentes e poderá significar fator decisivo para a eleição da medida na hipótese da pratica e nova infração. Não está, no entanto, nos efeitos objetivos a compreensão da natureza dessa medida, mas no seu real sentido valorativo para o destinatário, sujeito passivo da palavra de determinada autoridade pública. A sensação do sujeito certamente não será outra do que a de se recolher à meditação, e, constrangido, aceitar a palavra da autoridade como promessa de não reiterara conduta. Será provavelmente um instantede intensa aflição.[259]

Ato contínuo, a legislação menorista prevê como segunda modalidade de medida socioeducativa a obrigação de reparar o dano. Tal possibilidade encontra-se razão de ser, conforme artigo 116 do Estatuto, quando da ocorrência de ato infracional com reflexos patrimoniais, oportunidade que terá o infrator de restituir coisa, ressarcir o dano ou, por outra forma, compensar o prejuízo causado à Vítima.

À colação, os dizeres de Ishida:

> A obrigação de reparar o dano, como medida socioeducativa, deve ser suficiente para despertar no adolescente o senso de responsabilidade social e econômica em face do bem alheio. A medida deve buscar a reparação do dano causado à vítima tendo sempre em vista a orientação educativa a que se presta.[260]

Vale dizer que, a imposição da medida ora em análise está intimamente vinculada a existência de recursos financeiros por parte do Acusado. Assim, sendo o

[259] KOZEN, Afonso Armando. op., cit., p. 46.
[260] ISHIDA, Valter Kenji. op., cit., p. 230.

adolescente desprovido de condições patrimoniais, impossibilitando o cumprimento integral da medida, o dispositivo em comento, sem seu parágrafo único, faculta ao Magistrado a substituição da reprimenda por outra que julgar mais adequada, sobrelevando a capacidade pessoal do autor infracional.

A medida de prestação de serviços à comunidade é definida no artigo 117 do Estatuto a qual, por sua vez, consiste na realização por parte do jovem em conflito com a lei de tarefas gratuitas de interesses gerais, por período não superior a 06 (seis) meses, junto a entidades assistenciais.

Visa uma conscientização do menor acerca da relevância do labor e do papel desempenhado pelo mesmo no seio comunitário. O escopo é proporcionar ao adolescente a oportunidade de efetivar atividades construtivas, fazer surgir a solidariedade e consciência social.

Ressalta-se que tal modalidade de reprimenda estatal não se confunde com o exercício de trabalhos forçados, visto que estes possuem caráter desumano, desproporcional à capacidade de quem é punido, ao passo que a prestação de serviços à comunidade serve justamente para fazer florar no infrator uma percepção de cidadania, observadas cargas horarias semanais adequadas a sua permanecia escolar e em outra atividade profissional que, porventura, venha a desenvolver.

Quanto à função social e pessoal da medida em comento, Pereira dispõe:

> A prestação de serviços à comunidade traz em seu bojo vantagens que se alastram sobre três esferas: Estado, Comunidade e Adolescente. Para o Estado surge como uma medida barata que combate com eficiência a questão da delinquência; a comunidade, por sua vez, participa de forma ativa na solução de um problema que a incomoda diretamente e também traz para o meio social um sentimento de responsabilidade na transformação do próximo; e, por fim, o adolescente consegue reconhecer que é possível dar um rumo diferente a sua vida, e que pode contribuir, de alguma forma, na mudança do meio social em que vive.[261]

Trata-se, desse modo, a liberdade assistida, disciplinada nos artigos 118 e 119 da Lei 8069/90, em um espécie de medida a qual submete o adolescente, após entregue aos seus responsáveis ou liberação de internato, à assistência, acompanhamento, orientação e auxilio, ainda que discreto, com a finalidade de evitar a reincidência do jovem em outras condutas infracionais, bem como promover sua reinserção social e familiar.

[261] PEREIRA, Tânia da Silva. op., cit., p. 1000.

Atualmente, a sanção em análise consiste mais rígida dentre as não-privativas de liberdade e, ainda, a que vem obtendo maior sucesso, no que tange à recuperação dos jovens.

Manifesta-se, a "liberdade vigiada", como uma intervenção na vida do menor, por meio de um comparecimento periódico a um posto determinado, cujo objetivo é o acompanhamento personalizado, sobretudo com garantias de proteção, vínculos familiares, inserção social e profissional, dentre outros.

Digiácomo M. e Digiácomo I. expõem seus ensinamentos:

> A liberdade assistida é a medida que melhor traduz o espirito e sentido do sistema socioeducativo estabelecido pela Lei 8069/1990 e, desde que corretamente executada, é sem dúvida a que apresenta melhores condições de surtir os resultados positivos almejados, não apenas em benefício do adolescente, mas também de sua família e, acima de tudo, da sociedade. Não se trata de uma mera "liberdade vigiada", na qual o adolescente estariaem uma espécie de "período de prova", mas sim importa em uma intervenção efetiva e positiva na vida do adolescente e, se necessário, em sua dinâmica familiar, por intermédio de uma pessoa capacitada para acompanhar a execução da medida, chamada "orientador, que tem a incumbência de desenvolver uma série de tarefas, expressamente previstas no artigo 119, do ECA.[262]

Frisa-se que, o prazo mínimo para o adimplemento da medida é de 06 (seis) meses de duração. Contudo, assim como as demais reprimendas legais, a 'liberdade vigiada" poderá, a qualquer tempo, ser prorrogada, revogada ou substituída por outra pertinente, uma vez analisado o caso concreto e relatórios enviados pelas entidades assistenciais, ouvidos o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Nesse viés, já a medida de semiliberdade, regulamentada pelo artigo 120 da Lei Menorista, consiste num instituto onde o infrator permanecerá internado no período noturno, entretanto, poderá efetuar atividades externas, independentemente de autorização judicial, perfazendo-se indispensável a escolarização e profissionalização do culpado.

Malgrado tal medida prive o adolescente, em parte, de sua liberdade, a mesma não se desvirtua de suas características primordiais, qual seja, finalidade educativa e pedagógica.

Nas palavras de Liberati:

> A privação parcial de liberdade do adolescente infrator decorre do objetivo da medida em estudo: sua função é punir o adolescente que praticou um ato infracional. É

[262] DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. *ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado.* 2ª ed. São Paulo: FTD, 2011, p. 216.

> verdade, porém, que todas as medidas socioeducativas-incluindo a colocação em regime de semiliberdade-têm natureza sancionatória-punitiva, com verdadeiro sintoma de retribuição ao ato praticado, executado com a finalidade pedagógica.[263]

Atente-se que, sendo uma reprimenda de natureza grave, a medida de semiliberdade somente poderá ser aplicada observando o devido processo legal, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa, englobados pelo princípio da legalidade. Outrossim, possível é sua imposição desde início pelo Julgador ou ainda através da "progressão" do regime de internação para o da semiliberdade.

Nesta sistemática, a aludida medida não comporta prazo determinado de duração. Ademais, é cediço uma reavaliação do jovem em conflito com lei a cada 06 (seis) meses, de modo a elucidar os progressos pessoais do menor quando do cumprimento da medida.

Destarte, verificada a incapacidade do adolescente em dar fiel adimplemento à sanção, o Magistrado dispõe do instrumento da "regressão", efeito reverso da "progressão" acima mencionada, incidindo-o numa espécie de reprimenda mais gravosa.

Por fim, atinente ao prazo máximo de duração da medida em tela, tem-se que deverá ser, indubitavelmente de 03 (três) anos com fulcro no disposto no artigo 121, §2º do ECA. Ainda em virtude desta previsão legal, lógico concluir que as hipóteses autorizadoras da imposição da semiliberdade são as mesmas cabíveis para a medida de internação.

3 A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E SEUS REFLEXOS SOCIAIS

Diante dessa realidade, a ocorrência da criminalidade juvenil explica-se, diversas vezes, pela rejeição dos valores sociais institucionalizados pelo mundo adulto, na tentativa de se cultivar seus próprios valores e padrões de existência.

Bem assevera Shecaira ao dizer que "[...] a criminologia contemporânea define o comportamento desviante do adolescente como fenômeno social normal, que desaparece com o amadurecimento [...]"[264]. No mesmo raciocínio, o autor considera "[...] a adolescência como um período em que os jovens afrontam a dupla tarefa psicossocial:

[263] LIBERATI, Wilson Donizeti. op., cit., p. 116.
[264] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de garantias e o direito penal juvenil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.101.

da separação da família e da formação de um conceito de si, voltado para a idade adulta [...]"[265]

Desse modo, observa-se que muitas das condutas perpetradas pelos adolescentes são partes de um fenômeno normal e geral dessa fase de desenvolvimento do ser humano, seja para ultrapassar limites, seja para testar a eficácia das normas ou simplesmente demonstrar o atributo "coragem" frente ao seu grupo de convivência.

Nas palavras de Maciel "[...] a adolescência é uma fase de erupção. Tudo é tão intenso e contraditoriamente duvidoso no indivíduo. É momento de muitas escolhas e poucas opções. Ímpar como é, a adolescência causa um verdadeiro terremoto interior [...]"[266]

É nesta perspectiva que a legislação em comento apresentou a medida socioeducativa de internação como resposta mais grave aos executores de atos infracionais, a ser aplicada numa ótica multidisciplinar sobre o comportamento do infrator, de modo a aferir suas particularidades que em muito se diferem se comparadas ao adulto.

A estes sujeitos de direitos procurou o Estado impor a reprimenda legal análoga à prisão, em vista do seu exclusivo direito de punir, mormente, o dever de reeducar o jovem desviante, como forma de reintegrá-lo socialmente, obrigando-os a respeitar as comunitárias a ponto de assumi-las como suas, a partir de comprometimentos éticos e morais.

A medida socioeducativa de internação, objeto de estudo neste trabalho de pesquisa, encontra sua previsão no artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo definida como medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, os quais serão abordados detalhadamente no item seguinte.

Com efeito, a internação constitui a mais grave medida do sistema de medidas possíveis de aplicação aos adolescentes infratores, reservada a casos extremos e de notória excepcionalidade, devendo ser assim utilizada, tal como ocorre no sistema penal direcionado aos maiores de 18 anos, com a mais estrita parcimônia.

Malgrado a medida em apreço possua natureza segregadora, assim como todas as demais medidas disciplinadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não se pode

[265] Ibidem. op.cit., p.103.
[266] MACIEL, kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. op.cit., p.797.

negar o ínsito caráter pedagógico que permeia a medida de internação, sem o qual, certamente, não se justificaria a privação de liberdade num sistema de proteção a menores.

Não basta pura e simplesmente a imposição da medida privativa de liberdade para que se possa afirmar a satisfação dos direitos voltados ao o público infanto-juvenil. Necessário, pois, um efetivo acompanhamento da evolução da reprimenda legal aplicada em face do adolescente, justamente pelo agudo momento de transformação física e psíquica a que o mesmo está sujeito.

Isto porque o comprometimento do Estado não se deve voltar exclusivamente ao atendimento dos problemas que permeiam a sociedade, ora considerada de forma genérica e abstrata. Evidentemente que o Poder Público deve considerar os problemas que afetam seu cidadão, notadamente o indivíduo infrator, de modo a apresentar-lhe condições satisfatórias, mitigadoras da reincidência criminal.

Assim, tem-se que a atuação estatal não se resume apenas em dirimir os conflitos, amenizando as indignações e clamores sociais pelas ocorrências dos delitos; evidente que seu compromisso vai além do atendimento dos anseios concretos que diuturnamente reclamam uma atenção especial do ente público. No plano de fundo, deve estar presente a busca pelo resgate da cidadania do delinquente, o que somente é possível com a oferta de uma educação de qualidade e formadora de cidadãos consciente de seus deveres cívicos.

Sob esse prisma, consoante já explanado, a internação só se faz pertinente em casos excepcionais, já que afasta temporariamente o adolescente do convívio sócio familiar, colocando-o em estabelecimento institucional, sob responsabilidade do Estado, constituindo verdadeira restrição ao direito fundamental de liberdade, imprescindível à ressocialização e formação do caráter do recuperando.

Considerando as peculiaridades da medida de internação, muito se discute quanto à efetividade da mesma no tocante a recuperação do infrator. Não é demais lembrar que qualquer medida socioeducativa possui finalidade educativa e curativa, não sendo diferente a medida de internação, seja qual for o caso concreto.

No plano formal, verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente contém normas amplas de proteção ao menor, bem como implementadoras de atividades necessárias ao desenvolvimento e regeneração do autor de ato infracional.

Todavia, no plano prático, resta evidente que alei formal não conseguiu alcançar o patamar de aplicação que se almejou ao ser elaborada, vez que são recorrentes as graves

violações dos direitos e garantias conferidos aos adolescentes, especialmente aos autores de ato infracional.

Vive-se um período de liquidez, em que o discurso do medo é constantemente explorado pela mídia, fomentando o expansionismo do Direito Penal – que tem também como bandeira a redução da maioridade penal. Nesta seara, o Direito Penal surge como vedete para acalmar o clamor social, mas olvida-se que sua utilização imoderada o transforma em um mecanismo de clivagem social, atuando de forma seletiva contra indivíduos pré-selecionados – contribuindo para a criminalização da juventude pobre e negra.

Justificam a necessidade de redução da maioridade penal no fato de que os adolescentes teriam consciência da ilicitude do ato perpetrado. Entretanto, a imputabilidade penal não é composta apenas pela consciência da ilicitude, mas também pela possibilidade de determinar-se de acordo com esta imposição normativa. E é este o ponto chave.

A adolescência é um momento delicado na vida do ser humano pelo qual passa o jovem na busca de sua inserção social e auto definição, em que acaba sendo frequentes atos de rebeldia. Assim, as crianças e os adolescentes não nascem "delinquentes" - elas aprendem tal comportamento com a interação com o mundo do crime, já que não conseguiram ingressar em nenhum grupo de imagem positiva.

Desta feita, verifica-se que a medida socioeducativa de internação perdeu de vista suas diretrizes, pois a administração interna acaba por se omitir na fiscalização das unidades de internação, a ponto de submeter os adolescentes a condições desumanas, deixando o descoberto a efetiva recuperação dos mesmos.

Neste diapasão, a internação acaba por insurgir nos jovens sentimentos de insegurança, agressividade e frustação, considerando que não atende aos princípios e diretrizes estabelecidos pelo ECA, equiparando-se, pois, a verdadeiras penas, sendo um fim em si mesma. Pode-se elencar, dentre outras problemáticas da efetividade da internação, a inexistência de profissionais qualificados para a realização das atividades educacionais, infraestrutura dos espaços destinados a privação da liberdade, falta de recursos para a mantença das unidades, superlotação, alimentação, higienização, enfim, prática de atos contrários a dignidade da pessoa humana e prioridade integral e absoluta.

Isto fomenta a insegurança do grupo juvenil e, por via oblíqua, não ressocializa o adolescente, equiparando-se a verdadeiras penas, sendo um fim em si mesmo,

ocasionando por consequência insegurança social, aumento dos índices de violência – um prato cheio para os noticiários sensacionalistas, que moldam e inflamam a opinião do público. Liberati explica:

> Ela terá eficácia, no entanto, se for um meio para tratar o adolescente, e nunca um fim em si mesma, adotando um critério rígido de triagem, para permitir o tratamento tutelar somente daqueles que dele necessitam. Disso decorre que a internação deve ser cumprida em estabelecimento especializado, de preferência de pequeno porte, e contar com pessoal altamente especializado nas áreas terapêutica e pedagógica e com conhecimentos de Criminologia.[267]

Note-se que no plano real a problemática se agrava, vez que a internação deixa de ser a solução do problema passando a uma agravante tocante ao comportamento do adolescente, que ao ser desinternado acredita que o mundo do crime é o caminho mais adequado para superar suas necessidades e deficiências proporcionadas pela condição omissa do Estado.

O Poder Público deveria pautar sua atuação na aplicação efetiva da medida socioeducativa de internação, tal como prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, sendo medidas menos drásticas e mais eficazes para a contenção da violência urbana, além de contribuírem para a redução das desigualdades sociais, tão pungentes em nosso país.

Esta escorreita aplicação, inclusive, é uma alternativa mais branda e efetiva do que aquelas propostas pelos discursos "penais midiáticos", dentre elas, a redução da maioridade penal, que tanto se discute entre os legisladores brasileiros, prevista na Proposta de Emenda à Constituição nº 171, que visa a alterar a redação do art. 228 da Constituição do Brasil, possibilitando a aplicação da legislação penal ordinária aos adolescentes autores de atos infracionais equiparados a crimes hediondos, elencados na aludida proposta.

Deve-se buscar, em verdade, medidas aptas a concretizar a reintegração familiar deste adolescente, tornando-a ambiente seguro e saudável, propiciando adequado desenvolvimento físico e mental a eles, além de capacitação profissional e auxílio estudantil, tudo nos ditames da legislação estatutária.

Assim, resta evidente a necessidade de criar e ampliar políticas públicas, de forma geral, para a proteção integral das crianças e adolescentes nos termos da legislação

[267] LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatutoda Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 115.

formal. Isto não implica certamente no fim do problema pelo qual o Brasil enfrenta, mas talvez o começo do fim, tendo em vista que entre uma regular legislação estatutária e a sua inadequada aplicação, não se modifica a norma, pelo contrário, aperfeiçoa-se sua prática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na celeuma apresentada, verifica-se que a temática da escorreita aplicação da medida socioeducativa de internação ganha cada vez mais relevo entre os pesquisadores interessados na sua dinâmica, assim como a indiscutível responsabilidade e interferência da omissão estatal na não recuperação do jovem, bem como na falta de amparo e acompanhamento do egresso e de sua família, resultando na exclusão destes adolescentes no ambiente "pós-cumprimento"e, por consequência, a disseminação do mito da impunidade dos chamados "menores de 18 anos".

Por outro lado, a população infanto-juvenil, na qualidade de titulares de interesses juridicamente protegidos pela família e pelo Estado, continuam sendo alvo de desrespeito e discriminação, no que tange a recuperação de sua cidadania quando se refere a aplicação e cumprimento das medidas socioeducativas.

Sabe-se que não basta pura e simplesmente a imposição de medida privativa de liberdade para que se possa afirmar a satisfação dos direitos voltados ao público infanto-juvenil. Necessário, pois, um efetivo acompanhamento da evolução da reprimenda legal aplicada em face do adolescente, justamente pelo agudo momento de transformação física e psíquica a que o mesmo está sujeito. Isto porque o comprometimento do Estado não se deve voltar exclusivamente ao atendimento dos problemas que permeiam a sociedade, ora considerada de forma genérica e abstrata. Evidentemente que o Poder Público deve considerar os problemas que afetam seu cidadão, notadamente o adolescente infrator, de modo a apresentar-lhe condições satisfatórias, mitigadoras da reincidência criminal.

Com efeito, tem-se que a atuação estatal não se resume apenas em dirimir os conflitos, amenizando as indignações e clamores sociais pelas ocorrências dos delitos; evidente que seu compromisso vai além do atendimento dos anseios concretos que diuturnamente reclamam uma atenção especial do ente público. No plano de fundo, deve estar presente à busca pelo resgate da cidadania do infrator, o que somente é possível com

a oferta de uma educação de qualidade e formadora de cidadãos consciente de seus deveres cívicos, pois a capacidade do ser humano de resistir ao meio adverso e sair dele tão logo encontre condições favoráveis, ou seja, sua capacidade resiliente é mais um argumento a favor de que a "má índole" não é apenas a interpretação na natureza daquele que infringiu a lei.

Nesse viés, em relação à proposta acerca da ineficácia da medida de internação, o insucesso estatal toma frente no que se refere a soluções para a efetivação do sistema protecionista, pois para as medidas terem efeito positivo, é necessário apoio de uma equipe multidisciplinar e uma rede que dê suporte e amparo a todo esse processo, já que, ao cometer o ato infracional, o adolescente está desprovido de valores familiares e sociais, falta de limites e importância do em suas atitudes, devido à crença de que, sendo adolescente, o mesmo não sofrerá pelos seus atos.

Logo, fica evidente que a concreta, efetiva e real imposição de direitos e garantias da infância e juventude baseiam-se na aplicação conjunta dos princípios e obrigações estatuídos na Lei Maior e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre sobrelevando a dignidade humana, a condição peculiar do jovem como pessoa em desenvolvimento e valores sociais fundamentais e não com atuação imediatista e populista do Poder Público, como por exemplo, a redução da maioridade penal, visto que, na realidade, está-se longe do ideal considerado socioeducativo, mantendo-se ainda um modelo muito repressivo e pouco educativo, de modo que há muito a ser feito para que as medidas se tornem de fato socioeducativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

COMPACTO, *Vade Mecum*. obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti-9ª.ed.atual. e ampl.-São Paulo: Saraiva, 2016.

CURY, Garrido & Maçura. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DARLAN, Siro. *Da Infância Perdida à Criança Cidadã.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

DIGIÁCOMO, Murillo José. *Breves considerações sobre o art. 122, inciso III da Lei nº 8.069/90*. Disponível em *www.crianca.caop.mp.pr.gov.br*. Acesso em 02 de abril de 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. *ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado.* 2ª ed. São Paulo: FTD, 2011.

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

JÚNIOR, João Paulo Roberti. *Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil*. Disponível em: www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/20121/artigo025.pdf. Acesso em 03 mar. 2016.

KOSEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa:* Reflexões sobre a Natureza Jurídica das Medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente- Aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MARÇURA, Jurandir Norberto. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado- Comentários jurídicos e sociais.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.* 4ª ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. In CURY, Munir (Coord.) *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado- Comentários jurídicos e sociais.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O Melhor Interesse da Criança:* um debate Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Direito da Criança e do Adolescente:* Uma proposta interdisciplinar. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALIBA, Maurício Gonçalves. *O Olho do poder- Análise crítica da proposta educativa do estatuto da Criança e do Adolescente.* São Paulo: Editora UNESP, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. O Adolescente em Conflito com a Lei e sua Responsabilidade: Nem abolicionismo penal, nem direito penal máximo. Disponível em: www.jsaraiva.blog.br/blog/wp-conteent/uploads/2008/07/adolescente2.pdf . Acesso em 20 mar. 2016

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de garantias e o direito penal juvenil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAPÍTULO XIX

O OBJETIVO OCULTO NA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

Caio César Tenório Garé

RESUMO: As drogas acompanham o homem há muito tempo, sendo originalmente utilizado em rituais com o propósito de se atingir o divino ou na medicina. Com o passar do tempo, a livre manifestação da vontade humana tornou as drogas objeto de prazer. A era das grandes navegações foi um difusor no consumo dessas substâncias pelo mundo todo e no início do século XX, os Estados Unidos lideraram uma campanha contra o consumo alegando prejuízo a saúde pública e resgate aos valores morais. Os anos que se seguiram foram de repressão ao uso e combate de tráfico. Sem uma clara explicação, algumas drogas que causaram sérios riscos à saúde são consideradas legais, enquanto outras, menos nocivas são altamente reprimidas. A presente pesquisa tem o objetivo de mostrar as leis antidrogas, como um meio utilizado pelo estado para controle de alguns setores considerados perigosos na sociedade. Primeiramente o trabalho mostra a evolução pela qual a droga passou ao longo dos anos e como era sua interação nas sociedades, até chegar à atual política de "guerra contra as drogas". No trabalho é feita uma análise sobre as legislações já utilizadas até a atual, e as escolhas políticas que determinam a forma de aplicação desta. Após é feito um estudo sobre o controle social e a seletividade punitiva para segregar da sociedade os pobres, não brancos, marginalizados e desprovidos de poder. Por fim o estudo aponta a falta de coerência no bem jurídico protegido pela Lei 11.343/06, Lei de Drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas. Tráfico. Seletividade Penal. Controle Social. Falso Bem Jurídico.

INTRODUÇÃO

O uso e a disseminação das drogas fazem parte da maioria das sociedades contemporâneas. Em toda a história ela nunca foi vista como problema de saúde pública e interagia com a sociedade em rituais religiosos, na medicina e como objeto de prazer. A produção, a variedade, o comércio e o uso têm aumentado gradativamente.

Ao comércio dessas substâncias psicoativas é atribuído inúmeros problemas como a violência urbana, a formação de organizações criminosas e os males a saúde

pública. Liderados pelos Estados Unidos, há mais de cem anos, iniciou-se a proibição, obrigando a maioria dos países a adotarem leis transnacionais no mesmo sentido.

Poderíamos dizer que a incapacidade de destruir o narcotráfico e suprimir o consumo foi um fracasso, mas para um observador mais atento, o Estado logrou êxito, ao conferir poderes abusivos ao sistema policial, ao legitimar ou submeter, sob seu controle as camadas da população marginalizadas pelo empreendimento neoliberal.

A proposta desse trabalho tem como objetivo lançar um olhar crítico sobre o maior vetor de criminalização dos novos tempos: o comércio de drogas ilícitas.

Um problema intrínseco ao tema proposto é controle social da conduta humana. Fenômeno este presente em qualquer sociedade contemporânea, abrangendo desde os grupos mais distantes, quanto aos mais próximos do centro do poder. Essas elites dominantes, em suas vertentes socioeconômica e político-cultural, que se arvoram em donas do poder institucional, responsáveis pela manutenção da injustiça social e da exploração do homem pelo homem em todos os quadrantes do planeta, ditam cátedra os parâmetros de vida corriqueiros, legislando em causa própria. E uma dessas arestas reside especificamente na atual Lei 11.343/06, conhecida como nova Lei de Drogas. Comparando a intensificação natural da luta dos contrários percebe-se o paroxismo quando analisado os resultados da lei em tela, universal e aparentemente justa, mas fruto de forças morais e vontades políticas, servindo apenas a seus interesses espúrios, com alvos específicos. Nesta situação paradigmática é mister estabelecer como o sistema penal realiza a seleção das pessoas que vão responder pela conduta prevista como tráfico de drogas ilícitas.

Após definidos esses pontos, veremos que este trabalho tem o objetivo de descrever o controle social exercido pelo Estado sobre as populações mais vulneráveis e indesejáveis do capitalismo moderno, através de uma lei que carece de bem jurídico legítimo, adotando um falso moralismo seletivo.

A população carcerária brasileira ultrapassou a marca de 600 mil pessoas. Um número altíssimo e alarmante que vem aumentando exponencialmente através dos anos. Hoje faltam 250.348 vagas no sistema penitenciário. Além disso, verificamos cada vez mais casos de reincidência, confirmando que nosso sistema penal não funciona efetivamente. Esse processo sombrio gera um mal-estar intensificado, que acaba se transformando em evidente doença anímica na população brasileira, que tende a tornar-

se morbidamente ego centrada e defensiva, buscando um fundamento catártico de segurança, clamando por mais prisões.

Desde a promulgação da referida lei, o número de encarcerados pelos crimes de tráfico em relação ao número total de presos, saltou de 13% para 28%, de um total de 622.202 presos, segundo o último relatório divulgado pelo INFOPEN datado de dezembro de 2014. O método a ser utilizadoserá uma pesquisa teórica e bibliográfica, entendendo que o controle social não pode ser considerado fora de um contexto social e que as contradições se transcendem dando origem a novas contradições que requerem soluções, formulando assim um conceito abrangente sobre a discussão em foco. Para isso será feita uma revisão crítica da literatura de livros e legislação para compreender os critérios relacionados à proibição dessas substâncias e as pessoas que serão incriminadas ou punidas por essa lei.

Ao final deste trabalho poder-se-á concluir que a política chamada de "guerra às drogas", elaborada com o intuito de pôr fim ao uso de substâncias proibidas, impulsionaram o mercado clandestino de narcotráfico internacional, num casamento perfeito entre o capital e as drogas, protegidos por instituições de lavagem de dinheiro. De forma que a manutenção do mercado consumidor é importante, para o controle social dessas supostas classes perigosas; retirando a ameaça a certos estratos sociais, de seu modo político-social e econômico, em uma rede bem orquestrada pela elite dominante.

1 DROGAS: DO LIVRE CONSUMO À PROIBIÇÃO

As substâncias entorpecentes fazem parte da história da humanidade, surpreende-se o leitor, ao descobrir que diferentemente da política proibicionista adotada há mais de cem anos, antigamente essas substâncias eram produzidas e vendidas livremente, sem o estigma de imoral ou ilegal. A droga movimentava a economia global e o lucro deixava a moral em segundo plano, tanto que no século XVI, a Igreja defendia o livre comércio sobre a cocaína, chegando a cobrar impostos, sendo a produção desta planta estimulada pelos espanhóis no período colonialista.

> Os espanhóis estimularam intensamente o consumo de coca. Era um negócio esplêndido. No século XVI, gastava-se tanto em Potosí em roupa europeia para os opressores como em coca para os índios oprimidos. Quatrocentos mercadores espanhóis viviam em Cuzco, do tráfico de coca, nas minas de Potosí, entravam anualmente 100 mil cestos, com um milhão de folhas de coca. A igreja cobrava imposto sobre a droga. O inca Garcilaso de La Veja nos diz em seus comentários reais, que a maior parte da renda do bispo, dos cônegos e

> demais ministros da Igreja de Cuzco provinha de dízimos sobre a coca. E que o transporte e a venda deste produto enriqueciam em muito os espanhóis (GALEANO, 2010, p. 59).

Com a expansão das rotas comerciais do século XVIII, as vendas do ópio, promovidas pela *East Índia Company,* chegou a representar a sexta parte do total da renda obtida pela Índia Britânica. O ópio também era consumido na Europa, nos opiários, que existiam nas principais cidades européias, onde a droga era livremente consumida pelas pessoas. A Inglaterra transportava ópio para a China. Isso levou o imperador chinês a proibir toda comercialização da droga. A Inglaterra considerou esse fato uma grande injustiça contra o livre comércio, declarando guerra à China em 1839.

> As guerras do ópio, em 1939 e 1856, respectivamente, trazem a marca de uma política que vislumbrava uma enorme lucratividade no comércio legal do ópio. Os ingleses realizavam grandes lucros com o fomento da produção de ópio na costa oriental da Índia e, especialmente com a exportação para a China, aonde cerca de dois milhões de pessoas chegaram a se tornar ópio manas (D'ELIA FILHO, 2007, p.77).

O interesse declarado pelos ingleses nessas duas guerras era, sem dúvida, a lucratividade em face de saúde pública chinesa. No entanto, segundo D'Elia Filho, os Estados Unidos era um país interessado em frear o desenvolvimento inglês, liderando através de um apelo moralista de resgate aos bons costumes, a Convenção de Haia em 1912, com o fim de ratificar a proibição do ópio, e, se possível, nada, além disso, como seus derivados. A iniciativa americana se limitava a um acordo internacional que se destinaria a salvar o povo chinês do vício, o governo chinês da colonização e o mercado chinês dos monopólios europeus, interrompendo as exportações anglo-indianas de ópio para a China e seus vizinhos. A Inglaterra seria o país mais prejudicado com a proibição do ópio e condicionou sua participação na Convenção de Haia se incluíssem a cocaína, fazendo com que o ônus econômico recaísse também sobre outros países que comercializavam a cocaína na emergente indústria farmacêutica. Apesar das resistências, o acordo foi aprovado dando início ao controle internacional das drogas.

> Se as guerras do ópio traziam consigo a marca de uma política voltada para o livre comércio de drogas, a atual política internacional de drogas, que se estabeleceu de forma proibitiva, a partir da convenção de Haia, em 1912, no entanto traz a marca da guerra no plano interno e internacional, onde a droga é vista como "inimiga" e o traficante como "invasor" e "conquistador" ou mais especificamente como "narcoterrorista" e "narcoguerrilheiro". Muita coisa mudou quando o assunto é droga (D'ELIA FILHO, 2007, p. 78).

As primeiras "guerras" foram baseadas na "injustiça" contra o livre comércio. A política vislumbrava a lucratividade no comércio legal dos entorpecentes. Mas a partir do século XX, as drogas começam a adquirir um caráter proibicionista.

> Os chineses, vindos em larga escala para trabalhar nas estradas de ferro no oeste dos EUA, trouxeram o hábito de fumar ópio e a esse psicoativo foram ferrenhamente associados. A maconha era considerada, em princípios do século XX, droga dos mexicanos, grupo visto pelos brancos estadunidenses como indolentes, preguiçosos e, por vezes, agressivos. Aos negros, parcela da população lançada em miseráveis condições de vida, atribuía-se o uso da cocaína, pratica que supostamente os tornava sexualmente agressivos. Por fim, o álcool era percebido como uma droga que era usada pela comunidade de imigrantes irlandeses. Nos quatro casos a mesma lógica: minorias e imigrantes portavam comportamentos moralmente reprováveis que ameaçavam valores profundos nos EUA. Segundo Passetti (1991), Escohotado (1998) e McAllister (2000), essas comunidades eram tidas pelo cidadão norte-americano, branco e de origem anglo-saxônica como entidades exógenas, estranhas e de hábitos perigosos, que traziam venenos e disputavam empregos com aqueles estabelecidos na América há gerações (RODRIGUES, 2012, p. 26).

Nos Estados Unidos a guerra que se anunciava contra as drogas passou longe dos verdadeiros propósitos medicinais e sociais que o uso dessas substâncias causava, mas se revestiu da máscara ideológica e moral, fato que serviu para etiquetar e rotular movimentos políticos internos, selecionando e estereotipando classes consideradas perigosas à elite branca estadunidense, com o uso de determinadas drogas.

> Com o início da revolução industrial, que necessitava de uma mão-de-obra produtiva, disposta a trabalhar por mais de 12 horas diárias, as drogas "entorpecentes" como o ópio e seus derivados (morfina e heroína), eram substâncias indesejáveis em seus efeitos. A letargia, estado de profunda e prolongada inconsciência, como efeito do uso do ópio e seus derivados já não eram mais interessantes do ponto de vista econômico. A Liga das Nações – embrião da atual ONU (Organização das Nações Unidas) – convoca uma reunião para a formação da Comissão de Xangai para tratar da questão do ópio em 1909, sendo que as resoluções acordadas referiam-se, especialmente, ao ópio fumado, sendo que os alcaloides dele derivados, tais como a heroína, a morfina e a codeína, permaneciam fora das recomendações restritivas. A política de proibição, desde o início, já revelava as condicionantes socioeconômicas da reação ao uso e comércio de algumas drogas (D'ELIA FILHO, 2007, p.79).

Em 1919, o controle da população perigosa aumentou com a aprovação da Lei Seca. Essa lei instituiu a proibição total da produção, circulação, estocagem, importação, exportação e venda de bebidas alcoólicas em todo o território estadunidense, criando a primeira rede de traficante e organizações, que se dedicaram a suprir o mercado ilícito criando em decorrência dessa lei. A proibição não diminuiu o consumo, e essa lei foi responsável direta pelo aumento da criminalidade até ser revogada em 1933.

> O recuo quanto à proibição do álcool nos EUA não significou uma reavaliação global das políticas de proibição. A lista das substâncias psicoativas foram mantidas e ampliadas e, na década de 30 chegou a vez da maconha. O *Marijuana Tax Act* (Lei Tributária sobre a Maconha), promulgada por Frankilin Roosevelt, em 1937, proibia o cultivo e comercialização de *cannabis* em solo estadunidense. A grande depressão americana parece ter sido o impulso econômico para a criminalização da maconha, que era usada naquela época de forma muito restrita pela população dos EUA, mas que tinha grande aceitação junto aos mexicanos que, a partir da quebra da bolsa de valores norte-americana, passou a ser mão de obra competitiva, não desejada em razão da crise econômica (D'ELIA FILHO, 2007, p.84).

A Conferência de Genebra, em 1936, marca o panorama da proibição internacional com a imposição do modelo americano, que obrigava os países signatários a criarem departamentos próprios de repressão ao tráfico de drogas. Nas décadas de 40 e 50, os EUA e os países europeus começam a desenvolver a geopolítica das drogas: os países industrializados de ponta exigem maior rigidez no controle dos opiáceos, maconha, cocaína, produzidos pelos países menos desenvolvidos, enquanto as substâncias sintéticas, produzidas nas indústrias farmacêuticas dos EUA e Europa (barbitúricos e anfetaminas) sofrem pouca ou nenhuma regulamentação.

No final dos anos 60 os Estados Unidos lutavam uma guerra perdida no Vietnã, enquanto a geração jovem preferia a mistura de "*sexo, drogas e rock'n'roll*", em vez de apoiar um governo que não inspirava confiança. As drogas não mais se restringiam as classes "perigosas" da sociedade americana, ela atingia agora os jovens de classe média e alta. As leis estavam apenas enriquecendo os cartéis. O presidente Nixon identifica os psicoativos ilícitos como inimigos números 1 da América e, em consequência, declara guerra às drogas.

> Essa guerra, longe de ser apenas uma metáfora, significava a intenção de aprofundar as medidas repressivas por meio de crescimento das ações policiais de busca e apreensão de drogas ilegais e do combate a grupos clandestinos e redes de tráfico. Se aceita oficialmente a existência de países produtores de drogas ilícitas e países consumidores, atitude que cumpria o papel de exteriorizar o problema do tráfico de drogas, colocando Estados e regiões do então Terceiro Mundo como agressores e os Estados Unidos na posição de vítima: nessa lógica criminosos asiáticos e latino-americanos levariam heroína, cocaína, maconha e LSD para corromper a juventude americana (RODRIGUES, 2012, p.38).

Até a década de 70, a proibição internacional de psicoativos possibilitara o crescimento de um gigantesco mercado ilegal, que acabava por fortalecer as agências e as leis destinadas a perseguir essa economia ilícita (RODRIGUES, 2012, p. 39). A

cocaína passou a ocupar um lugar de destaque no comércio de drogas a partir de 1976, superando a heroína. Então essa substância passou a ser o alvo da política americana de repressão, gerando um novo estereótipo de "inimigo externo", pois essa droga provinha dos países andinos.

> Ao entrar na década de oitenta, os EUA apresentavam o maior número de consumidores de droga de toda a sua história. Os aspectos econômicos e políticos do tráfico de cocaína passam a ser o centro do discurso proibicionista, transformando agora em discurso político. As fugas de capital em direção as contas bancárias nos paraísos fiscais faziam conexão com o novo negócio bilionário, criado a partir de um atrativo mercado consumidor, em condições geopolíticas que facilitaram o *boom* da cocaína e o surgimento de organizações e redes de poder.
> Ao lado do imenso mercado consumidor e da tecnologia bancária, que faz com que os "narcodólares" sejam lavados em instituições financeiras, sendo reaplicados em outros negócios clandestinos ou não, (...) a sedução econômica para faixas pauperizadas das populações latino-americanas dos camponeses andinos aos miseráveis urbanos, o negócio ilegal do tráfico de drogas tornou-se, a despeito de qualquer reprovação moral, o mais rentável trabalho a se dedicar (...) (D'ELIA FILHO, 2007, p.94).

Com a polarização mundial chegando ao fim, no final da Guerra Fria, a ameaça comunista perdia força e o inimigo externo não existia mais. Assim como as ditaduras latino-americanas apoiadas pelos EUA. Dessa forma o governo americano, com o fim de justificar a intervenção no plano internacional, adotou um novo inimigo: o narcotráfico.

> O ponto de transição em que as duas ameaças (comunismo e narcotráfico) convivem pode ser demarcado em 1985, quando o então embaixador dos EUA na Colômbia, Lewis Tambs, afirma haver nesse país uma associação direta entre guerrilhas marxistas, em luta pelo poder no país desde os anos 1960, e as organizações narcotraficantes. Tambs classificou tal associação como narcoterror. A posição do diplomata foi reforçada com a edição de um documento (a National Security Decision Directive – NSDD 221) pelo presidente Ronald Regan, já em 1986, que registrava oficialmente que, para o governo, comunismo e narcotráfico agiam em conjunto para minar a democracia e a saúde das populações (RODRIGUES, 2012, p. 63-64).

À vista disso, os EUA criaram uma falsa ideia de que são as vítimas do narcotráfico, construíram a ideia de que são consumidores inocentes e o verdadeiro mal são os países produtores. Dessa forma justificam sua invasão no plano externo, definindo inimigos criados. Levando um olhar criminalizador e genocida àquele que é identificado como traficante, enquanto aos usuários, a perspectiva médica.

Como nos Estados Unidos, o movimento de criminalização de diversos psicoativos no Brasil, se intensifica a partir do século XX, guardando muitas semelhanças e, ora, seguindo o modelo transnacional ditado, como veremos no próximo tópico.

2 BREVE INTRODUÇÃO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A legislação brasileira, desde as Ordenações Filipinas (1603), passando pelo Código Penal de 1890, por dezenas de decretos, pelo Código Penal de 1940, pela Lei 5.726/1971, até a Lei 6.368/1976, com pequenas modificações posteriores, sempre transmitiu a ideia de que era necessário estabelecer uma "guerra contra as drogas".

> A criminalização do uso, porte e comércio dessas substâncias entorpecentes no Brasil aparece quando da instituição das Ordenações Filipinas (Livro V, Título LXXXIX – "que ninguém tenha em caza rosalgar, nem a venda, nem outro material venenoso"). E se o Código Penal Brasileiro do Império (1830) nada mencionava sobre a proibição do consumo ou comércio de entorpecentes, a criminalização será retomada na Codificação da República (CARVALHO, 2014, p. 59-60).

No ano de 1912, o Brasil subscreveu o protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, e o Congresso Nacional sancionou a adesão ao tratado com o decreto 2.861 de 8 de julho de 1914, que mencionava o abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como o da cocaína, mas somente a partir da década de 40 é que se pode definir o surgimento de uma política proibicionista sistematizada. Em 1961, se firmou a Convenção Única Sobre Entorpecentes:

> O escopo do estatuto, definido no preâmbulo da Convenção, refere a necessidade de manutenção da saúde física e moral da civilização, sendo a toxicomania considerada "perigo social e econômico para a humanidade". (...) A ação contra o tráfico e o tratamento dos toxicômanos solidificam o discurso fragmentador. Não obstante o processo de demonização da droga em face da consolidação da ideologia da diferenciação pode ser visualizado o uso político dos entorpecentes pelas agências repressivas através da nominação de novos inimigos (CARVALHO, 2014, p. 66-67).

Para adequar as normas brasileiras, aos compromissos internacionais, é editado o Decreto-Lei 159/67, sobrevindo o 385/68 que modificou o artigo 281 do Código Penal, ao impor ao usuário pena igual à imposta ao traficante. A Lei 5.726/71 adequa as orientações internacionais, ao descodificar a matéria. Posteriormente, com a Lei 6.368/76, o Brasil adota o discurso jurídico-político belicista repressivo, de forma que o inimigo interno está definido na figura do traficante. O capítulo segundo dessa Lei, regulamenta o tratamento coercitivo para recuperação dos dependentes, independente de crime cometido.

> A obrigatoriedade terapêutica aos drogaditos, a partir do entendimento da toxicodependência como fator criminógeno revelador da intensa

> periculosidade social, determina a solidificação do discurso médico-jurídico sanitarista na medida em que (a) associa dependência-delito, (b) abandona a ideia de voluntariedade no tratamento, e, subliminarmente, (c) amplia as possibilidades de identificação do usuário como dependente (CARVALHO, 2014, p. 78-79).

A última alteração legislativa ocorreu em 2006 com a aprovação da Lei 11.343/06, a Lei das Drogas, sendo revogada a Lei 6.368/76. Dentre as alterações presentes no novo diploma, se destacam duas, a descarcerização do porte para consumo próprio e o aumento da pena mínima nos delitos de tráfico.

> A partir da alteração em relação ao porte para consumo, inúmeros autores têm se manifestado no sentido de que a nova Lei representaria avanço em direção ao antiproibicionismo. Entendem que, por não haver mais previsão legal de pena privativa de liberdade para o delito, a lei estaria inovando em muito e alterando o cenário em matéria de política criminal de drogas no Brasil.
> Frisa-se, porém, que ao mesmo tempo em que legisla por menores penas aos usuários, incrementa em muito a persecução penal ao traficante, reforçando ainda mais o binômio que tem sido utilizado constantemente em matéria de drogas no Brasil: usuário-doente (trate-se 'adequadamente') e traficante-criminoso (puna-se severamente) (WEIGERT, 2010, p. 2).

Ao compararmos as redações dos tipos penais nas leis de drogas, observa-se a generalização das condutas e desproporcionalidade das penas. O art. 33 da nova Lei de Drogas, seguindo a tradição da lei anterior (Lei n. 6.368/76), manteve as mesmas condutas descritas como típicas, mas trouxe como novidade o aumento da pena mínima de três para cinco anos de reclusão, gerando discussões, sobretudo, se tal dispositivo feriria o princípio da proporcionalidade.

> O princípio da proporcionalidade é um princípio geral do direito que proíbe que o indivíduo sofra ônus desnecessários quando se comporte de forma inadequada em face da norma jurídica. Devem ser considerados dois pressupostos: o da necessidade (de natureza técnico-instrumental) e o da adequação (normativo). É um princípio que se destaca por "proibir o excesso" da intervenção do Estado sobre o cidadão sendo, portanto, guardião da liberdade(BOITEUX *et al*, 2009, p. 52).

Os verbos do art. 33 da Lei n. 11.343/06, são "importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar", dessa maneira temos que para o legislador, todos esses delitos são considerados da mesma gravidade, pois se assim não se entende, está-se violando o princípio da proporcionalidade.

> A quantidade assustadora de hipóteses previstas como delito no artigo 33 da Lei de Drogas demonstra a necessidade de se restringir a incidência da valoração como crime hediondo, pois nem todas as ações descritas nos referidos artigos podem ser subsumidas à categoria tráfico de entorpecentes (CARVALHO, 2014, p. 322).

Outra característica negativa é a equiparação dos crimes de tráfico aos hediondos, dessa forma não se confere, ao acusado, direito à fiança, graça ou anistia, de acordo com a Lei dos Crimes Hediondos, Lei 8.072/90. Já que estamos em uma "guerra", o inimigo deve ser aniquilado, ao comerciante de drogas ilícitas, recaí toda a vingança da sociedade.

3 O PODER PUNITIVO

O poder dos reis na idade média era tido como decorrência do poder divino, logo, qualquer crime cometido contra o Estado era, em última análise, um crime contra o soberano. Este, por sua vez, tinha garantido o seu direito de punir, que não passava de fazer ao condenado passar por um suplício de seu corpo, em vez de tentar apenas impedi-lo de cometer novos delitos.

> Quando o conflito deixou de ser *lesão contra a vítima* e passou a significar *delito contra o soberano*, isto é, quando a essência de lesão a um ser humano converteu-se em ofensa ao senhor, desvinculou-se da própria lesão e foi-se subjetivando como *inimizade* para com o soberano. A investigação da lesão ao próximo foi perdendo sentido, porque não procurava sua reparação, mas sim a neutralização do inimigo do monarca (ZAFFARONI, *et al*, 2011, p. 392 - 393).

A verificação desse inimigo era um processo obscuro de inquisição, utilizando o terror da disciplina e tortura com o único objetivo de uma confissão. A pena não passava da neutralização do acusado. O povo era parte importante nos suplícios, estava ali para confirmar o poder do rei e abdicar de cometer condutas que gerassem contra si essas punições teatrais de morte. Michael Foucault analisou a punição através dos séculos XVIII e XIX, e suas mudanças e evoluções na sociedade francesa.

> (Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757), a pedir perdão publicamente diante da porta da Igreja de Paris (aonde devia ser) levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; (em seguida) na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí seria erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barriga das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio,

> queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento (FOUCAULT, 1999, p. 9).

Esses são os autos da execução de um condenado por parricídio (assassinato do próprio pai) no século XVIII. Trinta anos depois da morte de Damiens, houve uma revolução no tratamento dispensado ao condenado: o desaparecimento dos suplícios como alvo principal da repressão penal para o encarceramento.

> Durante o século XVIII, dentro e fora do sistema judiciário, na prática penal cotidiana como na crítica as instituições, vemos formar-se uma nova estratégia para o exercício do poder de castigar. E a "reforma" propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coo extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir (FOUCAULT, 1999, p. 69 -70).

Essa reforma punitiva não se tratou apenas de "humanizar" as penas, mas sim de uma nova política em relação às ilegalidades O sistema penal baseado em suplício era instável, imprevisível e pouco eficiente, justamente em um momento em que a necessidade de segurança se torna uma consequência da revolução industrial e advento do industrialismo.

> Mas na metade do século XIII o processo começa a se inverter. Primeiro com o aumento geral da riqueza, mas também com o grande crescimento demográfico, o alvo principal da ilegalidade tende a não ser mais em primeira linha os direitos, mas os bens: a pilhagem, o roubo, tendem a substituir o contrabando e a luta armada contra os agentes do fisco. E nessa medida, os colonos, os artesãos são muitas vezes a vítima principal (FOUCAULT, 1999, p. 71 – 72).

A reforma penal francesa acompanhou a insatisfação da burguesia, que não suportava a ideia de ter seus direitos de propriedade e riqueza ameaçados. Em outras palavras, segundo Foucault, a economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista (1999, p.74).

> As raízes do sistema carcerário se encontram no mercantilismo, mas sua promoção e elaboração teórica foram tarefas do Iluminismo. É nessa época que se desenvolve a teoria do direito penal. Surge um movimento dirigido contra a indeterminação das penas e a arbitrariedade das cortes penais (Montesquieu e Beccaria). Os pioneiros da reforma penal estavam preocupados em limitar o poder sancionador do Estado, formalizando o direito processual e material. (...) A privação de liberdade é considerada como uma consequência natural da

> violação do direito de propriedade; a propriedade e a liberdade pessoal têm o mesmo valor (BATISTA, 2003, p.45).

A burguesia, em franca ascensão, buscava afastar o poder da nobreza decadente, e seu consequente poder divino de punição privilegiado. Essa nova economia da pena não se restringiu apenas à França, expandiu-se por toda a Europa e América, onde a maioria dos países editaram códigos penais e processuais-penais no século XIX. Zaffaroni afirma que, nesse processo codificador mundial é clara a influência exercida pelo código de Napoleão de 1810 (2011, p.397). Nessa perspectiva, altera-se a vítima do criminoso, o soberano não é mais o alvo do crime, a sociedade assume esse posto, tornando o cidadão que cometeu o delito, o inimigo de todo o corpo social.

> Ao nível dos princípios, essa nova estratégia é facilmente formulada na teoria geral do contrato. Supõe-se que o cidadão tenha aceito de uma vez por todas, com as leis da sociedade, também aquela que poderá puni-lo. O criminoso aparece então como um ser juridicamente paradoxal. Ele rompeu o pacto, é, portanto inimigo da sociedade inteira, mas participa da punição que se exerce sobre ele. (...). O castigo penal é então uma função generalizada, coo extensiva ao corpo social e a cada um de seus elementos. Coloca-se então o problema da "medida" e da economia do poder de punir (FOUCAULT, 1999, p. 71 – 72).

A mudança de paradigma, no que se refere a punição, passou por uma transformação importante ao longo dos séculos; o corpo supliciado dá lugar a um controle mais amplo e concentrado dos corpos, ao mesmo tempo em que encontra guarida na economia mercantilista.

4 CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA E CIFRA NEGRA

Para conhecer o novo alvo dessa economia da pena, faz mister compreender como se dá o processo seletivo de criminalização do indivíduo, através da opção política do Estado quando se trata do encarceramento.

> Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com um fim de impor-lhes uma pena. Essa seleção penalizante se chama *criminalização* e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de *agências* que formam o chamado *sistema penal* (ZAFFARONI*et al*, 2011, p. 43).

O processo seletivo de criminalização, nas lições de Zaffaroni e Batista, se dá em duas etapas, respectivamente, *primária* e *secundária*. *Criminalização primária* é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de

certas pessoas. Enquanto a *criminalização secundária* é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas (2011, p. 43). A criminalização primária é realizada pelas agências políticas, sendo um ato formal, que será posto em prática pela secundária, que corresponde as agências policiais, juízes, advogados, etc.

> A criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma cifra oculta (ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 43 - 44).

A seleção punitiva ocorre uma vez que é impossível, os agentes da criminalização secundária, processar e prender todas as pessoas que cometem delitos. Já que a inatividade acarretaria seu desaparecimento, a seleção é o único caminho viável.

Nesse mesmo sentido, o criminólogo Augusto Thompson, sobre a criminalização primária, conclui:

> O ser abstrato "legislador" representa pura idealização ético-metafísica. Numa sociedade complexa, e hierarquizada, dita às leis a classe que dispõe de poder. E, obviamente, armará a ordem legal de sorte a garantir a permanência das desigualdades existentes, das quais decorrem as vantagens que lhes bafejam os membros, tanto quanto os ônus suportados pelas massas oprimidas. Ou seja: a ordem jurídica elaboraram-na os grupos predominantes em termos de poder, com o propósito político de assegurar a conservação do *status quo* sócio econômico (THOMPSON, 2007, p. 47).

Levando em conta as limitações da criminalização primária e secundária, sejam por absoluta falta de material humano ou por escolhas políticas, os crimes que não chegam ao conhecimento das autoridades ou aqueles que não resultam em processo criminal, empregam a categoria chamada "cifra negra".

> Entre a criminalidade real e a criminalidade aparente, há uma enorme quantidade de casos que jamais serão conhecidos pela polícia. Esta diferença é o que se denomina cifra obscura, cifra negra ou delinquência oculta. A diferença entre a criminalidade real e aparente seria, pois, dada pela cifra negra (DE CASTRO, 1983, p. 68).

Destarte, podemos proceder à forma como o sistema penal realiza a seleção das pessoas que vão responder pelos crimes de tráfico. Extraindo das lições do brasileiro Augusto Thompson, a seleção punitiva nos crimes relacionados ao tráfico, pode ser definida, conforme sintetiza D'Elia Filho, como (a) A visibilidade da infração:

> Os grandes pontos de venda de drogas ilícitas na Barra, por exemplo, se localizam em áreas residenciais de acesso privado, como apartamentos e condomínios, espaços onde a polícia não tem entrada franqueada.
> De forma distinta, encontra-se o espaço onde circula a mercadoriailícita nas favelas do Alemão e Cidade de Deus, onde a polícia, ainda que de forma limitada, tem acesso livre às vielas e becos onde ocorre o comércio ilegal das drogas (D'ELIA FILHO, 2007, p.18).

(b) A adequação do autor ao estereótipo do criminoso pela ideologia prevalente: "Crime e miséria têm sido constantemente associados. Setores ditos progressistas consideram, ainda hoje, a pobreza como causa de crime, sendo que o primeiro definidor da imagem de delinquente é o seu status social" (2007, p. 19).

(c) A incapacidade do agente em beneficiar-se da corrupção ou prevaricação: Sobre isso cita os ensinos de Thompson, "só pode subornar quem dispõe de recursos (corrupção); só pode pedir para ser atendido quem goza de prestígio (prevaricação)" (2007, p.21).

(d) A vulnerabilidade à violência:

> Entretanto, o poder econômico não protege a grande maioria dos envolvidos com o comércio de drogas ilícitas nas favelas e periferias da cidade. (...) a divisão do trabalho no comércio ilegal fez surgir a figura do "estica", aquele que resolve participar do negócio ilícito como revendedor da mercadoria. Este "sacoleiro" das drogas ocupa a mesma posição dos camelôs e pivetes, sendo considerado um bandido de 3ª classe, uma vez que é sobre ele que recai a repressão punitiva (D'ELIA FILHO, 2007, p. 21-22).

(e) O espaço público,

> Embora não citado por Thompson, também constituí fator de seletividade punitiva. Vemos que o Estado escolhe políticas de segurança levando em consideração não somente a incidência estatística da criminalidade. A política bélica de combate as drogas na favela da Rocinha – situada entre os bairros da Gávea e São Conrado, caminho obrigatório para quem vai da zona sul à Barra da Tijuca – não pode ser a mesma das favelas do Alemão e Juramento, localizadas nos subúrbios cariocas (D'ELIA FILHO, 2007, p. 22-23).

Para o autor, os candidatos à criminalização são representados pelo tríduo PRETO-POBRE-FAVELA. Analisamos que a seletividade punitiva encontra nos menos favorecidos seu alvo. Dessa forma fica evidente que a concentração do capital gerado pelo narcotráfico está nas mãos dos grupos conhecidos como cartéis ou máfias. Por outro lado, onde circula e quem se beneficia dos bilhões de dólares produzidos por esse mercado?

> O banqueiro saudita Gaith Pharon, à época um dos quinze homens mais ricos do mundo, declarou, em Buenos Aires, que todos os grandes bancos lavam dinheiro do narcotráfico, incluindo instituições como o First Bank of Boston e o Crédit Suisse. Pharaon ressentia o fato de que apenas o seu Bank of Creditand

> Commerce International, estopim de um grande escândalo financeiro em 1992, fosse citado com frequência por suas vinculações com o narcotráfico. Entre seus amigos estavam, entre outros ilustres, Carlos Menem, presidente da Argentina. Tudo isso faz com que suas declarações adquiram uma importância especial e permite que se vislumbre um pouco da hipocrisia dos capitalistas que se comportam, publicamente, como donzelas indignadas contra o crime organizado e as drogas (ARBEX JR, 1996, p.213).

A atual política criminal de combate as drogas, longe de eliminar o comércio dessas substâncias, acaba por reforçar e concentrar o grande negócio do tráfico nas mãos dos grandes grupos econômicos e financeiros. A seleção realizada pelo sistema penal tem como função a intervenção no mercado.

> Os varejistas são retirados da competitividade do comércio ilegal, aumenta-se a corrupção na periferia e concentram-se os lucros do negócio ilícito junto as atividades legais, responsáveis pela lavagem do dinheiro obtido com o comércio das drogas proibidas (D'ELIA FILHO, 2007, p. 25).

O ciclo, então, torna-se vicioso, quando o Estado escolhe como política a eliminação do varejista da droga, aquele que no momento seguinte a sua prisão, é colocado outro no mesmo lugar. Por outro lado, o sistema financeiro trata de lavar o dinheiro recebido pelos verdadeiros traficantes, aqueles que têm o poder de prevaricar, corromper e se organizar.

5 FALÁCIA DO BEM JURÍDICO NOS CRIMES DE DROGAS

O direito penal nasce com o objetivo de impor limites ao poder punitivo do estado. Dessa forma, ele traduz os pilares e garantias dos direitos humanos. E uma das formas do direito penal entrar em ação é quando um bem jurídico tutelado é violado. Todavia, o que podemos perceber nos crimes relacionados as drogas é a ausência de um bem jurídico palpável (como é o caso da saúde pública), e a escolha de um caráter moralizador para a repressão.

> O principal postulado do direito penal moderno, que funda os modelos de direito penal do fato, é a radical separação entre direito e moral, determinando que a pena não pode servir para reforçar ou impor determinados padrões de comportamentos. Nesse quadro, os princípios de lesividade, intimidade e vida privada instrumentalizam a máxima secularizadora, visto que somente podem ser proibidas condutas que ofendam ou coloquem em perigo (concreto) bens jurídicos de terceiros. Exclui-se, pois, qualquer legitimidade criminalizadora contra atos autolesivos, condutas que não violam ou arriscam bens alheios,

> condições ou opções individuais (ideológicas, políticas, religiosas, sexuais, entre outras) (CARVALHO, 2014, p. 225-226).

Encontramos na saúde pública o bem jurídico a ser tutelado pela Lei de Drogas. A crítica que se faz se dá pela imaterialidade desse princípio. Salo de Carvalho salienta que,

> O problema é que o princípio da lesividade, segundo Ferrajoli, determina que somente possam ser considerados bens jurídicos penalmente relevantes aqueles empiricamente identificáveis, notadamente os de titularidade de carne e osso. Do contrário, as normas penais seriam injustificáveis, pois típicas de leis penais autoritárias ou de emergência identificadas, p. ex., com a tutela da personalidade do estado (CARVALHO, 2014, p. 228).

O paradoxo é necessário entender, haja vista que o dano causado à "saúde pública" pelo uso recorrente de substâncias ilícitas, é infinitamente menor que o dano causado pela "guerra às drogas". Da mesma forma, podemos entender que o descaso das autoridades públicas com a prestação na área da saúde, invalida a utilização do sistema penal para sua proteção.

D'Elia Filho encontra um conceito para saúde pública na obra de Cernicchiaro, "interesse do Estado na preservação e normal funcionamento do organismo e membros da sociedade" (2007, p. 36). Ora, a saúde pública não é a soma das saúdes individuais, pois caso assim fosse, essa estaria protegida pela autonomia da vontade e pela não punição da autolesão. A saúde pública diz respeito apenas ao bom funcionamento harmônico das instituições, não servindo assim de base para legitimar a repressão ao consumo e comércio dessas substâncias. Em última análise o estado torna-se paternalista.

CONCLUSÃO

Ao longo do exposto, notamos o longo caminho adotado pelas políticas sobre drogas através dos tempos. Saindo de uma guerra a favor do livre comércio à guerra contra ela. Orientada por uma política moralizadora, hierarquizada e elitista, os Estados Unidos impuseram ao mundo a repressão sobre substâncias psicoativas. Com isso, convenceram o mundo que seu país era uma vítima consumista, sendo necessário legitimar a invasão estrangeira para repressão dos países considerados apoiadores do narcotráfico.

Nessa ótica, o Brasil adota o discurso proibicionista e legitima o ataque as populações mais vulneráveis e tidas como perigosa pela elite dominante. Apesar dos falsos bens jurídicos e inconstitucionalidades da Lei 11.343/06, essa já vigora há 10 anos,

sendo responsável pelo encarceramento de quase 1/3 dos presos brasileiros, em comparação à lei anterior, com apenas 13%. O discurso antiproibicionista a época da promulgação da referida lei, caiu por terra com os números alarmantes de mortes e prisões decorrentes do comércio de substâncias ilícitas.

Oculto nesse problema está a manutenção do comércio ilegal, que se socorre da lavagem de dinheiro de grandes bancos, com o auxílio do sistema penal que retira do meio apenas a camada mais pobre e desprovida de qualquer "organização", para que assim o sistema continue se perpetuando.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBEX JR., José. **O século do crime**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1996.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis - drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BOITEUX, Luciana *et al*. **Tráfico de drogas e constituição**. Rio de Janeiro, 2009.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DEL OMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da américa latina**. Tradução Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2010.

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico – uma guerra na guerra**. São Paulo: Desatino, 2012.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos. O crime e o criminoso: entes políticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Capítulo XX

O TERMO SYNDERESIS E SUA INTRODUÇÃO NO PENSAMENTO MEDIEVAL

THE TERM *SYNDERESIS* AND ITS INTRODUCTION IN THE MEDIEVAL THOUGTH

Carlos Alberto Albertuni[268]

RESUMO: O presente artigo pretende abordar como o termo sindérese (*synteresis*) foi introduzido casualmente nas especulações teológicas e filosóficas no período medieval a partir de uma autoridade, *Glosa* de São Jerôniomo a Ezequiel, e que, embora tal termo seja possivelmente uma transcrição errônea do termo grego *syneidesis*, notadamente traduzido por *conscientia* na lingua latina, ensejou uma variedade de interpretações por diferentes escolas e pensadores, contribuindo sensivelmente para o desenvolvimento da psicologia moral nesse período, principalmente nas questões pertinentes ao raciocínio moral.

PALAVRAS-CHAVE: Sindérese, Consciência, Lei Natural, Psicologia Moral

ABSTRACT: The purpose of this article is to address how the term synderesis(*synteresis*) was accidentally introduced in the theological and philosophical speculations in the medieval period based on an authority, *Gloss* by St. Jerome towards Ezekiel, and that, although such a term is possibly a misconception of the Greek term *syneidesis,* notably translated as *conscientia* into the Latin language, it entailed a variety of interpretations by different schools and thinkers, contributing significantly to the development of moral psychology in this period, especially in matters concerning moral reasoning.

KEY-WORDS: Synderesis, Conscience, Natural Law, Moral Psychology

No meio escolar medieval, a problemática em torno do termo *sindérese* e as confusões de significado em relação ao termo *consciência* se devem principalmente à circulação, por meio das *Sentenças* de Pedro Lombardo[269], de uma passagem do

[268] Doutor em Filosofia Endereço eletrônico: albertuni@uel.br Endereço postal: Rua Jacomo Piccinin, n. 71, Jardim Pinheiros, Londrina-Paraná, CEP: 86063-190.

[269] É importante ressaltar que Pedro Lombardo não utiliza a palavra "*synderesis*" e sim a expressão "*scintilla rationis".* Cf. *Syndérèse et conscience aux XIIe et XIIIe siècles*, in: Odon Lottin, Psychologie et

comentário de São Jerônimo a Ezequiel[270]. Uma segunda fonte paralela às *Sentenças* de Pedro Lombardo teve igual importância na difusão da palavra *sindérese* e de sua problemática, a *Glosa Ordinária* (1150), que continha na íntegra o comentário de São Jerônimo a Ezequiel.[271]

Nessa *Glosa*, onde é citado o termo *syntèresis*, São Jerônimo interpreta a visão profética de Ezequiel sobre as quatro criaturas que sustentam o trono de Deus, cada uma aparentando simultaneamente quatro animais, a saber: homem, leão, touro e águia:

> "Muitos, em conformidade com Platão, atribuem o racional da alma, o irascível e o concupiscível, que Platão chama de **logikòn**, **thymikòn** e **epithymetikòn**, ao homem, ao leão, ao touro... E admite uma quarta parte, diferente de todas as outras três e elevada acima delas, que os gregos chamam "**syntéresin**", centelha da consciência, que, mesmo em Caim, não se apagou no seu coração após sua expulsão do paraíso, e ela faz com que, embora vencidos que somos pelas volúpias ou pela loucura, enganados às vezes pela aparência de razão, nos sintamos pecadores. Eles atribuem esta, propriamente falando, à águia, a qual não se mistura com as outras três, mas as corrige quando erram, e da qual lemos na Escritura como o espírito que intercede por nós com gemidos inefáveis'(Romanos 8:26), pois 'Quem conhece a fundo a vida do homem é o espírito do homem que está dentro dele (I Corintíos 2:11). Sobre o qual, Paulo escreveu aos tessalonicenses, 'rogo que seja conservado de modo irrepreensível com a alma e o corpo'(I Tess. 5:23) E, todavia, do mesmo modo, esta consciência, de acordo com aquilo que foi escrito em Provérbios: ' o ímpio quando viesse ao profundo dos pecados, despreza' (Prov.18, 13), vemos precipitar-se e perder seu lugar em algumas pessoas , as quais não têm nenhuma vergonha nem discernimento em relação às suas ofensas, merecendo ouvir: 'Adquiriste uma cara de prostituta, nem com isso te enrubeceste' (Jerem. 3:3).[272]

Morale aux XIIe et XIIIe siècles, tomo II, 1ª parte, IV, p. 106. Cf. Blic, J. Syndérèse ou Conscience? In: *Revue d'ascetique et de mystique.*Vol. 6, 1949.p. 148-49.

[270] Ezequiel, cap. I, 5-10. "Do meio da nuvem surgiu algo parecido com quatro animais, e cada um lembrava também uma forma humana. Cada um tinha quatro rostos e quatro asas. Suas penas eram retas e seus cascos pareciam cascos de boi, só que eram brilhantes como bronze polido. Debaixo das asas saíam mãos humanas pelos quatro lados. Seus rostos e asas também estavam voltados para as quatro direções. A asa de cada um encostava na asa do outro. Ao se movimentarem, eles não se viravam, mas cada um ia para a frente. O rosto deles era parecido com o rosto de um homem. Do lado direito tinham aparência de leão, e do lado esquerdo tinham aparência de touro. Os quatro tinham também aparência de águia." In: *Bíblia Sagrada:* Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1990.p. 1088.

[271] Cf. Greene, R. *Synderesis, The Spark of Conscience, in the English Renaissance*, 1991, p.198.

[272] "Plerique, juxta Platonem, rationale animae, et irascitivum, et concupiscitivum, quod ille *logikòn* et *thymikòn* et *epithymetikòn* vocat, ad hominem et leonem ac vitulum referunt...Quartamque ponunt quae super haec et extra haec tria est, quam Graeci vocant *syntèresin*, quae scintilla conscientiae in Cain quoque pectore, postquam ejectus est de paradiso, non extinguitur, et qua victi voluptatibus vel furore, ipsaque interdum rationis decepti similitudine, nos peccare sentimus. Quam proprie aquilae deputant, non se miscentem tribus, sed tria errantia corrigentem, quam in Scripturis interdum vocari legimus spiritum 'qui interpellat pro nobis gemitibus inenarrabilibus'(Rom. VIII, 26). 'Nemo enim scit ea quae hominis sunt, nisi spiritus qui in eo est'(I Cor. II, 2). Quem et Paulus ad Thessalonicenses scribens, cum animo et corpore servari integrum deprecatur (I Thess. V, 23). Et tamem hanc quoque conscientiam, juxta illud quod in Proverbiis scriptum est: Impius cum venerit in profundum peccatorum, contemnit'(Prov. XVIII, 13), cernimus praecipitari apud quosdam et suum locum amittere, qui ne pudorem quidem et verecundiam habens in delictis et merentur audire: 'Facies mereticis facta est tibi, noluisti erubercere'(Jerem. III, 3). Cf.

Como se pode constatar no comentário, dentre outras questões sobre a natureza, a infalibilidade e a extinção da sindérese, sugere-se uma imprecisão conceitual relativa à palavra consciência, pois a sindérese é denominada primeiramente "centelha da consciência" (*scintilla conscientiae*) e logo depois identificada propriamente com a consciência (*hanc quoque conscientiam cernimus praecipitari*).

É importante observar que antes desse comentário de São Jerônimo (+ 420 d.C.), não se tem notícia de referência ao termo *syndèresis* ou *syntèresis* na literatura patrística latina. Posteriormente, encontra-se tal passagem na compilação dos comentários latinos a Ezequiel reproduzidos na obra de Rabano Mauro (842 d.C.), sendo que nos comentadores mais originais não se encontra alusão ao termo, como, por exemplo, em Gregório, Ruperto de Deutz, Ricardo de São Vítor, Pedro Cantor. Mesmo após a aparição do termo em torno de 1160 e 1180, as citações são esporádicas e não estão presentes em autores importantes como Abelardo, Hugo de São Vítor e Bernardo. Poir isso, alguns[273] comentadores consideram que o vocábulo *synteresis* ou ainda *synderesis* seja uma adulteração, portanto, um erro de escrita da palavra grega *syneidesis* que fora traduzida como *conscientia*, que é uma nominalização do verbo grego *sun oida*, que significa etimologicamente "*Eu sei em comum com*", equivalendo no latim a *con scio.*[274] Outros[275] ainda cogitam uma origem estoica: provavelmente a palavra sindérese (*synteresis* ou *synderesis*) tenha sua origem no verbo grego "*téreo*" que significa preservar. Assim, a tradução latina de *syn- téreo* seria *conservatio*, vocábulo que se encontra na obra de Cícero e, posteriormente, em Sêneca.

Por outro lado, dado às confusões estabelecidas entre esses termos, sindérese (*synteresis*) e consciência (*syneidesis),* é importante ressaltar que o termo *syneidesis* aparece pela primeira vez, equivalendo à consciência moral, no fragmento 297 (Diels-Kranz) referente a Demócrito. No início Diels havia interpretado que tal referência não

S.HIERONYMI *Commentarium in Ezechielem* lib. I, cap. I (P. L. 25, 22). In: Odon Lottin, *Op. cit.*, pp. 103-104.

[273]Cf. Blic, J. Syndérèse ou Conscience? In: *Revue d'ascetique et de mystique*, p. 147.

[274]Cf. Potts, Timothy C.*Conscience*. In: Kretzmann, N.; Kenny, A.;Pinborg, J.(ed.).*The Cambridge History of LaterMedievalPhilosophy*.CambridgeUniversity Press, 1992.p.690.

[275]Cf.Deman. *La prudence*, Ed. de la Revue des Jeunes, Paris, Desclée, 1949, p. 430-431; Cf. Greene, R. *Synderesis, The Spark of Conscience, in the English Renaissance*, 1991, p. 197; Nascimento, Carlos A. do. A prudência segundo Santo Tomás de Aquino. *Síntese Nova Fase.* Belo Horizonte, v. 20, n. 62, 1993, p. 373; Abagnano, N. *Dicionário de filosofia*, São Paulo, Mestre Jou, 1982, ver vocábulo *sintérese*, p. 872; Deferrari, R. et al. *A lexicon of Thomas Aquinas*, Baltimore, Catholic University of America Press, 1948, p. 1185; Lalande.*Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P. U. F, 1956, onde Lalande destaca: "*quando nossa consciência reprova o mal que fizemos, ela se chama syndérèse ou remorso da consciência*".

equivaleria ao sentido de consciência moral, mas após uma correção de Nestle, ficou evidente que o significado dizia respeito ao sentimento de remorso devido às más ações cometidas e não apenas a um temor em relação aos tormentos da outra vida.[276] Assim, a palavra *syneidesis* na antiguidade clássica, desde os poetas, passando pelos textos cristãos até a filosofia helenística, apresentou-se num núcleo comum, onde significava a consciência da má ação realizada, que se reflete no remorso sentido pelo homem, bem como na sua preocupação com as penas a serem sofridas.[277] Portanto, este sentido de consciência moral diz respeito principalmente a algo posterior à ação, isto é, o sentido de uma *consciência consequente*. Por outro lado, a ideia de consciência anterior à ação, isto é, de *consciência antecedente,* que funciona como diretriz, teria aparecido no estoicismo através do termo "*daimon*" desenvolvido por Epicteto, que o designa como um *guardião vigilante e incorruptível.* Por isso, *"não é impossível que os estoicos tenham recorrido à palavra 'syntéresis', traduzida por Cícero como 'conservativo', para designar esta lei primordial segundo a qual todo ser tende a viver conforme sua natureza"*[278].

Dentro do pensamento cristão, constata-se a continuação do uso de *syneidesis* na mesma significação dos textos gregos, isto é, como um sentimento de remorso pela falta cometida, causado pela presença da lei moral dentro do homem, significado equivalente dado ao termo *synteresin* na *Glosa* de São Jerônimo. Todavia, nos textos paulinos, encontra-se também a expressão "*consciência falível*", isto é, ela pode errar ao aplicar as intenções retas, ou ainda pela displicência que já a predispõe ao pecado, formulando assim dúvidas sobre a incorruptibilidade e a indefectibilidade da consciência admitida pelos gregos.[279] Por isso, a consciência necessita de uma educação, já que o dado natural não é suficiente para garantir a ação reta. Dessa forma, São Paulo enfatiza o significado de *consciência antecedente,* tendo esta o papel de um exame reflexivo que é causa daquilo que o homem deve fazer, isto é, a consciência não se limita a repetir e aplicar a lei, mas deve reinterpretá-la segundo as exigências de cada nova situação que surge no curso das ações humanas.[280]

[276] Cf. Deman.*Op. Cit,* p.480; Cancrini, Antonio. *Syneidesis*: Il tema semantico della "con-scientia" nella Grecia antica. Roma: Edizioni dell'Áteneo , 1970. p. 104.
[277] Cf. Cancrini. *Op. cit.,* p. 158.
[278] Cf. Deman. *Op. cit.,* p. 482.
[279] Ibidem, p. 488.
[280] Cf. Verdes, L. Alvarez. *La sineidesis en S. Pablo*. StMor 32 (1994), pp. 275-316.

Já no que diz respeito à elaboração dos primeiros tratados sobre as questões pertinentes à sindérese [281] ,observa-se que a expressão "*scintilla conscientiae*" fora utilizada antes da palavra "*syndèresis*", sendo reencontrada no início do século XII nos escritos da escola de Anselmo de Laon[282], que faz referência à sindérese utilizando a expressão "*rationis scintillula"*[283], isto é, a luz da lei natural que conduz a humanidade antes desta receber a orientação da lei mosaica e da lei evangélica para que o homem se reerguesse da queda original.

Sobretudo, percebe-se que a introdução à problemática da sindérese se dá via os comentários dos decretistas, que a identificam com a lei natural. Nesse sentido, Rufino (1157/9), quando comenta o *Decretum Gratiani* (1140)[284], em sua *Summa,* apresenta expressões e metáforas que estavam sendo associadas ao termo sindérese, como, por exemplo, de uma retenção no homem de um conhecimento da ordem natural, mesmo após sua queda[285]. Rufino está respondendo ao problema da definição da lei natural, que tradicionalmente era abordado em duas posições. Uma que vinha do jurisconsulto romano Domício Ulpiano (223 d.C.), que retoma e conclui a distinção entre *jus naturale* e *jus gentium* presente na Compilação (*Digesto*) de Justiniano. Para Ulpiano, a lei natural aparece como a que a natureza ensina a todos os animais, não sendo uma lei exclusiva da espécie humana.[286] Outra posição é a de Isidoro de Sevilha (570 d.C.). Este fundiu a visão de Ulpiano (223 d.C.) com a de seus contemporâneos Paulo e Gaio (160), que concebem o *ius civile* como aquele próprio a cada povo e o *ius gentium* como aquele comum a toda a humanidade e que é ditado pela razão natural (*ratio naturalis*)[287]. Isidoro usa o termo

[281] *Syndérèse et conscience aux XIIe et XIIIe siècles*, in: Odon Lottin, Psychologie et Morale aux XIIe et XIIIe siècles, Belgique: J. Ducolot, 1948, tomo II, 1ª parte, IV, pp. 101-349. Odon Lottin se constitui na maior referência sobre o tema das relações entre os termos *sindérese* e *consciência* noperíodo medieval.
[282] Cf. Odon Lottin. *Op. cit.*, p. 105.
[283] "Tandem autem latuit adeo illa rationis scintillula, que in homine reliqua fuerat, ut iam paucissimi restarent qui deum verum esse crederent, ut eius sacrificio et orationi vacare curarent." *Sententiae Anselmi*, editadas por F. Bliemetzrieder, nos *Beiträge zur Geschichte der Philosophie des Mittelalters*, Band XVIII, Heft 2-3, Münster i. W., 1919, p. 86. Cf. Odon Lottin. *Op. cit.*, p. 106.
[284] Graciano, em seu *Decretum,* concebe o *ius civile* como aquele que é próprio a cada povo e o *iusnaturale* como aquele que é comum a todas as nações(*commune omnium nationum*).Ibidem, p. 73.
[285] Cf. Greene, R. *Instinct of nature: natural law, synderesis and the moral sense*. p. 179. Cf. Potts, Timothy C.*Natural morality and natural law.* In: Kretzmann, N.; Kenny, A.;Pinborg, J.(ed.).*The Cambridge History of LaterMedievalPhilosophy*.CambridgeUniversity Press, 1992. p.705-719.
[286] Essa definição será retomada pelos estudiosos modernos para elaborar a primeira conotação moderna da palavra inglesa "instinct". Cf. Greene, R. *Op. cit*, p. 175. "Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit... Hinc descendit maris atque feminae coniunctio quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio... Ius gentium est quo gentes humanae utuntur." *Dig*., tit. I, I. In Odon Lottin. *Études de morale* : Histoire et Doctrine. Belgique: J. Duculot, 1961. p.. 172
[287] Cf. Odon Lottin. *Études de morale* : Histoire et Doctrine. Belgique: J. Duculot, 1961. p.. 172.

instinctus naturae e não lei natural, possivelmente por que no vocabulário latino a idéia de instinto esteja ligada mais a um estímulo sobrenatural ou divino do que simplesmente a um estímulo natural externo ou interno ao homem. Este instinto da natureza é que determina a lei, por exemplo, da união do homem com a mulher, da posse comum de todas as coisas, de repelir a violência com a força, etc.[288]

Rufino rejeita de um lado a definição de Ulpiano e, de outro, exclui o termo *instinctus naturae* de Isidoro, pois este também vinha carregado do comportamento característico dos animais. Dessa forma, acabou por dar um contorno racional à lei natural, colocando a razão como o centro de sua elaboração, não refutando porém completamente a idéia de uma base instintiva ou natural para a lei natural.[289] Sobretudo, dentro dessa tradição dos decretistas, afirma-se que o termo sindérese surgiu com Simão de Bisiniano (1173/6)[290], em sua investigação sobre o que é o direito natural (*ius naturale*), que identifica a sindérese à parte superior da alma.

Como já observado, foi Pedro Lombardo (1152), em suas *Sentenças,* o principal responsável pela divulgação da G*losa* de São Jerônimo a Ezequiel. Ele, todavia, ainda não utilizava a palavra sindérese[291]; apenas a expressão *superior scintilla rationis*[292], que conserva a inclinação do homem ao bem, mesmo após suas falhas. Nesse texto Pedro Lombardo não tratava da questão da consciência diretamente, mas de como a vontade pode ser má. Primeiramente, apresenta a posição de dois grupos daqueles que defendem que o homem possui duas vontades: o primeiro grupo diz que há a vontade natural que impele o homem ao bem, que seria aquela *centelha de consciência* como afirma Jerônimo, e, a outra vontade, é aquela, consequência do pecado de Adão e Eva; o segundo grupo diz que a vontade má é consequência da livre escolha e que, portanto, a vontade está na dependência da graça de Deus para que queira o bem. Por outro lado, há aqueles que

[288] Cf. Greene, R. *Instinct of nature: natural law, synderesis and the moral sense,* p. 176.
[289] Ibidem, p. 179. Cf. In Odon Lottin. *Op. cit.*, p. 74
[290] "Nobis itaque videtur quod ius naturale est superior pars anime, ipsa videlicet ratio que sinderesis appellatur, que nec in Chain potuit, scriptura teste, extingui. Cum autem sit natura, id est naturale bonum, delictorum meritis offuscari potuit, nunquam extingui. *Bamberg Staatsbibl. Can*. 38 f. 2ra. In Odon Lottin. *Syndérèse et conscience aux XIIe et XIIIe siècles*. p. 74 e p.108.
[291] Na argumentação de Blic, a ausência do termo sindérese na alusão ao texto de São Jerônimo feita nas *Sentenças* de Pedro Lombardo, é mais uma das provas de que esse termo foi um erro de transcrição do vocábulo grego *syneidesis*, pois se fôsse um termo conhecido, certamente Pedro Lombardo faria menção a ele ao se referir à *Glosa* de São Jerônimo. Cf. Blic, J. Syndérèse ou Conscience? In: *Revue d'ascetique et de mystique.*Vol. 6,1949, p.148-49.
[292] Cf. Odon Lottin. *Syndérèse et conscience aux XIIe et XIIIe siècles*, p.106. PETRI LOMBARDI, *Libri VI Sententiarum*, lib. 2, dist. 39 in fine, ed. Quaracchi, 191, 517. "Recte dicitur homo naturaliter velle bonum, quia in bona et recta voluntate conditus est; superior enim scintilla rationis quae etiam, ut ait Hieronymus, in Cain non potuit extingui; bonum semper vult e malum odit."

defendem a presença de somente uma vontade no homem, que o inclina naturalmente para o bem e, por sua falha, ele acaba querendo e tendo prazer em fazer o mal. Assim, enquanto o homem quer o bem, ele é naturalmente bom, mas enquanto quer o mal, ele é mau.[293]

Já a primeira referência direta ao termo sindérese, que se conhece, acontece por volta de 1160-1165 dentro do primeiro comentário, sob a forma de *Questiones*, às *Sentenças* de Pedro Lombardo, atribuído ao mestre Udo, que sustenta, junto com o Lombardo, que é a razão que consente no pecado, pois podendo impedir o consentimento da vontade, ela o permite. Todavia, para ele, a sindérese não aprova jamais o mal, deixando-se, porém, levar quando não o impede.[294]

Assim, diante do exposto nos parece razoável afirmar que o termo sindérese, mencionado na *Glosa* de São Jerônimo, é uma transcrição errônea do termo grego *syneidesis,* principalmente por que o significado dado na *Glosa* ao termo *sintéresin* é o mesmo que era atribuído tradicionalmente ao termo *syneidesis,* isto é, uma consciência que se remorde pela falta cometida. Por outro lado, a não referência ao termo sindérese antes da *Glosa* de São Jerônimo, bem como as referências esporádicas do termo até o século XII e, sobretudo, a ausência de referência em comentadores mais originais, também são fortes indícios de que o termo *sindérese* surgiu de uma corrupção do vocábulo grego *syneidesis.*

Portanto, apesar desse fato e das confusões conceituais sugeridas pela *Glosa* de Jerônimo a partir da novidade do termo *syntèresin* (*centelha de consciência),* surgiram questões e desdobramentos importantes, principalmente no que se refere à psicologia moral, determinando, nesse sentido, as principais questões relativas à sindérese de que se ocupariam os pensadores medievais a partir do século XII d.C., ou seja, saber se a sindérese é uma potência ou um hábito, se pertence à ordem teórica ou prática, à razão ou à vontade, se é infalível e se ela se extinguiria em algumas almas corrompidas, bem como

[293] "...quo naturaliter vult homo bonum et ex vitio vult malum eoque delectatur; et in quantum vult bonum, naturaliter bonus est; in quantum malum vult, malus est. (3.4) In: Potts, Timothy C.*Conscience*. In: Kretzmann, N.; Kenny, A.;Pinborg, J.(ed.).*The Cambridge History of LaterMedievalPhilosophy.*CambridgeUniversity press, 1992.p.688.

[294] " Ecce dixit quod ratio consentit peccato. Quod ergo Ieronymus superius dixit quod sinderesis (Vienne 1050: sinendesis) id est ratio, nunquam se miscet tribus peccatis, intelligendum est per approbationem; quandoque autem miscet se per consensum et delectationem. Quod autem dictum est: peccatum fit ratione, ergo rationabiliter, prima sic distinguitur: peccatum fit ratione, id est peccatum fit per consensum rationis et delectationem, verum est; sed fit ratione, id est rationabiliter, falsum est." Odon Lottin, *Syndérèse et conscience aux XIIe et XIIIe siècles*, p.108.

questões sobre sua relação com o conceito de *conscientia* e de *ius naturale*. Sobretudo, essas questões oportunizaram aos pensadores medievais suportes para marcarem suas interpretações voluntaristas e intelectualistas[295]. Dentre essas, pode-se destacar aqui a interpretação intelectualista da sindérese dada porSanto Tomás de Aquino, concebendo-a como um hábito natural da razão prática que conhece os primeiros princípios da ordem moral, ou lei natural, da mesma forma que a razão teórica possui um intelecto-hábito dos primeiros princípios, ou ainda a interpretação voluntarista de São Boaventura, que concebe a sindérese como vontade natural (potência volitiva) que direciona o homem para o bem moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia.* 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982.
BÍBLIA SAGRADA*:* Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 1990.
BLIC, J. Syndérèse ou Conscience? In: *Revue d'ascetique et de mystique.*Vol. 6, pp. 146-157, 1949.
CANCRINI, Antonio. *Syneidesis*: Il tema semantico della "con-scientia"nella Grecia antica. Roma: Edizioni dell' Áteneo , 1970.
DEFERRARI, Roy et al. *A lexicon of St. Thomas Aquinas*.Baltimor: Catholic University of America Press, 1948.
DEMAN, Th. *La prudence*.Deuxiéme Édition. Editions de la revue des jeunes. Paris: Desclée, 1949.
GREENE, R. A. Synderesis, the spark of conscience, in the english renaissance.*Journal of the History of ideas*. Vol. 52, nº 2, April/June, pp.195-219, 1991.
----------. Instinct of nature: natural law, synderesis, and the moral sense. *Journal of the History of ideas.* Vol. 58, nº 2, April, pp. 173-198, 1997.
LALANDE, A. *Vocabulaire tecchnique et critique de la philosophie*.7 édition. Paris: Universitaires de France, 1956.
LOTTIN, Odon. *Psychologie et morale aux XIIe et XIIIe siècles*.Gembloux-Bélgique: Éditeur J.Duculot, 1948. Tomo II (Problèmes de morale).
MULLIGAN, R.W. Ratio inferior and ratio superior in St. Albert and St. Thomas.*The Thomist*. Washington, Vol. XIX, nº 3, pp.339-367, July, 1956.
NASCIMENTO, Carlos A. R. A prudência segundo Santo Tomás de Aquino. *Revista Síntese Nova Fase*. Belo Horizonte, v. 20, n.62, pp. 365- 385, 1993.
POTTS, Timothy C. *Conscience*. In: Kretzmann, N.; Kenny, A.;Pinborg, J.(ed.).*The Cambridge History of Later Medieval Philosophy.* Cambridge: Cambridge University press, 1992.
VERDES, L. Alvarez. La sineidesis en S. Pablo. *StMor*, nº 32, pp. 275-316, 1994.

[295] Cf. Albertuni, Carlos Alberto. O conceito de sindérese na moral de Tomás de Aquino. Campinas: Unicamp, 2006 (Tese de Doutorado). Disponível em: http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000379227>.

CAPÍTULO XXI

PACIFICAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL: O SUJEITO E SUA MORADA NA CIDADE, ESTUDO DO CASO DA VILA XV DE NOVEMBRO DO MUNICÍPIO DE JABOTI/PR

Diego Nassif da SILVA[296]
Luciano Ferreira RODRIGUES FILHO[297]

A Paz invadiu o meu coração. De repente, me encheu de paz, como se o vento de um tufão, arrancasse meus pés do chão, onde eu já não me enterro mais.
(Gilberto Gil - A Paz)

RESUMO: Objetiva evidenciar direitos e fatores que, no âmbito local, teriam o condão de propiciar ao indivíduo um *locus* mais apto à sua conversão em sujeito de pacificação social. Com base em amostra da realidade, dados coletados na Vila XV de Novembro da cidade de Jaboti, Estado do Paraná, registram e relacionam evidências e fatores de exclusão social bem como a existência de direitos e políticas públicas aptas à transformação do espaço de convivência social. Constatando que a paz para o mundo somente há de refletir a paz que um dia encontrou morada no sujeito que a deseja, conclui-se que construir um espaço de significação, emancipação e dignidade humanas é passo fundamental para a pacificação em um nível mais profundo, qual seja, através do próprio sujeito, que, enquanto agende de transformação, não prescinde de suas circunstâncias.

PALAVRAS-CHAVE: Pacificação social; Sujeito; Cidadania; Habitação; Cidade.

[296] Doutorando, mestre e graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS, do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor de Direito na Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti (FEATI). Analista judiciário no TRF-4ª Região.
[297] Mestre em Psicologia Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em História, Cultura e Sociedade pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa Trabalho e Ação Social (NUTAS – PUC/SP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS, do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Docente do curso de Direito da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti (FEATI). Coordenador do Núcleo de Estudos em Subjetividade, Direito e Território - NESDI (lu_fr@yahoo.com.br).

ABSTRACT: Aims to evidence rights and factors that, at the local level, have the power to provide the individual a more able locus to its conversion to the subject of social pacification. Based on a sample of reality, data collected at the Village XV de Novembro City Jaboti, Parana State, records and related social exclusion of evidence and factors and the existence of rights and public policies apt for transformation of the social living space. Noting that the peace of the world there is only reflecting the peace that one day found shelter in the subject that want this, it is concluded that building a meaning space, human emancipation and dignity is a crucial step for peace at a deeper level, which is, by the subject himself, that while processing schedule, does not dispense with their circumstances.

KEY-WORDS: Social Pacification; Subject; Citizenship; Habitation; City.

INTRODUÇÃO

A paz pode ser vista como um estado de espírito, definido como o oposto da guerra ou atribuído, em conjunto ou isoladamente, a uma série de situações intersubjetivas em que há tranquilidade, harmonia, ausência de hostilidades etc. No contexto da chamada paz mundial, sob muitas perspectivas, a paz corresponderia à comunhão final de uma ideologia, sistema, religião, filosofia etc., aspecto no qual o respeito às liberdades individuais, a tolerância e o direito à diferença figurariam como importante desafio. Assim, como se percebe, a paz, mesmo como um ideal, não se escusa de perscrutar o processo histórico-material e a diversidade humana.

"Paz sem voz, não é paz, é medo" [298]. Na letra da canção tem-se que para incluir o outro neste mundo de paz se faz necessário perceber o outro e suas circunstâncias, sua realidade inerente, é preciso ouvi-lo. O direito de vez e voz, a igualdade de oportunidades, quando negada, representa *ipso facto* entrave inescusável no processo de pacificação - tanto para o indivíduo como para a sociedade.

Pressupondo, assim, que a conquista da paz pelo indivíduo permite sua conversão em agente transformador da sociedade, e das sociedades em relação a outras sociedades como sujeitos de relações locais, regionais, nacional, internacionais, extrai-se a importância que a vila, o bairro e a cidade adquirem enquanto espaço de convivência social. Pensa-se no espaço onde o sujeito possa viver e agir com dignidade, um lugar de significado, conforme Milton Santos, "o valor do indivíduo depende, em larga escala, do lugar onde está"[299].

[298] O RAPPA. Minha Alma (A paz que eu não quero). In: O RAPPA. **Lado B Lado A.** [S.l.]: Warner Music Brasil, 1999, faixa 6.

[299]SANTOS, Milton. As cidades mutiladas. In: Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo. **O preconceito**. São Paulo: Imesp, 2007.

Tomando, pois, o Bairro XV de Novembro da pequena cidade de Jaboti, no Norte Pioneiro do Estado do Paraná, Brasil, como um recorte da realidade de muitas outras pequenas aglomerações urbanas brasileiras, o presente estudo, através da análise da organização do espaço urbano e da avaliação das políticas públicas existentes (ou não), objetivas evidenciarem alguns dos direitos e fatores que, neste âmbito, teriam o condão de propiciar ao indivíduo um *locus* mais apto à sua conversão em sujeito de pacificação social.

1 MUNICÍPIO DE JABOTI: INDICADORES SOCIAIS GERAIS

Emancipada em 15 de novembro de 1955, o Município de Jaboti, no Estado do Paraná, possui uma área de 139 quilômetros quadrados - um dos menores do estado -, onde se distribuem os 4.902 habitantes, sendo 1.875 moradores na área rural e 3.027 residentes no perímetro urbano[300].

Apesar da pequena área, a cidade tem sua economia baseada na agricultura, especialmente na produção de morangos, de café e na pecuária, destacando-se pelas fábricas de polvilho, usinas de açúcar mascavo orgânico, laticínios de pasteurização e empacotamento de leite e confecções de vestuário[301].

O Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) de Jaboti é 0,718, em 2010. O município está situado na faixa de Desenvolvimento Humano Alto (IDHM entre 0,7 e 0,799). Entre 1991 e 2000, a dimensão que mais cresceu em termos absolutos foi Educação (com crescimento de 0,204), seguida por Renda e por Longevidade, tal como no período entre 2000 e 2010, quando a Educação obteve crescimento de 0,208[302].

Apesar do avanço de 70,14% nos últimos 20 anos e o fato da distância entre o IDHM do município e o limite máximo do índice, que é 1, ter sido reduzido em 51,21% entre 1991 e 2010, o município ainda está abaixo da média Nacional e Estadual[303].

Jaboti ocupa a 1362ª posição, em 2010, em relação aos 5.565 municípios do Brasil, sendo que 1361 (24,46%) municípios estão em situação melhor e 4.204 (75,54%) municípios estão em situação igual ou pior. Em relação aos 399 outros municípios de Paraná, Jaboti ocupa a 136ª posição, sendo que 135 (33,83%) municípios estão em situação melhor e 264 (66,17%) municípios estão em situação pior ou igual[304].

Sobre a população, os últimos 20 anos revela que a quantidade de nascidos está reduzindo, com a população menor de 15 anos, em 1991 encontrávamos 1.475 (33,71%), em 2001 com 1.601 (34,88%) e 1.116 (22,77%) em 2010[305].

---

[300] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Censo demográfico 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <http://censo2010.ibge.gov.br/>. Acesso em: 03 maio 2016.

[301] MUNICÍPIO DE JABOTI - PR. Sítio oficial: economia. Jaboti: Prefeitura Municipal, 2016. Disponível em: <http://www.jaboti.pr.gov.br/conteudo/329/economia>. Acesso em: 03 maio 2016.

[302] PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil 2013. Relatório do município de Jaboti - Pr. Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br>. Acesso em: 03 maio 2016.

[303] *Ibid., loc. cit.*

[304] *Ibid., loc. cit.*

[305] *Ibid., loc. cit.*

Sobre a mortalidade infantil no município, no ano de 1991 a taxa foi de 35,28, enquanto que em 2000 foi de 24,90 e em 2010 de 13,20, diminuindo em 62,2% o índice de mortalidade infantil[306]. Segundo os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas[307], a mortalidade infantil para o Brasil deve estar abaixo de 17,9 óbitos por mil em 2015. Em 2010, as taxas de mortalidade infantil do estado e do país eram 13,1 e 16,7 por mil nascidos vivos, respectivamente[308].

Outro fator a ser destacado é a escolarização, no período de 2000 a 2010, a proporção de crianças de 5 a 6 anos na escola cresceu 38,08% e no de período 1991 e 2000, 239,82%. A proporção de crianças de 11 a 13 anos frequentando os anos finais do ensino fundamental cresceu 52,61% entre 2000 e 2010 e 16,80% entre 1991 e 2000. A proporção de jovens entre 15 e 17 anos com ensino fundamental completo cresceu 19,21% no período de 2000 a 2010 e 143,80% no período de 1991 a 2000. E a proporção de jovens entre 18 e 20 anos com ensino médio completo cresceu 131,40% entre 2000 e 2010 e 153,03% entre 1991 e 2000. Este crescimento na área educacional, fez com o município ultrapassasse a média Nacional e Estadual[309].

No entanto, segundo o Índice do Desenvolvimento da Educação Básica – IDEB, os índices de 2013 ficaram abaixo da média, com o índice de 5,3, era esperado anota de 5,9 para o ensino de 4º e 5º ano da rede municipal. Para a rede de ensino estadual, o 8º e o 9º ano, tiveram o índice de 4,2, sendo esperado o índice de 5,0. Segundo os índices, a rede de ensino estadual não ultrapassa a meta projetada nos últimos 10 anos, e para a rede de ensino municipal, somente em 2009 é que se alcançou o índice esperado de 5,3[310].

Com os índices apresentando melhorias nas últimos duas décadas, não significa que a desigualdade social tenha resultados satisfatórios. Percebe-se que, com a renda per capita crescendo 291,52%, saltando de R$ 158,00 em 1991 para R$ 618,60 em 2010, a desigualdade medida pelo Índice Geni (escala de 0 a 1, sendo 0 total igualdade e 1completa desigualdade) aumentou de 0,44 em 1991 para 0,48 em 2010. Porém o índice de extrema pobreza diminuiu satisfatoriamente, na qual em 1991 a porcentagem de extremamente pobres foi de 28,88% e, em 2010, diminuiu para 0,75%, contudo não deixam de viver na pobreza cerca de 7,39% dos habitantes de Jaboti[311].

2 A VILA XV DE NOVEMBRO: LOCALIZAÇÃO, SITUAÇÃO E COLETA DE DADOS

A Vila XV de Novembro, localizada no município de Jaboti-PR (Figura 1), possui 140 moradias cadastradas na Prefeitura Municipal, com uma ocupação de 10

[306]*Ibid., loc. cit.*
[307]ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **8 jeitos de mudar o mundo**. Disponível em: <http://www.objetivosdomilenio.org.br>. Acesso em: 03 maio 2016.
[308]PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. *Op. cit., loc. cit.*
[309]*Ibid., loc. cit.*
[310] BRASIL. Ministério da Educação. **Índice do Desenvolvimento da Educação Básica - IDEB**. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/web/portal-ideb>. Acesso em: 03 maio 2016.
[311]PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. *Op. cit., loc. cit.*

quadras, além das quadras e casas que ocuparam o bairro e que não estão inclusas no mapeamento municipal, tampouco cadastrada na Lista de Imóveis Urbanos do município.

O bairro está localizado em uma região topográfica de declive, na parte elevada faz limite com o centro da cidade, na baixada com o Ribeirão do Patrimônio. Na área baixa encontram-se as casas com maiores calamidades, decorrentes de sua conservação e do risco de catástrofe natural pela cheia do Ribeirão do Patrimônio. Nesta área algumas ruas não possuem pavimentação em decorrência do crescimento do bairro e por fazer limite com a zona rural (bairro da Barra Seca).

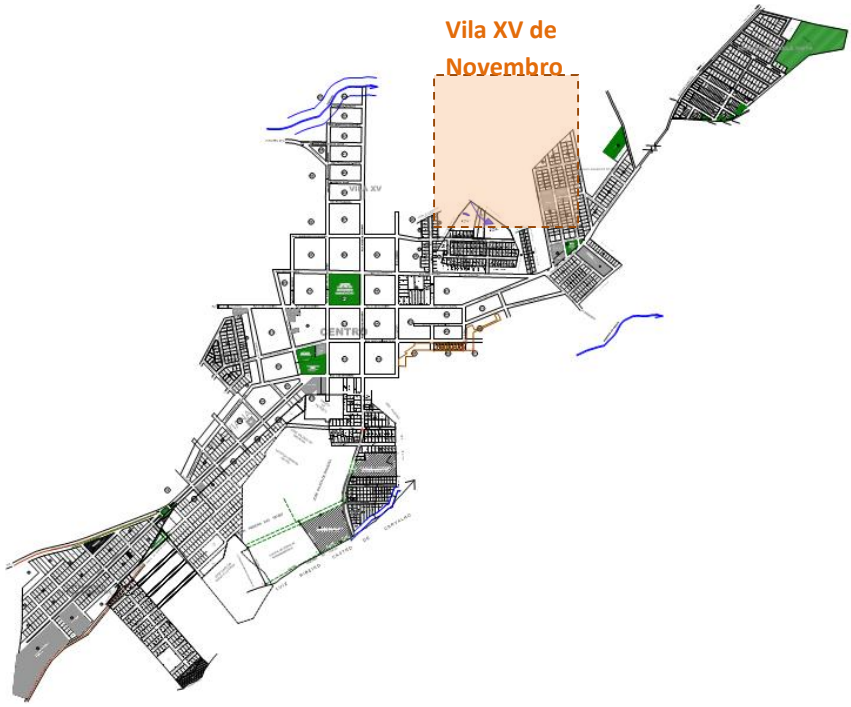

Figura 1 - Vila XV de Novembro na cidade de Jaboti/PR.
Fonte: Prefeitura Municipal de Jaboti - PR

A pesquisa foi realizada usando um questionário com questões sobre três vertentes: características da renda familiar, composição familiar e condição da moradia. Os questionários foram aplicados em visita domiciliar pela equipe do Centro de Referência de Assistência Social – CRAS.

Os questionários foram respondidos por 100 pessoas na condição de titular da família ou seus cônjuges, este número representa 71% do total de moradores no bairro (140), conforme a Lista de Imóveis Urbanos cadastrados na Prefeitura Municipal de Jaboti/PR[312]. A pesquisa abordou três temáticas: características da renda familiar, composição familiar e condição da moradia. Na primeira, buscou compreender a características do titular da família e do seu cônjuge, averiguando o vínculo de trabalho, renda familiar e situação desta renda mensal. O mesmo ocorre para o cônjuge.

[312]MUNICÍPIO DE JABOTI - PR. Cadastro de Imóveis Urbanos. Jaboti: Prefeitura Municipal, 2016.

No segundo critério, foi avaliada a composição familiar, abordando o número de integrantes dentro da moradia, suas debilidades e participação em programas sociais. Estes dados são úteis no cruzamento com os dados obtidos pela condição de moradia para compor a necessidade de melhorias que comporte as identidades de seus moradores.

O terceiro critério visa apreciar a condição da moradia em consonância com os serviços públicos do município. Ressalta-se que este critério é importante para apurar as implicações do Estado e dos moradores, apontando as responsabilidades de cada membro, bem como, o planejamento de ações e políticas públicas a ser concretizadas em parcerias.

2.1 COMPOSIÇÃO FAMILIAR

A maioria dos domicílios da Vila XV de Novembro abriga 2 ou 3 integrantes (62%), sendo que, somando com o índice de 4 integrantes, este número eleva para 79%. O bairro por apresentar características residenciais, revela que em suas moradias abriga famílias pequenas, com 1 ou 2 filhos. Porém, não se pode enganar em pensar que toda ela é formada por famílias nucleares, como o índice de 2 moradores é de 31%, isto revela a convivência de casais, muitos destes são aposentados com logo período de vivência no bairro.

Estes números podem estar coerentes com os dados do Censo 2010 do IBGE dizendo que "o número de filhos por mulher vem se reduzindo no Brasil desde a década de 1960. Uma redução que vem ocorrendo em todas as regiões brasileiras"[313]. Esta confirmação pode ser vista no índice de moradias com mais de 5 filhos. Segundo IBGE, a média de fecundidade do país está no 1,72, em 2015[314].

Sobre o estado civil dos moradores, as características articulam para moradias que possuem a convivência entre casados e companheiros (60%), porém, vale destacar o alto índice de moradias que possuem pessoas que vivem sozinhas ou com parentes, concomitantemente com o alto índice de viúvos. Estas características podem estar relacionadas pela condição histórica do bairro, este processo histórico culmina no conflito entre o 'novo e o antigo', com moradores de longa data, mas com moradores jovens ainda solteiros que começa a vida adulta.

Apesar do caráter senil, apenas 8% dos moradores informaram possuir dentro da moradia alguma pessoa que com "alguma dificuldade" "grande dificuldade" ou "não consegue de modo algum" realizar alguma das atividades descritas no Censo IBGE 2010, onde relatado que 45,8% da população brasileira em geral possui alguma deficiência[315]. Esta discrepância entre os dados do IBGE e da pesquisa na Vila XV de Novembro manifesta a falta de conhecimento dos entrevistados sobre o conceito de deficiência, visto

[313] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Op. cit., loc. cit.*
[314] Id. **Taxa de Fecundidade Total - Brasil - 2000 a 2015**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>. Acesso em: 03 maio 2016.
[315] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo... op. cit., loc. cit.*

que não se trata de um erro por parte dos pesquisadores na correta informação, pois o conceito da palavra parte do próprio sujeito e, culturalmente, a deficiência ainda é compreendida como algo ruim e vergonhoso para a cultura local.

2.2 RENDA FAMILIAR

O bairro é residencial, tendo apenas alguns bares (3) e mercearias (1) dirigidos pelos próprios proprietários, sem funcionários, não se encontrando, portanto, pessoas físicas ou jurídicas empregadoras. Cerca de 45% dos moradores da Vila XV de Novembro vivem de aposentadoria, revelando-se também sob este viés um bairro senil. Os demais moradores vivem por conta própria (14%) ou empregados com (12%) ou sem registro (14%), muitos dos quais na cultura do morango, apresentando renda conforme a safra do morango. Neste aspecto, muitos entrevistados informaram sobre as dificuldades na entressafra, tendo que realizar alguns 'bicos' de trabalho. Outros 11% dos entrevistados informaram estar desempregados.

Quanto à média salarial do titular da família, 78% informaram renda de até 2 salários mínimos, sendo que apenas 6% informou renda superior a 3 salários mínimos. A situação da renda mostra a dificuldade de seus moradores com o salário mensal, como muitos vivem como empregado sem vínculo empregatício, a renda acaba sendo instável, não podendo contar ou mesmo não sabendo se terá um salário no mês seguinte, o planejamento e o investimento na vida e na moradia acabam sendo secundários perante a necessidade de se alimentar.

Sobre famílias que participam ou recebem algum benefício social, 15% informaram receber o Bolsa Família, 1% do BPC e 6% possui cadastro no CADÚNICO.

2.3 CONDIÇÃO DA MORADIA

Sobre as residências encontramos duas realidades: os moradores que habitam casas de estado ruim ou péssimo próximas do Ribeirão do Patrimônio, sendo de baixo custo e alto risco de enchentes; e habitantes que moram em casas com bom estado, de maior custo e de baixo risco de intempéries, em sua maioria na parte mais alta da vila. Sabe-se que na baixada da Vila XV de Novembro, nas cercanias do Ribeirão do Patrimônio, algumas moradias em bom estado enfrentam dificuldades em período de cheias do ribeirão, oferecendo risco a vida e a residência, como já ocorreu em outros momentos históricos do lugar.

O tempo de vivência no bairro revela o contraste entre o 'novo e o antigo', tendo 58% de moradores que vivem no bairro há mais de 8 anos (muitos, verificou-se, com mais de 20 anos). Da mesma forma viu-se o alto índice de pessoas que estão a pouco tempo no bairro (34% até 5 anos). Isto decorre pelo crescimento urbano no município, sendo eles levados para áreas onde o custo habitacional (terreno, moradia ou aluguel) é baixo perante

outros bairros da cidade. Os moradores mais novos ocupam lugares ainda não demarcados pela municipalidade, são lotes vendidos pelos proprietários de terra ou sítios que encontram no loteamento uma renda.

Das residências pesquisadas, 54% não possui titularidade conforme mapa oficial da prefeitura, que ainda não contemplou as novas quadras e casas. Porém, acredita-se que o índice de 54% não revela a realidade ressaltando-se a incompreensão dos entrevistados sobre a titularidade - muitos acreditam que apenas o recibo recebido pela compra do terreno seja a titularidade da moradia. Também merece destaque os índices de casas alugadas (11%) e cedidas (3%), ligadas à condição de vida e renda de seus moradores, que não possuem condições para a casa própria.

Apesar disso, um ponto positivo é o material utilizado na construção, a maioria é feita de alvenaria (90%), com poucas ainda mantendo a madeira como material (8%). Quanto às condições de conservação das moradias, 68% estão em bom estado, 23% em estado regular e 6% em péssimo estado. Outro ponto bastante positivo é que todas as casas possuem instalação de água, energia, iluminação pública e coleta de lixo - até mesmo as casas que não estão cadastradas na Lista de Imóveis Urbanos[316].

Por fim, uma grave questão a ser resolvida está na falta de um sistema de recolhimento e tratamento de esgoto, questão que afeta não apenas a Vila XV de Novembro, mas toda a cidade de Jaboti. No bairro em questão, 58% possui fossa rudimentar, 15% fossa séptica, 4% vala comum[317]e 2% do esgoto das casas corre a céu aberto.

3. DISCUSSÃO: REALIDADE, DIREITOS E POLÍTICAS PÚBLICAS.

A frase de Sérgio Buarque de Hollanda segundo a qual o brasileiro é um povo cordial[318], tomada na acepção adequada de cordialidade - que age mais por impulsos do coração do que pela racionalidade -, permite entrever que do coração provém tanto a bondade e a caridade quanto a violência e a intolerância. Aliada tal característica à ignorância das leis e instituições, ou mesmo da sua importância, encontra-se terreno fértil ao conhecido 'jeitinho brasileiro', marcado igualmente pela cultura colonial, patriarcal e patrimonialista de fortes traços religiosos.

Neste contexto, considerando inclusive o histórico pacifista das relações diplomáticas brasileiras, é paradoxal verificar que o Brasil ainda apresenta um dos maiores índices de desigualdade social do mundo[319], possui um trânsito que mata e mutila

[316]MUNICÍPIO DE JABOTI - PR. *Cadastro... Op. cit., loc. cit.*

[317] Entende-se que a vala comum é um sistema de canaletas no subsolo para captura das águas da chuva desembocando no Ribeirão do Patrimônio.

[318] HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

[319] WORLD BANK. **GINI index**: World Bank estimate, 2016. Disponível em: <http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI/>. Acesso em 26 abr. 2016.

anualmente mais pessoas que as mais sanguinárias guerras da atualidade[320], exibem alarmantes dados de violência doméstica e familiar[321] e ainda possui um dos maiores índices de homicídio do mundo - o maior em números absolutos[322]. A paz que pregamos aos nossos vizinhos, nações amigas, visitantes, definitivamente não é a paz que se vivencia no plano doméstico.

Como foi possível verificar dos dados coletados, a informalidade da divisão fundiária é o traço mais marcante da Vila XV de Novembro, que, assim como muitos subúrbios de tantos outros municípios do Brasil, reúne a parcela mais carente da população. Obviamente, as condições do terreno (desnivelado, alagadiço, pedregoso, arenoso etc.) e sua localização (distância de serviços e de comércio, margens de rios e lagos, próximo a áreas poluídas) são determinantes para seu menor custo - aqui representado pela várzea do Rio do Patrimônio.

Muito embora haja desvalorização e, muitas vezes, risco de vida na ocupação destes locais, ainda assim existe uma exploração comercial desses terrenos. Nos casos de ocupação ilegal, as prestações de serviços públicos como água energia e iluminação lhe conferem certa legitimidade, estimulando a perpetuação da situação - não raro com pretensões eleitoreiras.

Feito este recorte, diante do inegável déficit habitacional no país[323] - mesmo em pequenas cidades do interior, como aqui verificado - forçoso constatar que a exploração comercial de terrenos em áreas de risco só é possível em função da existência da demanda por moradias baratas. A população que demanda este tipo de moradia - pessoas com baixa renda, baixa formação escolar, desqualificado profissionalmente, doentes, idosos etc. - na maioria das vezes não tem consciência dos riscos a que se expõe tampouco das leis e instituições, tais como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001)[324], que regulam a matéria.

Ressalvadas subdivisões desses terrenos ou parcelamentos urbanos de ocupações antigas (velhas chácaras, sítios etc.), são os donos dos empreendimentos que teriam condições de evitar situações como essas, justamente levando a conhecimento do ente público municipal, sua pretensão de parcelar a propriedade - obrigação que lhes cabe

[320] SEGURADORA LÍDER - DPVAT, Boletim estatístico, ano 04, vol. 03, janeiro a setembro de 2014. Disponível em < https://www.seguradoralider.com.br/Documents/boletim-estatistico/Boletim-Estatistico-Ano-04-Volume-03.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

[321] INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha**. Dados nacionais sobre violência contra as mulheres. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-nacionais-sobre-violencia-contra-a-mulher/>. Acesso em 26 abr. 2016.

[322] MONTEIRO, André; TUROLLO JÚNIOR, Reynaldo. **Brasil tem a 11ª maior taxa de homicídios do mundo, diz OMS**. Folha de São Paulo. Cotidiano, 10 dez. 2014. São Paulo: Folha de São Paulo, Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/12/1560654-brasil-tem-a-11-maior-taxa-de-homicidios-do-mundo-diz-oms.shtml>. Acesso em 26 abr. 2016.

[323] ELIAS, Juliana. FGV: **Brasil precisa de R$ 76 bi ao ano para zerar déficit habitacional**. Valor Econômico, Brasil, 13 out. 2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3733244/fgv-brasil-precisa-de-r-76-bi-ao-ano-para-zerar-deficit-habitacional>. Acesso em 26 abr. 2016.

[324] BRASIL. **Lei n. 10.257, 10 jul. 2001**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 03 maio 2016.

legalmente[325]. Neste ponto a cordialidade estimula a informalidade e, não raro, mesmo no âmbito das autoridades competentes, a questão é tratada com vistas ao aproveitamento do terreno e ao lucro, sem maior preocupação quanto aos seus impactos urbanísticos, sociais e ambientais.

Nas hipóteses, como em lume, em que o parcelamento irregular é constatado posteriormente, muitas vezes a atuação restringe-se à aplicação de multas, sendo que, constatada a impossibilidade de pagamento, os moradores são ignorados, prestando-se os serviços públicos essenciais e, vez ou outra, a instalação de algum aparelho público de lazer, saúde, educação etc. O argumento geralmente utilizado é o de que essas pessoas "não tem outro lugar para ir" nem "para onde levá-los". Não há mesmo?

Entre os instrumentos da política urbana previstas no Estatuto das Cidades encontra-se previsto, além do IPTU progressivo (art. 7º) e do usucapião especial de imóvel urbano (art.9º), a previsão de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, pela qual o Município pode determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, fixando as condições e os prazos (art. 5º). Trata-se de mecanismo que visa a ordenação e controle do uso do solo (art. 2º, inc. VI), inclusive de forma a evitar a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização (alínea 'e'); a exposição da população a riscos de desastres (alínea 'h') e a poluição e a degradação ambiental (alínea 'g'); entre outros[326].

Tendo a política urbana por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana (art. 2º), importante lembrar, entre suas diretrizes, a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, considerados a situação socioeconômica da população e as normas ambientais (inc. XIV); e a simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais (inc. XV)[327].

Se a organização do espaço urbano não esconde os efeitos das relações de poder no seio da sociedade[328], a omissão do poder público quanto à adequada aplicação dos mecanismos legais de efetivação dos direitos relacionados à moradia digna e à política urbana são marcantes - mesmo em pequenos municípios do interior. A organização do espaço urbano com a justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização é condição para efetivação de direitos fundamentais[329] como a saúde, a educação e a moradia digna e somente através da maior efetivação desses direitos é possível a construção de um indivíduo mais consciente de si, de seus semelhantes das

[325] *Ibid., loc. cit.*
[326] BRASIL. *Lei n. 10.257, 10 jul. 2001... Op. cit., loc. cit.*
[327] *Ibid., loc. cit.*
[328] FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 15. ed. Roberto Machado (Org.). Rio de Janeiro: Graal, 2000, *passim*.
[329] BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. 1 ed. São Paulo: Juarez de Freitas,2002, *passim*.

organizações[330] e da comunidade que integra. Um primeiro passo, contudo, precisa ser dado pelos Municípios conferindo, através da gestão participativa e democrática dos planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, vez e voz a esses periféricos e cordiais sujeitos colocados à margem dos projetos de pacificação social.

4. PAZ, SUJEITO E CIDADE.

Veiga[331] apresenta um erro "imperdoável" no estatuto: não existe a definição do que é cidade. Nesse sentido, o erro conceitual camufla determinações espaciais: qual o limite do urbano e o rural?

> Qualquer pessoa que conheça um município de pequeno ou médio porte localizado fora de aglomerações poderá confirmar que sua economia é essencialmente alicerçada na utilização direta de recursos naturais. Claro, haverá certamente atividades comerciais, de transporte e outros serviços. E mesmo indústrias classificadas como empresas urbanas. Só que quase tudo diretamente vinculado a lides agrícolas, pecuárias, florestais, pesqueiras, mineiras, ou a recreações dependentes da natureza.[332]

O espaço determinado como urbano muito contrastado com as características rurais, implica sobre as políticas públicas determinadas para certos espaços: bairros, ruas, becos etc. Concomitantemente, a compreensão de nosso estudo em um bairro, mescla-se com a conceitualização política do "onde ser aplicado" tal medida pública, determinando como característica simbólica, o descaso da zona rural no município. O bairro, lugar bem determinado, estereotipado pelos perfis sociais: trabalhadores rurais. São codificados com o simbólico das políticas públicas destinadas apenas para o centro, como se, o morador da zona rural, acostumado com as intempéries e com a labuta do cotidiano não possuísse necessidades como um morador urbano.

No entanto, o urbano e rural são espaços dialéticos, sem limites e fronteiras entre um e o outro, o espaço de produção de sentidos, é a cidade a soma de urbano e rural. Segundo Castro[333] a cidade é um ator social que possibilitou desenvolvimento humano. Porém, continua Castro, utilizando da cidade de São Paulo, quais os motivos de enfrentar tantos problemas: violência, desigualdade, poluição etc.? Para o autor:

> [...] isso se deve a práticas *anticidades*, que enfraquecem a produção cultural e o conhecimento: a cidade torna-se, dessa maneira, lugar de segregação e uniformização, que operam rebaixando a urbanidade. São frutos de políticas de administração do urbano que contribuem para uma fragmentação de seu

[330] COSTA, Ilton Garcia; SANTIN, Valter Foleto (Org.). **Organizações Sociais, efetivações e inclusão social**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014. v. 1., *passim*.

[331] VEIGA, José Eli da. **Cidades imaginárias**: o Brasil é menos urbano do que se calcula. 2. Ed. Campinas: Autores Associados, 2003.

[332] *Ibid.*, p. 56.

[333] CASTRO, Matheus Fernandes: **Os motoboys de São Paulo e a produção de táticas e estratégias na realização das práticas cotidianas**. Tese de doutorado (Psicologia Social). Universidade de São Paulo-USP, São Paulo, 2010.

> espaço e das relações entre os homens, que encontram sustentação na maneira como as pessoas aderem a essas diretrizes.[334]

Apoderando-se de Milton Santos e o conceito de técnico-científico-informacional, Castro apresenta a organização da cidade pela racionalidade produtiva, na qual, as "transformações impostas ao espaço, pautadas em uma racionalidade que objetiva o aumento de produtividade"[335]. Mas, no bairro estudado, onde o interesse reside na produtividade do campo, de um município agrícola, não teria sentido maiores avanços no espaço, pois o espaço não necessita de uma produtividade como nas metrópoles.

A produtividade do simbólico: simplicidade, humildade, vida pacata, que o homem rural produz em seu cotidiano, não gera os impactos, fenômenos de uma rotina para a produção capitalista. As ruas não precisam ser adaptadas para a velocidade dos cidadãos; não precisa de iluminação, pois a cidade dorme antes das 20 horas; saneamento para quem estão acostumadas às "casinhas" no meio do mato? Para quê?; Escolas, praças, parques, no rural nunca existiu isso, por que agora? A identidade dos cidadãos e a súbita caracterização de um espaço. Como se a administração pública não pudesse interferir no local para não desenraizar o cidadão de suas culturas históricas.

O direito à cidade, sem distinção entre urbano ou rural, é a cidade como totalidade, como democracia. Lembrando-se da canção A Minha Alma, de O Rappa[336], o silêncio, às vezes, silencia uma violência simbólica: do marginalizado.

A margem não do espaço, mas das políticas públicas que surgiram em "torno da bandeira da *reforma urbana*"[337], assim surge o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), já citado neste artigo, para dar continuidade às 'cidades inacabadas', essas, com seus problemas já exposto por Castro[338].

Segundo Ribeiro e Santos Junior, para esta reestruturação, faz necessário romper com as lógicas que "esquartejam a máquina pública". São elas:

> a) o *clientelismo urbano* que trouxe para as modernas cidades brasileiras o padrão rural de privatização do poder local, tão bem transcrito por Vitor Nunes Leal na expressão *coronelismo, enxada e voto*, mas que nas condições urbanas transformou-se em *assistencialismo, carência e voto*.
> b) o *patrimonialismo urbano*, fundado na coalizão mercantil da acumulação urbana, representados pelas empreiteiras de obras públicas, concessionárias dos serviços públicos, entre elas o poderoso setor de transportes coletivos, e os do mercado imobiliário;
> c) o *corporativismo urbano* traduzido na presença dos segmentos organizados da sociedade civil nas arenas de participação abertas pela Constituição de 1988, cuja promessa era a constituição de um padrão republicano de gestão da cidade que, se implantado, criaria a condições para o surgimento de uma gestão urbana fundada no universalismo de procedimento;

[334] *Ibid.*, p. 22.
[335] CASTRO. *Op. cit.*.
[336] O RAPPA. *Op. cit., loc. cit.*
[337] RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos**. Desafios da Questão Urbana na Perspectiva do Direito à Cidade**. In: SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; CHRISTOVÃO, Ana Carolina; NOVAES, Patrícia Ramos. (Org.). Políticas públicas e direito à cidade: programa interdisciplinar de formação de agentes sociais e conselheiros municipais. Rio de Janeiro: IPPUR/UFRJ, 2011, p. 12.
[338] CASTRO. *Op. cit., loc. cit.*

> d) por fim, o *empresariamento urbano*, que se constitui na lógica emergente impulsionada pelo surgimento do complexo circuito internacional de acumulação e dos agentes econômicos e políticos organizados em torno da transformação das cidades em projetos especulativos fundados na parceria público-privado.[339]

Portanto, concretizar um ideal de direito de cidade, na tríade sujeito, cidade e paz, obrigatoriamente, tem-se que romper com costumes históricos de nosso país. Como sugere os autores, "atualizar o ideário do direito à cidade como parte de uma nova utopia dialética em construção, emancipatória e pós-capitalista, materializada em um novo projeto de cidades e de organização da vida social[340].

Milton Santos acrescenta que "a globalização agrava as crises urbanas e, ampliando o fenômeno da escassez, aumenta a pobreza e a miséria e estimula a violência"[341]. Ou seja, o problema já não se resume ao espaço de convivência, sendo necessário romper a lógica do capital, que estimam os espaços pelas cifras e valores propensos a mercantilização. Mesmo nesse panorama, confirma-se que, se a lógica do capital é de cima para baixo, do global para o local, sua inversão exige reencontrar localmente os valores de legitimação do espaço social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como outrora informado, o presente estudo objetiva evidenciar alguns dos direitos e fatores que teriam o condão de propiciar ao indivíduo um *locus* mais apto à sua conversão em sujeito de pacificação social.

Para isso, utilizamos como recorte de análise, as condições de moradia da Vila XV de Novembro, localizada na cidade de Jaboti/PR. No bairro, foram realizadas entrevistas que forneceram dados para o *puzzle* social e de políticas de moradia e de estruturação do bairro.

Entendemos que a paz surge mediante a ação consciente do sujeito, rompendo com ideologias de individualidade, o público torna espaço de diálogo, convívio e emancipação. O espaço une o coletivo pelo direito à cidade, na qual, o coletivo entende seu papel como agente ativo para as melhorias das condições de vida, diminuindo a desigualdade social, porventura, fruto das diferenças de classe e de políticas direcionadas para certos grupos em contraste a outros.

O resgate da Vila XV de Novembro nos mostra uma realidade de dificuldades estruturais da sociedade brasileira, herança das raízes históricas de políticas para a identidade nacional: o descaso com os marginalizados. Neste contexto, constatando que a paz para o mundo somente há de refletir a paz que um dia encontrou morada no sujeito que a deseja, conclui-se que construir um espaço de significação, emancipação e

[339]RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. *Op. cit.*, p. 14.
[340]*Ibid.*, p. 15.
[341]SANTOS. *Op. cit.*, p. 139.

dignidade humanas é passo fundamental para a pacificação em um nível mais profundo, qual seja, através do próprio sujeito, que, enquanto agende de transformação, não prescinde de suas circunstâncias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério da Educação. **Índice do Desenvolvimento da Educação Básica - IDEB**. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/web/portal-ideb>. Acesso em: 03 maio 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.257, 10 jul. 2001**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 03 maio 2016.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. 1 ed. São Paulo: Juarez de Freitas,2002.

CASTRO, Matheus Fernandes: **Os motoboys de São Paulo e a produção de táticas e estratégias na realização das práticas cotidianas**. Tese de doutorado (Psicologia Social). Universidade de São Paulo-USP, São Paulo, 2010.

COSTA, Ilton Garcia; SANTIN, Valter Foleto (Org.) . **Organizações Sociais, efetivações e inclusão social**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

ELIAS, Juliana. FGV: **Brasil precisa de R$ 76 bi ao ano para zerar déficit habitacional**. Valor Econômico, Brasil, 13 out. 2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3733244/fgv-brasil-precisa-de-r-76-bi-ao-ano-para-zerar-deficit-habitacional>. Acesso em 26 abr. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 15. ed. Roberto Machado (Org.). Rio de Janeiro: Graal, 2000.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <http://censo2010.ibge.gov.br/>. Acesso em: 03 maio 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Taxa de Fecundidade Total - Brasil - 2000 a 2015**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>. Acesso em: 03 maio 2016.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha.** Dados nacionais sobre violência contra as mulheres. Disponível em:

<http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-nacionais-sobre-violencia-contra-a-mulher/>. Acesso em 26 abr. 2016.

MONTEIRO, André; TUROLLO JÚNIOR, Reynaldo. **Brasil tem a 11ª maior taxa de homicídios do mundo, diz OMS**. Folha de São Paulo. Cotidiano, 10 dez. 2014. São Paulo: Folha de São Paulo, Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/12/1560654-brasil-tem-a-11-maior-taxa-de-homicidios-do-mundo-diz-oms.shtml>. Acesso em 26 abr. 2016.

MUNICÍPIO DE JABOTI - PR. **Cadastro de Imóveis Urbanos**. Jaboti: Prefeitura Municipal, 2016.

MUNICÍPIO DE JABOTI - PR. **Sítio oficial**: economia. Jaboti: Prefeitura Municipal, 2016. Disponível em: <http://www.jaboti.pr.gov.br/conteudo/329/economia>. Acesso em: 03 maio 2016.

O RAPPA. **Minha Alma (A paz que eu não quero)**. In: O RAPPA. Lado B Lado A. [S.l.]: Warner Music Brasil, 1999, faixa 6.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **8 jeitos de mudar o mundo**. Disponível em: <http://www.objetivosdomilenio.org.br>. Acesso em: 03 maio 2016.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. **Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil 2013**. Relatório do município de Jaboti - Pr. Disponível em: <http://www.atlasbrasil.org.br>. Acesso em: 03 maio 2016.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. Desafios da Questão Urbana na Perspectiva do Direito à Cidade. In: SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos; CHRISTOVÃO, Ana Carolina; NOVAES, Patrícia Ramos. (Org.). **Políticas públicas e direito à cidade: programa interdisciplinar de formação de agentes sociais e conselheiros municipais**. Rio de Janeiro: IPPUR/UFRJ, 2011.

SANTOS, Milton. **As cidades mutiladas**. In: Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo. O preconceito. São Paulo: Imesp, 2007.

SEGURADORA LÍDER - DPVAT, **Boletim estatístico, ano 04, vol. 03, janeiro a setembro de 2014**. Disponível em < https://www.seguradoralider.com.br/Documents/boletim-estatistico/Boletim-Estatistico-Ano-04-Volume-03.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

VEIGA, José Eli da. **Cidades imaginárias**: o Brasil é menos urbano do que se calcula. 2. Ed. Campinas: Autores Associados, 2003.

WORLD BANK. **GINI index**: World Bank estimate, 2016. Disponívelem: <http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI/>. Acesso em 26abr. 2016.

Capítulo XXII

PERPETUAÇÃO DO CASO IRMÃOS NAVES: ANÁLISE DA REVISÃO CRIMINAL COMO INSTITUTO JURÍDICO APTO A REVERTER ERROS JUDICIÁRIOS.

Débora Garcia Duarte[342]
Brunna Rabelo Santiago[343]
Luiz Fernando Kazmierczak[344]

RESUMO: O trabalho tem por finalidade expor e analisar o instituto da revisão criminal, bem como sua aplicação e importância para concretizar os direitos humanos do condenado. Discorre sobre a possibilidade de recorrer a uma decisão judicial mesmo após o transito em julgado da sentença condenatória, sobre a legitimidade da ação, o erro judiciário e as hipóteses de cabimento. Objetiva-se ainda, exemplificar este estudo a partir da análise do filme "O caso dos Irmãos Naves", onde de forma clara, nota-se a ausência da aplicação da presunção de inocência. Soma-se ao exposto, a intenção de demostrar a existência de eventuais erros no judiciário, movidos muitas vezes por pressões midiáticas e populares capazes de interferir negativamente em uma decisão justa e legal. Utilizou-se para formulação desta pesquisa, o método dedutivo com método de abordagem, bem como a pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Revisão Criminal. Irmãos Naves. Erro judiciário. Transito em julgado. Sentença.

[342] Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). E-mail: debora.gduartte@gmail.com
[343] Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). E-mail: brunnarsantiago@hotmail.com
[344] Doutorando em Doutorando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro (2004). Professor de Direito Penal no curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) E nas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). E-mail: lfkaz@uenp.edu.br

INTRODUÇÃO

É de suma importância para o convívio em sociedade a presença da segurança jurídica, uma vez que a partir dela encontramos proteção e garantia aos direitos fundamentais, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, entre outros. Essencial à paz social, a segurança jurídica encontra grande assento no instituto da coisa julgada, o qual possui amparo constitucional. Desta forma, nada mais natural que o anseio por justiça possua um caráter de estabilidade nas decisões, algo teoricamente aplicado como o mais justo entre as partes.

Contudo, encontra-se no ser humano a presença da falibilidade, e atrelado a isso estão suas decisões, pois natural se faz a admissão que nossa espécie é imperfeita e movida por falhas podendo se deixar levar pela emoção, pelo cansaço ou até mesmo pela pressão midiática, algo comum e presente nos dias atuais.

Apesar do caráter imutável presente na coisa julgada, encontra-se casos onde essa imutabilidade pode ser questionada, movidos pela presença de um erro grave o suficiente para permitir o reexame. Por isso, não se pode deixar de lado um instituto com tamanha importância como o da revisão criminal, que visa a verdadeira segurança jurídica, prezando, assim, por uma decisão justa.

Com o propósito de apresentar os aspectos importantes do instituto da revisão criminal, a pesquisa inicialmente apresenta um breve contexto histórico, demonstrando que desde os primórdios já se encontravam presentes as regras que tornavam possíveis os reexames das condenações. Os princípios norteadores da revisão, tais como seu conceito, início no ordenamento jurídico brasileiro, as espécies, os pressupostos para a propositura da ação, as hipóteses de cabimento, bem como sua importância dentro do ordenamento jurídico.

Com o fito de demonstrar o quão importante é o instituto da revisão criminal, o trabalho além de expor suas características também apresenta o peso que uma condenação injusta trará, não apenas para o réu como também para a sociedade, que em virtude desses eventuais erros acaba desacreditando na justiça competente. Para elucidar essa pesquisa o tema foi relacionado e elaborado através do filme “O caso dos Irmãos Naves”, onde por meio da arte, foi possível observar de forma clara os reflexos que a má aplicação da

legislação acarreta. Além disso, trabalhar-se-á, também, com a perpetuação de erros judiciários ainda no século XXI, demonstrando o porquê dessa infeliz continuidade e quais as possíveis soluções para elucidação do problema.

Por fim, utilizou-se como método de abordagem o método dedutivo, partindo da ideia geral da segurança jurídica, a partir da revisão criminal e especificando o tema ao relacionar o referido instituto com o caso "Irmãos Naves" e os erros jurídicos que ainda ocorrem na atualidade. No que concerne às técnicas de pesquisa, utilizou-se a pesquisa indireta bibliográfica voltada para estudos pautados em Sérgio de Oliveira Médici, Eugênio Pacelli de Oliveira, e Guilherme de Souza Nucci. Por fim, pauta-se, ainda, no documentário de 1967 "O Caso dos Irmãos Naves", drama exibindo a história real de dois irmãos acusados injustamente por um crime ocorrido na época.

DESENVOLVIMENTO

Define-se revisão criminal como o instituto que se externa como um recurso de características próprias, pelo qual se reexamina um erro judiciário. Em outras palavras, é meio de provocar, na superior instância, a reforma ou modificação de uma sentença judicial desfavorável em todo ou em parte.

A citada revisão representa instrumento processual exclusivo da defesa que tem como finalidade rescindir uma sentença penal transitada em julgado, objetivando, assim, beneficiar a condição do condenado conforme predispõe o artigo 626 do Código de Processo Penal[345]. Ademais, não recai sobre ela prazo preclusivo, podendo ser intentada quantas vezes forem necessárias, ou seja, há a possibilidade de sua alegação a qualquer tempo, inclusive após o termo final do cumprimento da sentença, (Código Processo Penal, art. 622)[346] desde que em cada nova revisão defendida seja fundada em novas provas.

Normalmente, após o fim do processo com o transito em julgado da sentença, não haveria mais o que se discutir. No entanto, a revisão criminal nos dá essa possibilidade de rever os fatos baseados em uma ação específica para corrigir eventuais erros, discutir provas falsas, apresentar provas de inocência, reconhecer atenuantes, entre outros. É meio extraordinário de impugnação que não se submete a prazos.

[345] Artigo 626, CPP: "Julgado procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo".
[346] Artigo 622, CPP: "A revisão pode ser requerida a qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após".

Dessa forma, a revisão criminal fere a autoridade da coisa julgada, no supremo interesse de firmar, pela ação dos órgãos judiciários próprios, o império da justiça que foi desatendida na decisão sujeita ao reexame.

Nesse contexto, Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 479) declara que a ação de revisão Criminal:

> É uma ação penal de natureza constitutiva e sui generis, de competência originária dos tribunais, destinada a rever decisão condenatória, com transito em julgado, quando ocorre erro judiciário. [...] É sui generis, pois não possui polo passivo, mas somente o autor, questionando o judiciário que o vitimou.

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli (2012, p. 925,926) leciona que:

> A ação de revisão criminal tem precisamente esse destino: permitir que a decisão condenatória passada em julgado possa ser novamente questionada, seja a partir de novas provas, seja a partir da atualização da interpretação pelos tribunais, seja por fim, pela possibilidade de não ter sido prestado, no julgamento anterior, a melhor jurisdição.

Portanto, entende-se que a ação penal exposta é um instrumento processual protegido que busca a salvaguarda dos direitos fundamentais, bem como, a manutenção da dignidade da pessoa humana materializada através da ação de revisão criminal. É valido ressaltar que, no ordenamento jurídico brasileiro, encontramos apenas a presença da revisão *pro reo*, em benefício do réu, não incluindo, portanto, a *pro societate*, em benefício da sociedade, justificada sobre tudo como decorrência do Princípio da Ampla Defesa e Contraditório.

O vocábulo "revisão" precede da língua latina, advindo do termo revisto, e quer dizer fazer de novo ou rever. Conforme esclarece o doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 921):

> A atividade jurisdicional, como outra de qualquer setor da atividade humana, está sujeita a erros. A justiça é feita pelos homens, simples criaturas humanas, sem o dom da infalibilidade. [...] Aliem-se, ainda, a ilusão, a emoção, a falta de atenção, o transcurso do tempo, a brevidade da percepção e outras causas. Tudo são fatores que produzem má apreciação do fato objeto do processo. [...] Não houvesse órgãos jurisdicionais hierarquicamente superiores para controlar e reexaminar as decisões provindas dos órgãos inferiores, inegavelmente a situação seria de descalabro.

No ordenamento jurídico vigente, a revisão criminal trata-se, portanto de uma ação de impugnação visando a desconstituição da coisa julgada em benefício do réu.

Sobre a legitimidade para o ajuizamento da ação, a revisão pode ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado, ou em casos de morte, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, como se observa na leitura do artigo 623 do Código de Processo Penal[347]. Em relação a capacidade postulatória, questiona-se a necessidade de advogado para interposição da ação e a respeito disso, discorre Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 328):

> A melhor solução consiste em buscar um ponto de equilíbrio entre valores constitucionais em jogo: pensamos que ao condenado deve ser assegurada a capacidade postulatória para requerer a revisão. Após o que, o tribunal competente nomeará defensor dativo para que este, com seus conhecimentos técnicos, deduza juridicamente a pretensão. Com isso, estarão assegurados tanto o exercício direto da ação ao condenado, como também seu direito à correta formulação do pedido.

Caso haja absolvição pela revisão, implicará em reestabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação e, se o apenado o requerer, o tribunal poderá ainda reconhecer o direito do réu a uma indenização pelos prejuízos sofridos em razão da sentença anterior.

A revisão criminal tem grande importância no Ordenamento Jurídico, pois a partir dela pode-se assegurar um direito fundamental, toma-se como base processos em que ela teve absoluta importância, como no caso dos Irmãos Naves. O referido caso ocorreu na cidade de Araguari, interior de Minas Gerais, no ano de 1937, com a instauração do regime ditatorial de Getúlio Vargas, onde, na época, o país enfrentava um caos na economia e, principalmente, nos direitos humanos. Nesse contexto, os irmãos Sebastião e Joaquim foram acusados erroneamente por falta de provas pelo desaparecimento e assassinato de Benedito Caetano, o qual aparecera vivo, tempos depois.

Portanto, conforme exposto, fora deixado de lado o art. 5°, LVII, da Constituição Federal: "Ninguém será considerado culpado até o transito em julgado de sentença penal condenatória". Presunção de inocência enquanto direito fundamental de toda pessoa, esse

[347] Artigo 623, CPP: "A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão".

inciso nos mostra um dos princípios basilares do Estado de Direito, visando a tutela da liberdade pessoal e, nítida se faz, a ausência da aplicação deste princípio no Caso Naves. Além disso, foi exercida de forma excessiva a coação e violência, assim como a ameaça, para solução de um caso onde um estado falido, por falta de provas, não se atentou aos limites impostos pelos princípios básicos da Constituição.

Como evidenciado no filme, existiu uma condenação sem que houvesse provas substanciais que comprovassem o delito pelo qual os irmãos estavam sendo acusados, o que pressupõe uma injusta decisão do judiciário, sendo inclusive, negada ao caso a aplicação da revisão criminal para melhor apurar os fatos. Um instituto com tamanha importância como o revisional não poderia ser deixado de lado em casos como o dos irmãos Naves, uma vez que constitui a última linha de modificação da decisão que condena o indivíduo. O grande erro do referido processo criminal foi a não observância dos princípios e normas jurídicas, a não averiguação dos fatos e a irrelevância da falta de provas. Destaca-se que em nenhum momento as autoridades interromperam as torturas exercidas aos irmãos, para que confessassem o crime com a intenção de solucioná-lo e por fim ao caso.

Com mais de um julgamento e a pressão da sociedade para resolução do caso, os Naves obtiveram sentença condenatória e cumpriram pena por vários anos. Após a morte de um deles, devido a um trauma desenvolvido em virtude das torturas sofridas, e a aparição de Benedito Caetano vivo, o Estado então é condenado a pagar uma indenização pelos danos causados.

Sobretudo, será que uma indenização estatal supera todo sofrimento causado por uma legislação falha e totalmente parcial, onde a tortura prevalecia a todo tempo?

Nas palavras do professor Luiz Fernando Kazmierczak (2009, p. 23):

> Destarte, um sistema concebido nos termos expostos representa o modelo no qual deveria inspirar-se o Direito Penal de um ordenamento liberal e democrático moderno: é um Direito Penal que procura a eficácia, que não abandona a retribuição, mas é essencialmente preventivo, que se inclina à autolimitação, reservando-se exclusivamente para fatos externos relevantemente danosos; um Direito Penal não elaborado segundo arbítrio do legislador, senão orientado à tutela de bens autênticos, presentes na sociedade e preexistentes à decisão criminalizadora do legislador.

A segurança de um Direito Penal não elaborado de forma parcial, viciada, e sim com fundamentos oriundos de provas relevantes, autenticas e democráticas.

Além disso, é valido ressaltar a perpetuação do caso no século XXI, onde é possível sim encontrarmos novos irmãos Naves a mercê de um sistema judiciário falho e lento devido à sobrecarga e ao acumulo processual, que trava o sistema e o andamento dos processos, deixando muitas vezes o indivíduo a espera de uma decisão em condições precárias. Pode-se incluir também a pressão midiática, que nos dias de hoje se faz muito presente devido necessidade de culpabilização social, de resolução de ilícitos com o fito de eximir da sociedade em geral a culpa que cada um carrega pelo caos da violência e altos índices de criminalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com aspecto fundamental no Estado Democrático de Direito, a revisão criminal ainda é um tema pouco debatido levando em conta tamanha importância dentro do ordenamento jurídico. Sua capacidade de quebrar a intangibilidade da coisa julgada em nome da justiça nos dá a segurança que esperamos de um Estado Democrático.

É de suma importância à restituição de um direito perdido injustamente, e é exatamente isso que a revisão permite ao ofendido, visto que não há prazo preclusivo, a ação de impugnação pode ser feita a qualquer tempo, desde que presente uma das hipóteses de cabimento. Até mesmo após o termino da pena, ou a morte do condenado, a revisão permite que outrem, desde que habilitado, reconstitua a imagem e dignidade perdida do réu.

Cada vez mais se presencia a mídia elucidando os noticiários a respeito da criminalização de forma banalizada, colaborando para o aumento da pressão social a respeito das soluções cabíveis e passando uma imagem destorcida da realidade jurídica. Necessário se faz, a conscientização social a respeito da humanização do indiciado, desta forma é possível evitar que o clamor público e a mídia pressionem o judiciário a cometer erros, como ocorrido no Caso dos Irmãos Naves.

Outra hipótese é garantir o sigilo do processo penal através da formação dos operadores do direito, possibilitando o ponto de equilíbrio dos valores e assegurando uma condição justa aos que recorrem ao Poder Público, podendo oferecer durante o tramite processual, todas as linhas de defesas cabíveis, bem como um direito que visa a eficácia e efetividade da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. Código de Processo Penal. Decreto lei no 3.689, de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 21 jul 2016, 22:17

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão Criminal**. 2 ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 200.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007 p. 479.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16° ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 925-926.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Conceito de Delito à Luz da Constituição Federal de 1988**. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI - UENP / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 11 (julho-dezembro) – Jacarezinho, 2009.

Capítulo XXIII

PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SANCTIONNARY ADMINISTRATIVE LAW PRINCIPLES

Ivana Nobre Bertolazo[348]
Valter Foleto Santin[349]
Antonio Sergio Cordeiro Piedade[350]

RESUMO: Trabalho de caráter principiológico. Aborda o problema da constituição de uma nova disciplina jurídica, o Direito Administrativo Sancionador **e** tem por objetivo construir um arcabouço principiológico válido para a disciplina, com a explanação dos princípios que a influenciam e de como essa influência pode ser constatada e de como esses princípios guiam e limitam a nova disciplina. Feito isso, conclui com uma correlação entre princípios constitucionais, administrativos e penais para a construção do novo complexo principiológico que orientará a disciplina. Utiliza-se do método interpretativo, com análise e exegese de textos em revisão bibliográfica de livros, artigos e julgados disponíveis em meio físico e digital.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Administrativo Sancionador; sanção administrativa; princípios; direitos fundamentais; princípios constitucionais.

ABSTRACT: This work deals with principles. It discuss the problem of a constitution for a new legal discipline: the Administrative Right of Sanctions. The objective of this work was to construct principles that may be possible to use in this discipline and how these principles may be used. In the conclusion is a correlation between all the principles

[348] Mestre em Ciência Jurídica (UENP). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Especialista em Metodologia de Ação Docente (UEL). Bacharel em Direito (UEL). Professora dos Cursos de Graduação em Direito e de Pós-Graduação (FACNOPAR). Professora no Curso de Pós-Graduação Latu Sensu de Direito Internacional e Econômico (UEL). Coordenadora e colaboradora em projetos de ensino e extensão (FACNOPAR). Advogada (OAB-PR). E-mail: v.bertolazo@gmail.com.
[349] Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho). Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil) e pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no *Ius Gentium Conimbrigae*, Centro de Direitos Humanos, sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo. E-mail: santin@uenp.edu.br.
[350] Professor do programa de Mestrado em Direito Agroambiental da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT, Campus Cuiabá). Doutor e Mestre em Direito Penal (PUC – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brasil). Líder do Grupo de pesquisa Tutela Penal dos Bens Jurídicos Difusos da UFMT. Promotor de Justiça em Mato Grosso. E-mail: as.piedade@uol.com.br.

used: constitutional, administrative and criminal. Which are necessary for the building up of the new principles that will orient this discipline. This study presents an approach by the interpretative method, with analysis and exegesis of texts on literature review of books, articles and judged available in physical and wide world web support.

KEY-WORDS: Administrative Right of Sanctions; administrative sanction; principles; fundamental rights; constitutional rights.

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho é a atividade sancionadora da Administração Pública. Sabe-se que a atividade administrativa sempre teve um potencial sancionatório, ligado a necessidade de regulamentar a conduta dos particulares. Entretanto, só agora essa atividade começa a ser individualmente estudada e sistematizada. Isso ocorre pela necessidade da presença do Estado em áreas nas quais, na época em que foram criadas as bases do Direito Administrativo, ele não interferia. Assim, há a necessidade de construírem-se as bases principiológicas dessa atividade sancionatória do Estado dentro da seara administrativa. Com isso, é necessária uma pesquisa sobre essa atividade sancionadora, em virtude do novo modelo de estado e da nova realidade social e estrutural vigente. É aí que se insere o estudo do Direito Administrativo Sancionador, desenvolvido para atender a essa necessidade especial da Administração Pública. Com isso, o problema de pesquisa é o estabelecimento de um sistema de princípios que atenda a essas novas necessidades sancionadoras da Administração Pública.

Este trabalho justifica-se pela necessidade das novas características reguladoras que o Estado vem assumindo, em face das novas exigências a que a Administração tem sido obrigada a atender na contemporaneidade e também pela necessidade de se estudar o potencial sancionatório da Administração Pública, pois os atos sancionadores oriundos da esfera administrativa tem tido uma importância cada vez maior e uma abrangência mais relevante, em alguns casos, que a do próprio Direito Penal, até pelas próprias características deste, que deveria ser utilizado somente quando todos os outros recursos tivessem se esgotado.

O objetivo deste trabalho é contribuir para o esclarecimento do tema, promovendo uma visão ampla e crítica do Direito Administrativo Sancionador e do potencial sancionatório da Administração Pública. E, para atingir esse objetivo, esse

estudo apresenta uma abordagem pelo método interpretativo, com análise e exegese de textos em revisão bibliográfica de livros, artigos e julgados disponíveis em meio físico e digital.

1 PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Escrever sobre princípios implica, antes de tudo, escrever sobre as bases, os alicerces do direito como um todo homogêneo, e em alguns momentos indissociável. Implica em uma "quase" revisão histórica, uma vez que, os princípios foram se formando, se moldando e se concretizando com o passar do tempo, por meio do viés das lutas históricas. O direito identifica-se com a sociedade na qual ele está implantado. A ligação entre direito e sociedade é uma ligação imanente, um não sobrevive sem o outro. Porém, os princípios que regem o direito contemporâneo são os princípios que se identificam com a sociedade de hoje. Muitos desses princípios que serão aqui trabalhados, há séculos estão se formando, e o significado expresso por eles no passado pode não condizer com o que se espera deles no presente, ou o que se esperará dele no futuro. O que a sociedade de antes cobrava (ou não cobrava) dos princípios em sua atuação em determinada época, pode ocorrer ou não da mesma forma hoje. Outros princípios não existiam em épocas pretéritas, sendo mais recentes. Assim, o estudo dos princípios pode ser identificado com o próprio estudo do direito, na sua constante evolução e modificação.

O estudo dos princípios é essencial para estabelecer as bases do que será feito e de como será feito, principalmente num ramo em desenvolvimento, para estabelecer as bases do que será feito e de como será feito. A propósito, Geraldo Ataliba observa que "a perfeição de uma parede depende visceralmente dos alicerces sobre que a mesma repousa" (1985, p. XV).

Canotilho explica que os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado. Quando aplicados ao caso concreto, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediação concretizadora (1998, p. 1034 / 1036 *passin*). São normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico. São *standards* juridicamente vinculantes, fundados nas exigências de justiça ou na ideia de direito. É o fundamento da regra, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função

normogenética fundamental. Os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.

Além disso, especificamente no Direito Administrativo Brasileiro, os princípios são importantes, pois consoante leciona Di Pietro, o Direito Administrativo não é codificado, ou seja, os princípios têm função fundamental de estabelecer o equilíbrio necessário entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração Pública. (DI PIETRO, 2001, p. 67).

Samia Saad Gallotti Bonavides desenvolve reflexões sobre o processo administrativo, enfatizando a importância do processo administrativo integrado pela relação jurídica processual e um procedimento em contraditório, as garantias processuais, pelo controle da legalidade e próprio controle político-democrático, de forma mais técnica e em consonância com a teoria geral do processo e as disposições constitucionais (2003, pp. 121-122).

Valter Foleto Santin faz a distinção entre procedimento e processo administrativo, em face à investigação criminal, destacando a necessidade de devido processo legal, contraditório e ampla defesa no processo administrativo, para definição de direitos e obrigações na esfera administrativa, bem como os princípios incidentes no procedimento de investigação, em que os princípios processuais são mitigados (SANTIN, 2007, passim).

Desse modo, ao tomar-se especificamente o Direito Administrativo Sancionador, ver-se-á que, ao nascer, ele já se encontra vinculado com os princípios vigentes e com os quais ele se liga diretamente. Por ser um ramo novo, a primeira coisa que tem que se observar, é se o Direito Administrativo Sancionador obedece aos princípios constitucionais como um todo e especialmente, aos princípios constitucionais que interferem em sua aplicação (sendo eles princípios constitucionais administrativos ou não). Depois, verifica-se se ele está de acordo com os princípios do Direito Administrativo, afinal ele consubstancia e teoriza a prerrogativa da Administração Pública para impor aos administrados sanções administrativas. Na sequência, se ele obedece aos princípios de direito penal que também interferem em sua aplicação. Em relação à aplicação dos princípios de direito penal no Direito Administrativo Sancionador é importante ressaltar que não pode olvidar que tanto no ilícito criminal como no administrativo está-se diante de uma situação ensejadora da manifestação punitiva do

Estado. Releva-se o fato de não se constituir matéria estranha ao campo das punições administrativas a incidência, via construção jurisprudencial, de modelos do direito criminal. Segundo explica Edílson Pereira Nobre Junior aproximou-se o processo administrativo do processo penal, pelo menos no plano formal, ao intensificar o grau de proteção jurisdicional aos direitos dos processados administrativamente (1994, p. 03 3 04). Finalmente, verificam-se os princípios processuais gerais. Em relação aos princípios processuais gerais, eles serão obedecidos automaticamente se estiver falando de um processo judicial (ou espera-se que eles sejam automaticamente obedecidos), mas, ao se tratar de um processo administrativo, nem sempre eles são observados, por isso é importantíssima a sua explanação aqui.

Ao ser feita a escolha de quais princípios embasariam diretamente o Direito Administrativo Sancionador, procurou-se, apenas por motivos didáticos, para facilitar o entendimento e a compreensão de como o direito não é estanque, é dinâmico, separar os princípios de acordo com a área de conhecimento de que primeiro derivou ele.

Desse modo, consoante o que foi mostrado supra, dividiram-se os princípios em constitucionais; constitucionais administrativos; administrativos; penais; constitucionais específicos do Direito Administrativo Sancionador e princípios gerais processuais. Entretanto, se na tabela os princípios estão bem delimitados, na explanação preferiu-se, quando possível, relacioná-los e explicá-los em conjunto, pois a casos em que a doutrina majoritária sempre correlaciona os princípios quando cabe essa aproximação (como é o caso do princípio da ampla defesa e do contraditório).

É importante salientar que a divisão feita e o estudo a ser empreendido não esgotam as possibilidades de aplicação de outros princípios ao Direito Administrativo Sancionador diverso dos daqui listados.

1.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

As origens do princípio do devido processo legal costumam remontar à Magna Carta Inglesa, em 1215, especialmente ao seu art. 39. (HOLT, 1992, p. 460 *apud* CANOTILHO, 1998, p. 448) Leitura posterior da carta feita por Eduardo III (1354) que usou uma fórmula mais rica e mais indefinida "processo devido em direito". Ou seja, a expressão, *by the law of the land* foi subtituída por *due process of law*. Nas colônias americanas a expressão *law of the land* perdurou até depois da independência, sendo

utilizada até 1821, ano da Constituição de New York, que incorporou a expressão *due process of law*, que seria a que se firmaria e seria consagrada. Muito do alcance dessa expressão foi criação pretoriana nos Estados Unidos. O devido processo legal pode ser sintetizado da seguinte forma: é a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, de liberdade ou da propriedade. Processo justo definido por lei para se dizer o direito no momento da sua aplicação jurisdicional em se tratado de sanções criminais particularmente graves.

Mas o que é um processo justo? A criação pretoriana norte-americana tem duas concepções do que seja um processo justo: a concepção processual e a material (substancial). Processualmente significa que será obedecido a um processo especificado por lei, quando se tratar da perda da vida, liberdade e propriedade. Material ou substancialmente significa que uma pessoa não tem direito somente a um processo legal, mas, sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trata de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade. Mas do que isso, o processo devido começa por ser justo logo no momento da criação normativo-legislativa. Não se pode admitir o fato da lei poder ela própria trazer a injustiça privando uma pessoa de direitos fundamentais. Deve ser vedado às autoridades legislativas o direito de disporem arbitrariamente da vida, da liberdade ou da propriedade das pessoas sem razões materialmente fundadas para tanto.

Dessa forma, Fábio Medina Osório cita quais as consequências formais básicas que devem estar presentes em todos os procedimentos administrativos ou judiciais: a) notificação do imputado; b) garantia dos direitos de defesa, com a possibilidade de o imputado manifestar-se por escrito ou oralmente; c) resolução motivada por parte da autoridade competente; d) existência de um órgão decisor imparcial (2000, p. 155).

Ainda foram introduzidas pela Suprema Corte norte-americana outras garantias importantes dentro da cláusula do devido processo legal: não se pode obrigar o acusado a declarar-se culpado; as provas não podem ser obtidas com métodos que ofendam o sentido de justiça; o acusado não poderá ser julgado mais de uma vez pelo mesmo fato; a irretroatividade das normas penais (com algumas poucas exceções).

Além disso, implica no direito ao contraditório e a ampla defesa, princípios que lhe são imanentes, mas que possuem autonomia formal, segundo a Constituição de 1988. Na verdade, o devido processo legal é o princípio básico, os demais decorrem dele.

Assim, decorrem desse princípio, além do que já foi citado, o direito de ação, o princípio da isonomia, o princípio do juiz natural.

Resumindo: o devido processo legal, ou devida aplicação do direito, tem uma face formal e uma material. Formalmente, o processo tem que estar previsto em lei, sendo esta anterior aos fatos, com todas as garantias de defesa e procedimentos já elencados. Substancialmente, de nada adianta ter esse processo prévio e formalmente legal, se ele não é proporcional, justo, adequado e atinente ao direito. Além disso, para ajudar a materializar as garantias desenvolvidas por esse princípio é que surgiram os subprincípios aqui já citados, que com o tempo se desenvolveram e passaram e ser princípios autônomos.

A jurisprudência aplica a cláusula do *due process of law* nos procedimentos disciplinares, o que significa a sua aplicação no Direito Administrativo Sancionador. A aplicação desse princípio pode parecer fácil, mas não é.

Primeiro, tem que se respeitar a sua dualidade. A norma sancionadora administrativa tem que ser formalmente e materialmente de acordo com o direito. Além disso, a forma como essa norma é imputada ao administrado também tem que obedecer as garantias oferecidas pelo princípio. Um erro muito comum, que ofende o princípio do devido processo legal e o princípio que prega que não haverá juiz ou tribunal de exceção, são, por exemplo, quando ocorre uma falta administrativa de um servidor *interna corporis*, só depois de fato ocorrido é que vai se instalar uma comissão para apurá-lo. Isso não está correto, pois qualquer juiz ou tribunal, seja ele judicial ou administrativo, instaurado depois do fato para julgá-lo será um juízo de exceção, O correto, para obedecer ao princípio, é ter uma comissão já encarregada e com a sua competência atribuída previamente, com o período de tempo (um ano, dois, três) já estabelecido para que ela desempenhe as suas funções. Pode parecer um detalhe sem importância, mas isso pode gerar a nulidade de todos os atos praticados.

Além disso, todo ato sancionador administrativo praticado (principalmente dentro de um processo administrativo) sempre terá que obedecer: a notificação do imputado; a garantia dos direitos de defesa, com a possibilidade de o imputado manifestar-se por escrito ou oralmente; deverá ter uma resolução motivada por parte da autoridade competente; e a existência de um órgão decisor imparcial e previamente constituído (como no exemplo dado).

1.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Normalmente, a doutrina trata do princípio da ampla defesa e do contraditório como se fosse um só, mas na verdade são dois princípios distintos previstos no art. 5º inc LV da Constituição. Há quem enxergue não só dois princípios aí, mas três, que seriam o princípio da defesa (possibilidade de reação face ao direito de ação de outrem), o princípio da ampla defesa (seriam todos os meios de reação em direito admitidos, uma maximização do princípio anterior) e o princípio do contraditório, que é constituído basicamente por dois elementos, informação e reação. Preferiu-se aqui, considerar só o princípio da ampla defesa, por considerar que ele, por ser o mais amplo possível, já abrange o direito de defesa. Além disso, conceitua-se defesa como sendo mais do que um direito, ela é também uma garantia, garantia do acusado, de um lado, e garantia do justo processo, de outro. São meios inerentes a defesa: ter conhecimento claro da imputação; poder apresentar alegações contra a acusação; poder acompanhar a prova produzida e fazer a contraprova; ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora é essencial à Administração da Justiça; poder recorrer da decisão desfavorável. (FERNANDES, 1999, p.248)

Uma questão importante e que atormentou (e atormenta) os doutrinadores, é se o direito de defesa deriva da garantia do contraditório ou se da garantia do contraditório decorre o direito de defesa? Por meio da primeira orientação, como o contraditório é informação e reação, seria por meio dele que o réu teria necessária ciência da acusação, podendo, assim, preparar a sua defesa. Mas, sob outro enfoque, em face do paralelismo inevitável entre ação e defesa (que já foi mencionado), vistas como garantias que se manifestam durante todo o desenrolar da causa, o contraditório nada mais é do que uma emanação daquela defesa. Assim, a defesa, que garante o contraditório, e que por ele se manifesta e é garantida, isto porque a defesa que garante o contraditório só se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos, a informação, e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento, a reação.

Dessa forma, o mais importante, a saber, é que não se vislumbra entre defesa e contraditório relação de primazia ou de derivação. Defesa e contraditório estão intimamente relacionados, e ambos são manifestações da garantia do devido processo legal. Por isso tudo, é evidente a ligação entre ambos e claro o paralelismo que se forma entre ação e a defesa.

Já o contraditório passou a integrar a Constituição brasileira em 1937 (art. 122, n. 11, segunda parte). Foi mantido nas Constituições posteriores (1946, art. 141 § 25: 1967 art. 140, § 16, renumerado na Emenda de 1969 para art.. 153, § 16). Atualmente está consagrado no art. 5, LV que declara "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos e ela inerentes".

Nas constituições anteriores, discutia-se se o contraditório estava assegurado apenas no processo penal, ou também nos demais tipos de processo e de procedimento, mas agora não subsiste mais dúvida de que, em face da nova redação, aplica-se a qualquer processo, judicial ou administrativo o princípio do contraditório, independente desse processo ser judicial ou não. Antônio Scarance Fernandes explica que no processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno (durante toda a causa, até o seu encerramento) e efetivo (meios para que tenha condições reais de contrariar os atos da parte contrária) (1999 p. 52/53).

Há assim essa distinção, no processo penal, exige-se efetivo contraditório, entretanto no processo civil basta a ciência inicial da propositura da ação para que o princípio seja observado. Em resumo, entende-se o contraditório como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e que consiste basicamente em: contrariar a acusação; requerer a produção de provas que devem ser obrigatoriamente produzidas, se pertinentes; acompanhar a produção de prova, fazendo, as perguntas pertinentes que entender cabíveis, no caso das testemunhas; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais devem estar presentes; recorrer quando inconformado.

O que se acha importante ressaltar, é que quando da aplicação de uma medida sancionadora administrativa, tanto em processo judicial como em processo administrativo, sejam aplicados esses dois princípios à exaustão. No caso do contraditório e da ampla defesa, principalmente dentro de um processo administrativo, onde a probabilidade deles não serem respeitados é muito maior, é melhor pecar por excesso do que por falta. Melhor oferecer ao Administrado que está sendo sancionado, se houver dúvidas de que ele realmente pode exercitar o contraditório e a ampla defesa a que tinha direito, uma nova oportunidade para manifestar-se, do que não oferecer a oportunidade e ver todos os atos já produzidos anulados pela não observância do princípio. Pode

acontecer de cuidar-se de tantos detalhes relevantes e esquecer-se do óbvio, que seria a correta aplicação dos princípios.

1.3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia (ou da igualdade) está previsto no art. 5º, I, onde se menciona a igualdade de todos perante a lei. Além disso, o Código de Processo Civil no art. 139, I, do Novo Código de Processo Civil, CPC/2015 (art. 125, I, CPC/1973) reitera o princípio, para assegurar o tratamento igualitário para as partes. Porém, o conceito de igualdade que se usa, foi aquele desenvolvido por Aristóteles na Ética a Nicômaco, que é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. O problema, porém, não reside na conceituação do princípio e sim na forma de aplicá-lo. Qual seria o critério justo para promover a desigualação, ou dependendo do caso, a igualação? É possível sistematizar as teorias a respeito da noção de igualdade em duas vertentes principais:

a) A que atribui à igualdade uma noção formal e absoluta e
b) A dos que a conceituam de forma positiva e real. Esta corrente manifesta-se ainda por duas tendências opostas: a de uma igualdade absoluta, não somente sob o prisma formal, mas também material, e a de uma igualdade proporcional.

Como já se comentou aqui, o problema é como desigualar.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em monografia sobre o tema (2000) explica que o critério de discriminem deve ser autorizado pela Constituição, e que só pode ser efetuado no caso concreto, nunca no plano abstrato. Por exemplo, um edital de um concurso público que estabeleça como critério fundamental para a contratação do funcionário que ele saiba digitação, por que a vaga oferecida foi de digitador, é muito diferente de uma lei que propague que para concursos públicos todos os candidatos terão que saber digitação. O edital, concreto e levando a discriminação somente para aquele ato é constitucional, já a lei, que discriminação abstratamente e sem nenhum critério, é inconstitucional. Transpondo para o processo as ideias de igualdade formal e substancial, pode se dizer que a igualdade processual manifesta-se em duas correntes:

1º) a exigência da existência de um mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo, como, v.g., o mesmo tratamento a todos os que ostentem a posição de testemunhas, só se admitindo desigualdades por situações meramente pessoais inteiramente justificáveis e que não representem prerrogativas inaceitáveis (como por

exemplo o tratamento diferenciado a uma testemunha que sofreu um acidente e o juiz vai ouvi-la no hospital);

2º) a igualdade de armas no processo para as partes, ou a *par condicio*, na exigência de que se assegurem às partes o equilíbrio de forças entre quem acusa e quem se defende.

Transplantado isso tudo para o Direito Administrativo Sancionador, verifica-se que o princípio da isonomia se manifesta no tratamento igualitário das partes, ou no tratamento igualitário que a Administração tem de proporcionar a todos os seus administrados, e dentro do processo sancionador (considerando tanto o processo judicial como no administrativo, mas, mais especificamente neste, por ser mais sujeito a problemas) tem de ser oferecida a igualdade de armas, por ser um particular que está em confronto com a Administração Pública e não possui o particular o aparato de que dispõe a Administração para fazer valer a sua vontade.

1.4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade originou-se nos ideais Iluministas, principalmente Montesquieu, Rousseau,e obteve especial impulso na obra *Dei Delitti e Delle Pene* de Beccaria. A partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade, verdadeira pedra angular do Estado de Direito, converte-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual. O caráter absoluto da reserva legal impede a delegação por parte do poder legislativo de matéria de sua exclusiva competência. Está prevista nos arts. 5º, II; 37; e 84, IV da Constituição Federal.

Há dois tipos de legalidade. A legalidade de forma genérica (art. 5, II da Constituição), que prega que ninguém vai fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e a legalidade específica, onde se exige, tanto a lei em sentido formal como a lei em sentido material. A essa legalidade estrita, chamamos muitas vezes de reserva legal. A legalidade na forma estrita pode ser bem sentida no direito penal, no direito tributário e no direito administrativo. Nesses ramos, exige-se não só a lei formal, como a lei em sentido material e exige-se ainda a total submissão a lei.

No direito tributário, para se criar modificar ou exigir imposto, há a necessidade tanto da lei em sentido formal como da lei em sentido material. Na seara penal, a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei formal anterior (garantia formal). Compreende ainda, a garantia substancial ou

material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (*lex scripta, lex praevia, lex certa*).Também infringe o princípio da legalidade a cominação de penas relativamente indeterminadas em margens elásticas, de modo que o condenado não sabe o *quantum* aplicado e não tem certeza a este respeito do tempo de privação da liberdade.Em razão do princípio da legalidade é vedado o uso da analogia para punir alguém por um fato não previsto em lei, por ser esta semelhante a outro por ela definido.

O princípio da legalidade é aquele que identifica e qualifica o Estado Democrático de Direito. Os desempenhos dos administradores públicos só podem ser desenvolvidos em estrita subordinação à lei. A função administrativa consiste na adequação dos fatos da vida real às categorias legais previamente determinadas. O princípio da legalidade em termos de Direito Administrativo significa que a atuação dos agentes públicos encontra-se totalmente adstrita a lei. Quer dizer, não basta que o desempenho se faça de molde a não contrariar a lei. Ao contrário, é absolutamente subordinado a ela. Administrar significa a mera aplicação da lei de ofício, não se cria nada, apenas aplica-se o que já foi criado pelo legislador. Quando alguém está preposto por lei para buscar uma finalidade no interesse de terceiros é condicionada a subordinação ao direito. Ou seja, o princípio da legalidade modernamente pressupõe integral acatamento à ordem jurídica pelos agentes públicos.

Entre particulares prevalece a autonomia da vontade. Pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Na área da administração pública só se pode fazer aquilo que a lei permite. O princípio da legalidade pressupõe os seguintes princípios implícitos: finalidade, proporcionalidade, razoabilidade, motivação, lealdade e boa-fé. Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, para tanto, ela depende exclusivamente de lei. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É fruto da submissão do Estado à lei. A Administração não pode atuar *contra legem* ou *praeter legem,* só *secundum legem.*

Segundo Celso Antônio "o princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania." (2002, p. 83). Em relação ao Direito Administrativo Sancionador, não há nesse campo reserva de lei federal, ao contrário do que ocorre na seara penal. De acordo

com as competências que lhe são próprias, Municípios, Estados e União podem legislar em matéria de sanções administrativas, inclusive criando e regrando os respectivos procedimentos sancionadores. Vigora, aqui, uma ideia de descentralização legislativa. Nenhum poder se concentra na União, visto que aos demais entre federados se admitem competências legislativas em matéria de Direito Administrativo Sancionador.

Em relação ao Direito Administrativo Sancionador vigora ainda outra dúvida: há a necessidade ou não de reserva de lei em sentido estrito (formal e material) para a definição de infrações e respectivas sanções? De acordo com o art. 5º, XXXIX, da Lei Maior, e *"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"*, o melhor é considerar que para as sanções administrativas o melhor a fazer é admitir a estrita legalidade, isso por dois motivos: primeiro, em decorrência da aplicação, no âmbito administrativo, dos princípios do Direito Penal. Segundo, o Estado Democrático de Direito, idealizado pela vigente Lei Fundamental (art. 1º), caracteriza-se pela crescente limitação, em prol da liberdade dos indivíduos, das zonas de imunidade de poder atribuídas à função administrativa. Assim, não se concebe que tão relevantes atribuições, como a definição de infrações administrativas e respectivas sanções, possa ficar a cargo da discricionariedade do administrador, que as materializará. Nesse sentido, Edílson Pereira Nobre Junior exemplifica com a análise de uma jurisprudência, a necessidade, reconhecida pelo STF, de lei formal para a definição de faltas disciplinares. (1994, p. 7) Em suma, somente à lei compete a definição das infrações administrativas e respectivas penas.

1.5 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade pode ser considerado a aplicação prática do princípio da isonomia. Tem que ser feita a distinção da igualdade de todos perante a lei da igualdade na lei. Ao contrário do que se possa supor isonomia não se encontra na igualdade, mas na desigualdade (conforme já foi tratado aqui). Afinal, a lei desiguala e a sentença do juiz desiguala. O aspecto nodal da isonomia está em saber quando é possível desigualar. A isonomia em sentido formal significa a igualdade de todos perante a lei. Em sentido substancial é necessário constatar quem pode obter a igualdade declarada na lei. Segundo Di Pietro o princípio da impessoalidade tem dois sentidos: o primeiro, que está relacionado com a finalidade pública que deve orientar toda a atividade administrativa,

ou seja, a Administração Pública deve estar voltada a todos que dela precisam, não estabelecendo favoritismos benéficos ou maléficos. E o segundo sentido significa que todo ato administrativo não deverá ser imputado ao funcionário que o praticou, mas sim a Administração Pública, ou mais especificamente, ao órgão de onde emanou o ato. (2001, p. 71).

O princípio da impessoalidade significa que a Administração Pública existe no sentido de obter uma finalidade no interesse de terceiros sem constituir privilégios a quem quer que seja, ainda quando a relação jurídica vem a ser tipificada através de ato administrativo. O objetivo da norma é atender ao interesse público, o interesse público primário propriamente dito, não o interesse público secundário, da própria máquina administrativa. A impessoalidade enfatiza que a Administração Pública não pode constituir privilégios. A própria ordem social insurge-se contra desempenhos administrativos que tenham por base interesses particulares. Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis.

No campo das sanções administrativas, o princípio da impessoalidade vem proteger o particular da perseguição (que em tempos mais remotos era tão de praxe na Administração Pública). A impessoalidade garante que o tratamento isonômico e *secundum legem*, sem perseguições ou benefícios a quem não merece nenhum nem outro.

1.6 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Trata-se de um conceito ético jurisdicizado. Corresponde aos *standards* de comportamento admitidos pelo homem médio. De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Os desempenhos administrativos lesivos ao interesse público por desvio de poder consubstanciam além da ilegalidade, a imoralidade administrativa. Os concursos públicos devem se revestir de seriedade. As licitações devem objetivar o interesse público, não se constituindo em artifícios objetivando interesses subalternos de natureza política.

Os desvios de poder, isto é, desempenhos administrativos desgarrados das autorizações legais caracterizam imoralidade administrativa. A ação fora dos limites do legalmente autorizados caracteriza arbítrio. É importante distinguir não só o bem do mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também o

honesto do desonesto. A moral administrativa é uma moral institucional, que é imposta dentro da instituição e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário. O princípio deve ser observado não somente pelo administrador, mas também pelo administrado que se relaciona com a Administração. Na seara Administrativo-sancionadora, o princípio da moralidade administrativa atua como atua em geral no âmbito do Direito Administrativo, garantindo uma conduta ética que tenha respaldo jurídico, quando da aplicação das sanções administrativas.

1.7 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Foi pela Revolução Francesa que se reagiu contra juízos secretos e de caráter inquisitivo do período anterior, e que instituiu a publicidade nos julgamentos, que com o tempo foi se aperfeiçoando e acabou como um princípio, não só processual, mas também material. Processualmente, a publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no que tange ao exercício da jurisdição. A simples presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Ao lado dessa publicidade, também denominada publicidade popular, existe a chamada de publicidade para as partes ou restrita, através da qual os atos processuais são públicos só com relação as partes e seus defensores, ou a um número reduzido de pessoas. Dessa forma, evitam-se os males dos juízos secretos, mas evita-se também a exposição excessiva de assuntos atinentes a intimidade, a família, a crianças e incapazes, entre outros. Ou seja, a regra geral da publicidade dos atos processuais encontra exceção nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselham que eles não sejam divulgados.

O que se nota, é que a publicidade, dependendo da forma como for utilizada, pode ser tanto benéfica como maléfica. Benéfica é a sua proteção dadas as partes, afastadas dos juízos de exceção, e das arbitrariedades. Malefício ocorre com a exasperação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande quanto o próprio segredo. Isso porque se busca fazer das audiências televisionadas, e do processo como um todo, um motivo para se aumentar a audiência, aumentar o número de anunciantes, o têm provocado em vários países profundas manifestações de protesto. Perturba-se não o próprio desenrolar do

processo, mas também os juízes, as próprias partes e as testemunhas, todos veem-se submetidos a excessos de publicidade que infringem seu direito à intimidade, além de propiciarem à distorção do próprio funcionamento da justiça através de pressões impostas a todos que tomam parte no processo. A publicidade, como garantia política e cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça não pode ser confundida como uma afronta a dignidade humana.

Além disso, há a publicidade material, aquela que prega que os atos da Administração Pública devem ser transparentes. A Constituição no seu artigo 5º XXXIV, "a" e "b" contempla o direito subjetivo de cidadania em obter informações nas repartições públicas para fins de defesa de direitos e esclarecimentos de situações de natureza pessoal. Os atos administrativos só serão sigilosos quando a lei assim o dispuser, para que se preservem interesses maiores que transcendem a mera relação jurídica pessoal. Por meio desse princípio, consagra-se o dever administrativo de zelar pela transparência em seus comportamentos. Um Estado Democrático de Direito não pode admitir que se ocultasse de seus administrados assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

1.8 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência era implícito, implantado pela Emenda constitucional nº 19, com a sua inclusão no caput do art. 37, da Constituição Federal.

Valter Foleto Santin salienta que mesmo antes da introdução do princípio genérico, "já havia a busca da eficiência específica na gestão orçamentária, financeira e patrimonial (art. 74, II , CF) e da eficiência do serviço de segurança pública (art. 144, § 7º, CF)", acrescentando que o "princípio da eficiência decorre da conjugação da eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial (art. 74, II , CF), do princípio geral de eficiência da administração (art. 37, *caput*, CF) e da eficiência do serviço de segurança pública (art. 144, § 7º, CF), que se refletem nos seus aspectos econômico, administrativo e político da eficiência", enfatizando a sua representação no melhor resultado possível na arrecadação e gasto orçamentário, no cumprimento das atividades e funções públicas e das políticas e serviços públicos, "o bom atendimento das necessidades da população" (2013, pp. 81-82).

É dizer que não basta apenas um desempenho administrativo autorizado legalmente com vistas a atender o interesse público. Ë necessário à aferição no que tange aos resultados pretendidos e obtidos. O que se impõe a todo o agente público é a realização de suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional, o que não se contenta apenas com a legalidade, mas exige resultados positivos para o serviço público e o satisfatório atendimento das necessidades do administrado e da comunidade. Assemelha-se com o princípio do dever da boa administração, usado pela doutrina italiana, que é o modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública. Entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello faz uma crítica a esse princípio, no sentido de que é muito difícil aplicá-lo e por outro lado, conferir se a sua aplicação foi executada de maneira correta. (2002, p. 104).

Importante notar que, se aplicado esse princípio ao Direito Administrativo Sancionador, não significa que a Administração mais eficiente será aquela que sanciona mais, ou aplica mais sanções, ou em número, ou em valor, aos particulares. Será sim aquela que melhor estruturar o seu órgão de aplicação de sanções, com funcionários treinados, bom atendimento, presteza e poucos erros e equívocos cometidos pelos funcionários.

1.9 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio da supremacia do Interesse Público consagra que o interesse público deve prevalecer em relação aos interesses individuais. Nesse ínterim, convém indagar o que é interesse público. O interesse público se contrapõe ao interesse privado, individual, ao interesse pessoal de cada um. É o interesse do todo, do próprio conjunto social, não se confundindo com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada um. O interesse público nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, é a dimensão pública dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe de uma sociedade.

O que se percebe, com muita clareza, é que de um lado existe o interesse individual, particular, que atende às conveniências de cada um no que se refere aos assuntos de sua vida particular; por outro lado, há o interesse que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas; e por um terceiro viés existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas enquanto partícipes de uma

coletividade maior na qual estão inseridos. É esse último interesse que é o interesse público. Ele não é dissociado do interesse das partes, pois, por fim, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes são de um corpo social Assim, Celso Antônio conceitua interesse público como o conjunto dos interesses que os indivíduos tem, levando-se em consideração sua qualidade de membros da sociedade. (2002, p. 71)

Assim, tiram-se três consequências básicas: o interesse público só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que integraram no futuro. Visto que o interesse público tem supremacia sobre o interesse privado, também a Administração tem posição juridicamente correspondente à preponderância do interesse entregue à sua guarda. Por fim, desta posição de supremacia do interesse público reconhece-se à Administração a possibilidade de revogar os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, desde que dentro de certos limites, assim como o dever de anular os atos inválidos que haja praticado. É o interesse público que justifica a possibilidade da Administração Pública poder exercer também um poder sancionatório. Isso porque, a Administração pode impor sanções nos casos já expressos e tipificados em lei, que atentem contra o interesse público (nesse caso, tanto primário quanto secundário, se bem que sempre que tiver que se escolher entre os dois, tem que dar prevalência ao interesse público primário).

2.10 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DOS BENS E INTERESSES PÚBLICOS

Ligado ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular sobressai esse princípio estrutural que revela que os agentes públicos são apenas gestores de bens e interesses colocados à sua cura. Isso porque a Administração é a atividade, o ato daquele que não é senhor absoluto, que não é proprietário. Por isso os bens e interesses não se acham entregues a livre disposição da vontade do administrador, ele deve somente guardá-los, curá-los, nos termos da finalidade a que estão adstritos. Celso Antônio lembra que a Administração Pública tem caráter meramente instrumental. (2002, p. 46/47) Desse modo, para a Administração Pública, os bens e interesses públicos são inalienáveis, e, por esse motivo, não podem ser transferidos aos particulares. As aplicações deste princípio são inúmeras e encontram-se bem tipificadas, por exemplo, na

inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos. Esses tipos são aplicados inclusive em relação ao Direito Administrativo Sancionador, onde não se pode admitir sanção que viole esse princípio.

2.11 PRINCÍPIO DA REVERSIBILIDADE

Em relação ao servidor público estável, o processo administrativo - disciplinar pode ser a qualquer tempo revisto, de ofício ou pedido, perante fatos novos ou elementos não apreciados no processo, que sejam suscetíveis de justificar ou a inocência do punido ou a inadequação da sanção aplicada. Esse princípio está previsto nos arts. 174 e 176 da lei 8912/90, e é salutar ressaltar-lhe a importância, porque é o princípio que faculta a reversibilidade da sanção administrativa imposta, senão amplamente, somente nos casos em que estiver envolvido servidor público estável. Dessa forma, não se pode dizer que a sanção administrativa, quando aplicada somente no âmbito da Administração Pública, seja irreversível, há casos em que ela pode ser revertida. Entretanto, se as sanções impostas forem confirmadas em sentença judicial, a sua reversibilidade está sujeita aos casos de reversibilidade previstos para o processo judicial (apelação, ação anulatória, ente outros).

2.12 PRINCÍPIO DA FINALIDADE

O princípio da finalidade põe em relevo o alvo obrigatório da atividade administrativa, isto é, o interesse público. A rigor, o interesse público deve estar expresso em lei, e nesse caso, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais do que isso está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei como ela é; ou seja; na conformidade de sua razão de ser, do objetivo pelo qual ela foi editada. Por isso, a lei não pode ser tomada como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade; isso é desvirtuá-la; é burlá-la sob pretexto de cumpri-la. Os atos incursos nesse vício são denominados desvio de poder ou desvio de finalidade e são nulos. Quem não atende ao fim legal não atende a própria lei. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério para sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo (que ao final tem que se confundir com o interesse público) que se confere competência aos agentes da Administração. Entretanto, cumpre verificar não só a finalidade própria de todas as leis,

que é o interesse público, mas também a finalidade específica abrigada na lei a que se esteja dando execução, naquele caso em concreto. Em suma: a finalidade legal é um elemento da própria lei, é justamente o fator que proporciona compreendê-la. Por isso não se pode conceber a legalidade de uma lei sem atentar para a finalidade que ela deve atender e se ela está ou não em conformidade com o interesse público.

2.13 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ora andam juntos, ora separados. Há doutrinadores que reconhecem serem esses princípios correlatos, por isso tratam deles sempre em conjunto, como se faz com o princípio do contraditório e da ampla defesa. Já há doutrinadores que preferem tratar deles de forma separada. O certo é que independente de terem origens distintas, a razoabilidade é um princípio que fica muito próximo da proporcionalidade. A razoabilidade tem origens na *commom law* e está efetivamente ligada à ideia de devido processo legal (devido processo legal como um processo razoável). Já a proporcionalidade, com raízes no direito germânico, tem um sentido mais amplo. Ressalta-se que a razoabilidade e devido processo legal andam juntos. São princípios complementares, indissociáveis. Melhor dizendo, impossível compreender o devido processo legal sem a razoabilidade, embora a razoabilidade se origine do devido processo legal.

A razoabilidade não se confunde com o senso comum, embora seja identificada com o comportamento padrão do homem médio ou com a noção de bom administrador público. Ela se projeta em várias direções, não se prestando por isso a uma definição fechada. Um ato administrativo é tido como não razoável quando não apresenta os fundamentos de fato ou de direito que o motivaram (aqui se relaciona esse princípio com o princípio da motivação); não leve em conta os fatos que constem do expediente, ou que sejam públicos e notórios; não guardem uma proporção adequada entre os meios empregados e os fins que se deseja alcançar. Celso Antônio, ao explicar a razoabilidade leciona que os critérios da Administração Pública devem ser aceitáveis do ponto de vista racional, ou seja, devem estar em sintonia com o senso moral de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades públicas. (2002, p. 91)

Sendo o princípio da razoabilidade, um princípio interpretativo, com a finalidade de equilibrar os atos administrativos, entre eles o ato administrativo sancionador,

compreende-se assim que seu âmbito de alcance, no campo em estudo, é amplo. Hermeneuticamente, a razoabilidade informa critérios, configura padrões comportamentais abstratos para se subsumirem às situações concretas, com grande relevância na formação dos indícios e das provas. Além disso, é um critério fundamental de apreciação da arbitrariedade legislativa, jurisdicional e administrativa, justamente porque os tipos de condutas sancionadas devem atender a determinadas exigências decorrentes da razoabilidade que se espera dos Poderes Públicos.

Ao imaginar um tipo sancionador que seja desarrazoado, absurdo, intolerável, ele será, evidentemente, arbitrário, inconstitucional. Uma decisão condenatória desarrazoada, por qualquer que seja o motivo, será nula de pleno direito, viciada em suas origens, não importando de onde ela tenha nascido se de órgãos judiciários, de deliberações administrativas ou mesmo legislativas.

Já o princípio da proporcionalidade surgiu como um contraponto ao poder de polícia exercido pelo governante, que somente poderia limitar direitos fundamentais do indivíduo com vistas à proteção do interesse coletivo. Significa, em síntese, que o Estado, para atingir os seus fins, deve usar os meios mais adequados para tanto, e dentro dos meios adequados, se tiver escolha, deverá usar os menos onerosos para o cidadão. De onde se conclui que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente necessário para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.

Dentro do Direito Administrativo Sancionador, revela-se o princípio da proporcionalidade de fundamental importância, especialmente no manejo de sanções impostas e que atingem direitos fundamentais. Além disso, ele pode ser usado em normas de Direito Administrativo, que tipificam e sancionam categorias de atos ilícitos para que haja uma adequação típica das condutas as normas, ou para que haja uma atenuação dos rigores sancionatórios abstratos, podendo ser efetuada uma correção de intoleráveis distorções legislativas. Apesar disso, a proporcionalidade não significa uma necessária moderação das penas estatais e dos tipos sancionadores, até porque o Judiciário não poderá examinar, se a alternativa eleita pelo legislador era a menos gravosa possível. Ao Judiciário competirá corrigir eventuais abusos. Mas não imiscuir-se no campo de discricionariedade legislativa que permite ao Estado uma livre configuração dos ilícitos, dentro de certos limites.

2.14 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO E DA MOTIVAÇÃO ESPECÍFICA DAS DECISÕES SANCIONADORAS

O princípio da motivação divide-se em dois: a motivação dos atos administrativos e a motivação das decisões judiciais. O princípio da motivação específica das decisões sancionadoras é um subprincípio que se nos fundamenta outros dois já citados, isso porque a decisão sancionadora administrativa tem característica de ato administrativo e de decisão judicial.

Tradicionalmente a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, para impugnação e posterior reforma, se necessário. Modernamente, salientou-se a função política da motivação das decisões judiciais, mas essa função é uma função social, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas qualquer um do povo, isso com a finalidade de auferir-se em concreto a imparcialidade de juiz e a legalidade e justiça das decisões. Já a Administração tem o dever de justificar seus atos, com os fundamentos de fato e de direito, assim como a correlação entre os eventos e a providência tomada, para que haja um aclaramento se for necessário conferir a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo. Detalhe importante: a motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato.

Outro argumento importante a favor da motivação é de que não há como assegurar confiavelmente o exame judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem as atitudes da administração motivadas e essa motivação fosse contemporânea aos fatos. É a motivação implícita ou explícita do ato que permite ao Judiciário o desempenho de suas funções controladoras, ao averiguar a correção formal e material da decisão administrativa.

Não há uma fórmula fixa, sacramental para a motivação administrativa, mas é importante que os motivos fiquem documentados de algum modo, para possibilitar a sua apreciação no futuro, caso necessário. A falta de motivação ou a incongruência com a decisão pode ser sinal que indica imoralidade administrativa, e como tal deve ser examinado em juízo, para que fique comprovado se ele é ou não um ato passível de anulação, ou já eivado de nulidade desde o princípio.

2.15 PRINCÍPIO DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O princípio do controle judicial dos atos administrativos prega que ao Poder Judiciário e só a ele compete resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito, inclusive os que versem sobre ato administrativo, Direito Administrativo, ou Direito Administrativo Sancionador. Como no Brasil não há contencioso administrativo, é ele que detém a universalidade de jurisdição, quer no que toca à legalidade; à consequência das condutas públicas com os atos normativos infra legais ou no que se refere à constitucionalidade. Assim, tanto poderá anular atos inválidos, como impor à Administração os comportamentos a que esteja ela obrigada pelo direito, como poderá proferir e impor as condenações pecuniárias cabíveis.

2.16 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE INFRATORA E DA CULPABILIDADE

Trata-se aqui de dois princípios, primeiro do princípio da capacidade infratora, depois do princípio da culpabilidade. Pelo princípio da capacidade infratora verifica-se, em primeiro lugar, que se o agente é um sujeito ativo legalmente apto a cometer o ilícito administrativo. Se não for, resulta que é inviável reconhecer-lhe a capacidade infratora. Por outro a capacidade infratora não se confunde, rigorosamente, com a imputabilidade, isso porque admite o enquadramento das pessoas jurídicas. Assim, a capacidade infratora há de ser analisada dependendo da sanção administrativa que está em pauta. Há casos que se exige, como requisito especial de capacidade infratora do agente, a condição de funcionário público. Há casos, que se exige que o infrator administrativo seja uma pessoa jurídica. Mas nada impede que, para se considerar a capacidade infratora, leve-se consideração, quando possível, os requisitos de saúde mental e faixa etária, levando em conta a necessária capacidade de imputação que deve possuir o agente, em conformidade com os critérios legais pertinentes. Em relação ao princípio da culpabilidade, Fábio Medina Osório considera que é necessário resgatar noções da culpabilidade em Direito Penal para poder entender o ilícito administrativo em geral. Mas precisa haver um ponto de equilíbrio, uma vez que as categorias penais não são as mesmas das categorias administrativas. (OSÓRIO, 20002, p. 318).

O princípio da culpabilidade, dentro do Direito Administrativo Sancionador, impõe a necessidade da ocorrência de dolo ou culpa por parte do agente da infração.

Afasta desse modo, a responsabilidade objetiva. Ë um princípio que deriva do princípio individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), que força o seu aplicador a perscrutar o grau de culpa do autor da falta. Poderá o legislador, quando assim achar necessário, exigir a presença de dolo ou culpa. Ou o que se faculta ao legislador e, mesmo assim, desde que seja expresso, é dispensar o dolo, contentando-se com a culpa em sentido estrito. Mas há necessidade de se demonstrar que a ação antijurídica adveio de culpabilidade, admitindo a impossibilidade de responsabilidade objetiva nas infrações administrativas. Mirabette explica que o princípio da culpabilidade, além da exigência de dolo ou culpa na conduta do agente, e depois de afastar a responsabilidade objetiva, é indispensável que a pena seja imposta ao agente por sua própria ação (culpabilidade pelo fato) e não por eventual defeito de caráter adquirido culpavelmente pela vida pregressa (culpabilidade pela forma de vida). (1998, p. 57)

2.17 PRINCÍPIO *DO NON BIS IN IDEM*

O núcleo do princípio do *non bis in idem* é que ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes por um mesmo fato. Esse princípio definido como princípio geral de direito, que, com base nos princípios da proporcionalidade e coisa julgada, proíbe a aplicação de mais de uma condenação pelo mesmo fato. Nesse sentido, a Súmula 19 do STF é categórica: *"É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira"*. Entretanto, isso não impede que em virtude de um mesmo fato, alguém possa ser responsabilizado administrativo, penal e civilmente. O que se quer dizer é dentro de uma mesma esfera responsabilização, no caso, a esfera administrativa, não pode haver mais de uma punição em virtude um mesmo fato. Há exceção de que tal cumulação seja possível, mas caso a lei expressamente a preveja. Adverte-se que não há violação do princípio nos casos em que a Administração, cautelarmente, em face do *periculum in mora* ocasionado pela permanência do indiciado no exercício de função pública, determine a suspensão do servidor durante o prazo de transcurso do inquérito administrativo. No mesmo sentido, no exercício do poder de polícia podem ocorrer fatos em que seja necessário proceder preventivamente, para se resguardar do interesse público, a aplicação de medidas preventivas, como a apreensão de veículos, instrumentos de trabalho, produtos e demais bens móveis.

2.18 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA SANCIONADORA MAIS GRAVOSA E DA RETROATIVIDADE DA NORMA SANCIONADORA MAIS BENÉFICA

No direito penal, vige como regra o princípio da irretroatividade das leis penais, e excepcionalmente, aplica-se o princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica. Isso porque não seria justo no caso de haver uma mudança nos padrões valorativos da sociedade, de continuar-se apenando, ou continuar apenando de forma mais gravosa, alguém por um fato que não é mais crime, ou cuja pena diminuiu consideravelmente. Esse princípio obedece a garantias constitucionais expressas e a uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, além de atender ao princípio da igualdade. Por esse raciocínio, não há razão para não seguir o mesmo em relação as normas de Direito Administrativo Sancionador. A Constituição não deixa dúvida a respeito. No seu art. 5º, XL, está expresso que a lei penal não retroagirá, salvo se para beneficiar o réu. Vale dizer, a retroatividade é um mandamento quando houver benefício para o acusado, seja esse acusado o autor de uma infração penal ou administrativa. Pois, é inaceitável a aplicação retroativa de dispositivo legal que comine sanção a fato verificado anteriormente à sua vigência. O *ius puniendi* do Estado só pode ser exercido, tanto na seara penal como na administrativa, se houver lei, e essa for anterior ao cometimento do fato.. A aplicação retroativa de lei que define conduta infratora da ordem jurídica administrativa é inconstitucional, por contrariar o ideal de segurança jurídica que também quis proteger o Constituinte.

2.19 PRINCÍPIO DO *NON REFORMATIO IN PEJUS*

Outro princípio relevante a ser observado é o que não admite a possibilidade da *reformatio in pejus*., ou seja, o autor do fato recorre, exercendo sua pretensão legítima, e vê a sua situação agravada. Mesmo se considerando a diferença entre o poder disciplinar da Administração, que é exercido pelos órgãos administrativos, e o poder punitivo penal, que é inerente ao Estado-sociedade, e exercido pelo Judiciário, em ambos, não é tolerada a *reformatio in pejus*. Consideramos essa posição mais acertada, pois esse princípio não constitui exclusividade do Direito Penal, mas também se compatibiliza em todos os contenciosos onde viceja a possibilidade de aplicação de uma sanção. Há um caso que dá

margem para dúvidas, onde, com fundamento no art. 64, parágrafo único, da recente Lei 9.784/99, haveria a possibilidade de reforma prejudicial de decisão administrativa. Isso porque no *caput* do artigo dispõe que o órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar modificar, anular, ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida. Complementa esse artigo o parágrafo único que se do julgamento puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado, para formular suas alegações antes da decisão. Entretanto, há um óbice para que se considere que essa lei permitiu a *reformatio in pejus*. E esse óbice é constitucional, uma vez que a não reforma para pior não constitui mera explicitação do legislador processual penal, mas sim do art. 5º, §2º, da Lei Fundamental, com o caráter de direito individual implícito. Assim, entre um dispositivo legal e um constitucional, manda a boa técnica dar prevalência ao dispositivo constitucional.

2.20 PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO

O princípio da pessoalidade está expresso na Constituição Federal, art. 5º, XLV, que reza que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento dos bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Assim como a pena só pode ser imposta ao autor da infração penal, igual exigência acompanha o Direito Administrativo Sancionador. O delito é obra do homem, como o é a infração administrativa praticada por pessoa física, sendo inconstitucional qualquer lei que despreze o princípio da responsabilidade subjetiva. Desse modo é incabível a responsabilidade objetiva. Repele-se a responsabilidade pelo fato de outrem e a responsabilidade objetiva. O princípio da pessoalidade da pena, de natureza constitucional, se estende, em tese, ao Direito Administrativo Sancionador, e é um desdobramento do princípio da culpabilidade. Fábio Medina Osório explica que a sanção administrativa somente pode atingir a pessoa sancionada, não podendo ultrapassar a sua pessoa. (2000, p. 338/339) Há também o princípio da individualização da pena a ser considerado (expresso na Constituição Federal, artigo 5º, XLVI), que confere aos sentenciados direito subjetivos público perante o Estado- Juiz, traduzindo-se em exigência de fundamentação adequada e proporcional nos moldes exemplificativos, isso

porque cada ser humano é um indivíduo diferente, cada infrator deve receber um tratamento individualizado, particular, com a possibilidade de conhecer as concretas e específicas razões do ato sancionador, podendo impugná-lo ou aceitá-lo. (OSÓRIO, 2000, p. 341)

2.21 PRINCÍPIO DA TIPICIDADE

O princípio da tipicidade vincula-se fortemente com o princípio da legalidade. A tipicidade é considerada um desdobramento e uma garantia da legalidade, um balizamento do campo em que deve movimentar-se o intérprete. O princípio da tipicidade também prevê que a Administração, ao exercer a sua competência punitiva, ajuste-se, com precisão, à descrição típica da norma que prevê a infração. Assim, a tipicidade enuncia uma das consequências da adoção da reserva legal: a taxatividade. O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente determinado, claro, correto, preciso, para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*). Tem ele assim uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui uma autolimitação do poder punitivo judiciário e uma garantia de igualdade, não tem como ser discricionário ou interpretar uma lei taxativa.

É também em virtude desse princípio que não se permite a utilização da analogia na hora de aplicar uma medida sancionadora ao cidadão. O tipo ostenta uma primordial função de formalizar uma proibição. O tipo é, portanto, um modelo formal de conduta proibida a ser obedecido, ou seja, só é conduta proibida o que está tipificado. Dentro do tipo, há dois tipos de ilicitude, a formal e a material. Uma vez afirmada a ilicitude formal da conduta proibida, com seu consequente enquadramento no tipo repressivo, cabe verificar se o comportamento efetivamente agride o bem jurídico protegido pelo norma, ou seja, se agride a ilicitude material. Por isso, a ideia de ilícito material decorre, da mesma ideia de bem jurídico, além de estar vinculada com os valores sociais básicos ao âmbito protetivo do tipo. Ademais, a garantia de que as infrações estejam previamente tipificadas em norma administrativas- sancionadora, integra o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado, sem o qual a tipificação do comportamento proibido resulta em violação da segurança jurídica da pessoa humana, pelo fato de estar exposta ao risco do aparecimento de proibições arbitrárias e dissonantes dos comandos legais.

2.22 PRINCÍPIO DA REPROVAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

Significa apenas que a tipificação formal de um comportamento como proibido há de encontrar correspondência no ordenamento jurídico globalmente considerado, ou seja, é necessária a efetiva reprovação da ordem sobre essa conduta. É certo que o tipo ostenta a fundamental missão de demarcar o campo do lícito e do ilícito, mas há de se convir que a reprovabilidade efetiva da conduta de pende de outros fatores. A reprovação jurídico-administrativa é mais ampla do que a tipificação formal. Objetivamente visualizada, a reprovação depende, além do juízo de adequação típica, de um juízo de ilicitude, que se opera a partir da inexistência de causas justificatórias ao comportamento do agente. Esse juízo de reprovação do ordenamento jurídico é fruto de um exame global da conduta do agente à luz das leis que integram o sistema no qual inserido.

2.23 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO *IN DÚBIO PRO REO*

O princípio da presunção de inocência prega que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII da Constituição Federal.). Entretanto, quando se trata de Direito Administrativo Sancionador, o princípio da inocência tem que ser cuidadosamente aplicado, pois esbarra no princípio da veracidade dos atos da Administração Pública.. Assim, para poder compatibilizar os dois princípios consideram-se: o acusado de ter cometido a infração administrativa é inocente presumido até que a Administração prove o seu dolo ou culpa. Nessa prova, poderão ser utilizados atos de agentes da própria Administração que gozem de presunção de veracidade. Se o administrado discordar da prova feita, deverá oferecer a contraprova. Assim, o acusado não tem o dever de provar a sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; e para condenar o acusado a autoridade administrativa deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando para a absolvição, a dúvida a respeito de sua culpa (in dúbio pro réu). Desse modo, o princípio do *in dúbio pro reo* se aplica subsidiariamente ao princípio da presunção de inocência, pois, de regra, ele se aplica, somente em relação ao fato típico, cuja prova incumbe ao acusador. As causas de justificatórias ou as circunstâncias eximentes devem ser provadas pela defesa.

2.24 PRINCÍPIO DA PRESCRIÇÃO

No Direito Administrativo Sancionador importantíssimo é o instituto da prescrição. Isso porque ninguém pode ficar a mercê das ações judiciais, ou das ações administrativas, por tempo e prazos indefinidos, ou o que é pior, perpétuos. É uma garantia individual, entretanto, vem revestindo-se cada vez mais como garantia social, que foca a estabilidade e segurança das relações jurídicas. As relações sociais necessitam de segurança e o direito busca, como um dos seus fins, assegurar estabilidade na vida dessas relações. Não é possível uma ausência de limites para que alguém acione o outro por supostos danos material ao erário. Nem é possível que a Administração Pública tenha a eternidade para aplicar uma sanção. Caso não exista prazo prescricional a uma determinada sanção administrativa, deve-se usar a analogia, para suprir eventual omissão do legislador, que está obrigado constitucionalmente a regular essa matéria.

Porém, como exceção ao princípio da prescrição, há o Princípio da imprescritibilidade da responsabilidade civil por danos causados ao erário público**.** Ele ocorre quando servidor público, em decorrência de ação omissiva, dolosa ou culposa, tem como resultados prejuízos para o erário público ou para terceiros. Em relação a isso emerge a responsabilidade civil, isto é patrimonial do servidor, prevista no art. 122 da Lei 8.912/90. Dessa forma, é imprescritível a ação de responsabilidade civil contra o servidor que haja causado danos ao erário público mediante comportamento ilícito, como decorre do previsto no art. 37 § 5º, da Constituição Federal. Esse princípio é muito importante porque é o único caso de imprescritibilidade do direito pátrio, se não na seara puramente administrativa, como sanção administrativa, na seara civil, como obrigação (que pode ser vista como uma sanção) de indenizar.

2.25 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Somente se considera juiz natural ou autoridade competente, no direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais. O juiz natural é aquele encarregado de decidir, é constituído antes de o fato ocorrer, pré-constituído. Também deve existir no processo administrativo. Englobam três características e uma proibição, as características são: órgão previamente instituído; juiz imparcial; juiz competente; e a proibição é ao juízo de exceção: que é aquele constituído especificamente para o caso em questão, após sua ocorrência. Ë inconstitucional.

Na tradição brasileira, o princípio sempre representou dupla garantia: proibição de tribunais extraordinários (poder de comissão) e proibição de evocação (transferência de uma cauda para outro tribunal) . Não é vedado o poder de atribuição, aquele que permite os juízes especiais. Dessa forma, numa primeira análise, o princípio do juiz natural apresenta um duplo significado, ou uma dupla garantia: primeiramente consagra a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição, o que afasta a possibilidade de o legislador julgar, impondo sanções de qualquer espécie, principalmente penais, sem processo prévio, através de leis votadas pelo Parlamento, (o que era muito em voga no antigo direito inglês, por meio do *Bill of Attainder*); no segundo impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção, para o julgamento de causas penais ou civis.

Mas as modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam mais uma garantia, a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente. Desse modo, a garantia desdobra-se em três conceitos: só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Salienta-se que a proibição de tribunais de exceção não significa impedimento à criação de justiça especializada ou de vara especializada. Nesse caso, não se trata, nestas hipóteses, de criação de órgãos após os fatos criminosos para julgar determinadas pessoas, mas o de reservar a determinados órgãos, inseridos na estrutura judiciária fixada na Constituição, o julgamento de determinadas matérias. Dentro do Direito Administrativo Sancionador, a garantia do juiz natural deve ser obedecida como se fosse um processo penal que está em curso. Repetindo mais uma vez, quando a sanção administrativa está sendo aplicada dentro de um processo judicial, não há mistério, é tudo igual; quando a sanção administrativa está sendo aplicada dentro de um processo administrativo, devem ser dadas as mesmas garantias que no processo judicial, principalmente espelhando-se no processo judicial penal, uma vez que ele é mais garantista, já que estamos lidando com sanções, segue a mesma regra no Direito Administrativo Sancionador.

2.26 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Para que o juiz possa exercer a sua função dentro do processo, o juiz coloca-se entre as partes e acima delas, mas equidistante. Se ouvir uma, não pode deixar de ouvir

a outra. Pois somente assim se dará as ambas a possibilidade de exporem suas razões, de apresentarem as suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando à tese, a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, e manter a sua imparcialidade. Se houver suspeitas de que o juiz não é imparcial, tem que ser levantadas exceção de suspeição (razões subjetivas) ou impedimentos. Também tem que ser assim no processo administrativo. Ë expresso na lei. É com essa garantia que fica assegurada a imparcialidade do juiz, vista não como o seu atributo, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional. Não é só uma garantia da parte, mas da própria jurisdição. Essa garantia é facilmente vista no processo judicial, mas não no processo administrativo. Entretanto, no âmbito administrativo ela funciona da mesma maneira que no judicial. A autoridade administrativa que encabeça o processo tem que ser o mais imparcial possível, inclusive ao reconhecer os casos em que a Administração Pública não está com a razão. O ideal seria que a autoridade que julgar administrativamente o processo não seja a mesma que aplicou a sanção. Entretanto, como nem sempre isso é possível, e é difícil alguém julgar seus próprios atos, sempre é possível recorrer ao Judiciário, em caso de descontentamento.

CONCLUSÃO

Em relação ao estudo compreendido, que tinha como objetivo construir um arcabouço principiológico para o Direito Administrativo Sancionador, uma disciplina nova e que estuda o potencial sancionatório da Administração Pública, e das relações jurídicas submetidas ao Direito Administrativo, concluiu-se que:

1) Os princípios do Direito Administrativo Sancionador são princípios oriundos do direito constitucional, administrativo, penal e processual;

2) Esses princípios, embora com origens tão diferentes, são encaminhados na direção do Direito Administrativo Sancionador e são tranquilamente utilizados nesse ramo, necessitando, para isso, apenas que se observem as características sancionatórias específicas da Administração Pública, que diferem um pouco das características sancionatórias do direito penal. Assim, aplicam-se ao Direito Administrativo Sancionador os seguintes princípios: devido processo legal, ampla defesa, contraditório, isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, supremacia do interesse

público, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e motivação específica das decisões sancionadoras, controle judicial dos atos administrativos, culpabilidade, *non bis in idem*, irretroatividade, *non reformatio in pejus*, tipicidade, reprovação jurídico-administrativa, presunção de inocência, prescrição, juiz natural, imparcialidade do juiz.

3) A aplicação desses princípios não impede que, no futuro, com o desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador, novos princípios sejam aplicados, com a verificação de que, embora sendo úteis à disciplina, eles ainda não tinham sido utilizados, ou seja, esse trabalho não procura exaurir o tema, pelo contrário procura estabelecer uma base para o início do estudo e posterior complementação por quem se interessar pelo tema.

4) Pelo estudo empreendido, conclui-se que foi estabelecido, de forma satisfatória, o arcabouço principiológico que orientará a disciplina.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. "Reflexões sobre o processo administrativo no Brasil". **Revista Argumenta (Revista Argumenta Journal Law)**, do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, Jacarezinho/PR: UENP, 2003, v. 3, pp. 106-124

CANOTILHO, José Joaquim Gomes**. Direito Constitucional.** Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 15º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

COSTA JUNIOR, Paulo Jose da. **Direito Penal das Licitações**: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei 8666 de 21-6-1993. São Paulo: Saraiva. 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 6º ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GUEDES, Glënio Sabbad. **Da Responsabilidade Subjetiva nos Domínios do Direito Administrativo Punitivo.** Disponível em: <http/:www.bcb.gov.br/GL%C3%AanioResponsabilidades%>. Acesso em 01 mar 2016.

LOPES, Luciano Santos**. Penas na Lei 8666; 93 (Lei de Licitações). Aplicabilidade de Penas Alternativas e da Pena de Multa.** 1999. Disponível em: <http: www,jus.com.br;doutrina;lei8666.html. Acesso em: 19 jul 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 21º ed atualizada por Eurico de Andrade de Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.12º ed. São Paulo: Malheiros.1999.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3º ed., 8º tir. São Paulo: Malheiros. 2000.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 14ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**.15ºed. São Paulo: Atlas,1999

_____. **Processo Penal**. 11º ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, Egon Bockman. **O Processo de Licitação, a Lei 9784;99 e o Principio da Legalidade.** Ano I, vol 1 nº 3; junho de 2001. Salvador, BA. Disponível em: < http: www.direitopublico.com.br;pdf_3/DIALOGO JURIDICO-03. Acesso em 14 mar 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. GARCIA, Flavio Amaral. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.

NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal**. Disponível em: <http: www.jfrn.gov.br/docs/doutrina94.doc.> Acesso em 14 mai. 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SALMERÓN, Manuel Fernandez e SIERRA, César Cierco. De Regimén Jurídico de las Administracioines Públicas y del Procedimento Administrativo Cómun. Tradução italiana: **Riforma dell procedimento ammistrativo in Spagna**: La legge 4/1999, del 13 junaio di modifica della legge 30/1992, del 26 di novembre. Data do documento: 19/04/2000. Disponível em: http/ www.giust.it. Acesso em: 19 jul. 2016.

SANTIN, Valter Foleto. **O Ministério Público na investigação criminal**. 2ª ed., Bauru/SP: Edipro, 2007.

_____. **Controle judicial da segurança pública:** eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2ª ed., 2013, São Paulo: Verbatim.