

V. 02 - N. 05 - JULHO A DEZEMBRO - 2011 - ISSN 1981-1454

UNIVERSO JURÍDICO



UNIVEN



UNIVERSO
JURÍDICO

UNIVEN
FACULDADE DE NOVA VENÉCIA

ISSN 1981-1454

UNIVERSO JURÍDICO

Faculdade Capixaba de Nova Venécia – UNIVEN
v. 02 n. 05 Jul/Dez. – 2011 - Semestral

Diretor Executivo

Tadeu Antônio de Oliveira Penina

Diretora Acadêmica

Eliene Maria Gava Ferrão

Diretor Geral/Coordenador Financeiro/Administrativo

Fernando Bom Costalonga

Coordenadora Acadêmica

Kessya Pinitente Fabiano Costalonga

Coordenadora de Graduação/Ciências Contábeis/Petróleo e Gás Natural

Alcione Cabaline Gotardo

Coordenadores de Curso Administração

Sabryna Zen Rauta

Direito

Maxwilian Oliveira

Engenharia da Produção/Engenharia Civil/Engenharia Ambiental

Giuliana Ferrari

Enfermagem

Ivan Paulino

Educação Física

Dayane Graciele Miranda

Pedagogia / Letras

Manuela Tiburtino Camata

Psicologia

André Mota do Livramento

Serviço Social

Cristiane Olios

Bibliotecária

Alexandra Barbosa Oliveira

Presidente da Comissão Editorial

Eliene Maria Gava Ferrão

Comissão Editorial

Eliene Maria Gava Ferrão

Kessya Pinitente Fabiano Costalonga

Manuela Tiburtino Camata

Endereço para correspondência

Biblioteca Pe. Carlos Furbetta

Rua Jacobina, 165 – Bairro São Francisco

29830-000 – Nova Venécia – ES

e-mail: alexandra@univen.edu.br

Capa

Alex Cavalini

Universo Jurídico / Faculdade Capixaba de Nova Venécia / – Nova Venécia:
Cricaré, (Jul/dez. 2011).

Semestral
ISSN 1981-1454

1. Produção científica – Faculdade Capixaba de Nova Venécia. II. Título

UNIVERSO JURÍDICO

SUMÁRIO

ARTIGOS

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO EM CIRURGIA ESTÉTICA.....	4
Alex Zan Santana Orientadora: Wania Ribeiro da Fonseca	
PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	20
Cassio Pereira Xavier da Silva	
A UNIÃO CIVIL HOMOAFETIVA.....	38
Diego Adeodato Manete	
A APLICAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA: ADVERTÊNCIA.....	52
Elizia Ribeiro de Mattos Barboza	
ESTUDO DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	68
Paulo Henrique Colombi	
A FINALIDADE DA PENA FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	85
Thiago Martins dos Santos Orientador: Jean Carlos Ferreira Monteiro	

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO EM CIRURGIA ESTÉTICA

Alex Zan Santana¹

Orientadora: Wania Ribeiro da Fonseca²

RESUMO

O desenvolvimento deste trabalho tem como finalidade demonstrar quando haverá a responsabilidade civil do médico ao realizar um procedimento cirúrgico estético e incorrer em um resultado não esperado, dando origem a um dano que precisa ser reparado. Utilizou-se para a realização deste trabalho o emprego de uma pesquisa bibliográfica como fonte de obtenção de dados sobre o assunto. Para atingir ao objetivo principal, necessário se fez saber o que é responsabilidade civil e mostrar em quais situações se pode responsabilizar o profissional médico pelo erro. O tema está no âmbito do Direito Civil, pois trata de uma relação entre indivíduos onde o que causar dano ao outro terá o dever de indenizar. Questiona-se se a responsabilidade do profissional médico é objetiva ou subjetiva e conseqüentemente se a obrigação é de meio ou resultado. Por fim, o presente trabalho leva o leitor a formular sua opinião no que tange ao assunto, se haverá responsabilização ou não quando houver um dano a ser reparado.

PALAVRAS CHAVES: Estética. Falha Médica. Indivíduo. Reparação. Culpa

ABSTRACT

The development of this work aims to show when there will be liability of the physician to perform a cosmetic surgical procedure and incur an unexpected result, giving rise to damage that needs to be repaired. Was used for this work the use of literature as a source of obtaining data on the subject. To achieve the main goal, became necessary to know what is civil liability and show situations in which one can blame the physicians for the mistake. The subject is under the civil law, because this is a relationship between individuals where they cause damage to the other will have the duty to indemnify. It is questioned whether the responsibility of the medical professional is objective or subjective, and therefore if the obligation is to the middle or result. Finally, this paper takes the reader to formulate his opinion regarding the subject, whether or not there will be account ability when there is a damage to be repaired.

Keywords: Aesthetics. Failed Medical. Individual. Reparation. Guilt.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES - UNIVEN

² Bacharel em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES – UNIVEN, Bacharel em Administração pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES – UNIVEN, especialista em Gestão Escolar pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES – UNIVEN, especializando-se em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Norte Capixaba de São Mateus/ES – UNISAM.

1 INTRODUÇÃO

A aplicação da responsabilidade civil por erro médico e a reparação do dano estético revelam sua importância no direito em razão do grande avanço que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seus dispositivos iniciais, o direito à saúde, imagem e integridade física do cidadão.

Sabemos que todo exercício de atividade que enseje prejuízos, traz consigo a responsabilização fundamentando-se na restauração do equilíbrio patrimonial e moral causado pelo agente. A importância do tema responsabilidade civil decorrente do erro médico, manifesta-se quando se tem conhecimento de que muitos profissionais têm agido sob negligência, imprudência e imperícia.

No tocante a responsabilidade do profissional médico em geral, não é exigido o resultado cura, pois o objeto do contrato médico de forma geral é a prestação de serviços que possibilitem ao indivíduo condições de recuperar-se. Mas quando se trata do cirurgião plástico, há a exigibilidade de um resultado, pois neste caso a obrigação assumida é de resultado. Os indivíduos que buscam a prestação de serviço de um cirurgião plástico estético não se encontram acometidas de algum tipo de doença, mas possuem a intenção de corrigir algum problema estético.

A responsabilidade civil é um instituto do Código Civil Brasileiro, disposto a partir do artigo 927, que nada mais é o dever de reparar ou ressarcir o dano causado à pessoa. Quando a lei trata do dever de reparar, ela quer dizer que todo aquele que através de uma ação ou omissão violar direito de outrem, haverá a obrigação de reparar o dano.

No Código Civil, o princípio que rege a responsabilidade civil está na existência da culpa, mas há casos em que o legislador atribui responsabilidade sem culpa, que é a responsabilidade objetiva, estando ligada ao risco. Mas não há muita relevância na referência de culpa ou dolo do agente, pois mesmo que tenha agido de forma dolosa ou culposa, haverá o dever de indenizar.

Durante muitos anos, criou-se a idéia de que o médico, principal amigo de uma família, não era passível de erros, atribuindo-lhe um falso poder de perfeição na realização de seus serviços. Contudo, vemos que não é assim. O profissional médico também está sujeito a erros. Em nossa sociedade, a aparência tem se tornado prioridade para muitos, tornando-se um requisito para inserção no meio social. Entretanto é necessário que a Lei proporcione segurança para as pessoas que são vítimas de erro médico, com base no princípio constitucional da personalidade.

2 DA RESPONSABILILIDADE CIVIL

2.1 CONCEITO

O termo responsabilidade significa responder, ser ou tornar-se responsável por algo ou alguém. Originária do latim *respondere*, o termo responsabilidade também exprime a idéia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Portanto, esse verbete contém a raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais. Em razão das diversas condutas humanas, surgem também diversos

tipos de responsabilidades, que inclusive abrangem várias áreas do direito, ultrapassando os limites fixados pela vida jurídica. No direito civil, esse termo confere ao agente causador de certo dano, o dever de reparar, ou seja, a partir do momento em que se identifica o nexo entre conduta e agente, o mesmo torna-se responsável em reparar. Tendo em vista a "importância da responsabilidade no direito moderno" salientada por Washington de Barros Monteiro, faz-se imperioso trazer à lume os diversos conceitos que alguns de nossos mais íclicos doutrinadores formularam a respeito da responsabilidade civil.

Diniz (2001, p. 34) assevera que:

Poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a idéia de culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa. Realmente o problema em foco é o de se saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade civil procura cobrir".

Pereira (1998, p.11) ensina que:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que se subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.

Dessa forma, depreende-se de tais conceitos que a consequência precípua da execução de um ato ilícito se constitui na obrigação de reparar o dano imposto à vítima, de forma a restabelecer a situação anteriormente existente ou, sendo isso impossível, compensando-a pelo infortúnio em decorrência do fato, donde se conclui que a responsabilidade civil é, pois, parte integrante do Direito das Obrigações.

2.2 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Quando o fato discutido relaciona-se à responsabilidade subjetiva, o médico pode eximir-se

do dever de indenizar desde que comprove a ausência da culpa ou a quebra do nexo de causalidade.

Entretanto, no tocante à responsabilidade objetiva, a obrigação de indenizar é afastada quando demonstrada a quebra ou interrupção do nexo causal. E o que impossibilita a concretização do nexo causal nesse contexto é a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e força maior e a cláusula de indenizar.

2.2.1 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

Caracteriza-se culpa exclusiva da vítima quando o evento danoso ocorre por culpa da vítima. Mesmo que se constatem o dano a outrem e a conduta do agente, este não será responsabilizado desde que comprove a culpa exclusiva da vítima. No caso dessa excludente, o causador do dano não passa de um simples instrumento do evento danoso, sendo que não há nenhuma relação de causalidade ente o seu ato e o prejuízo da vítima.

2.2.2 FATO DE TERCEIRO

Também designada responsabilidade por fato alheio ou responsabilidade por fato de outrem, fato de terceiro nas palavras de Nader (2010 p. 124) “é a conduta de quem verdadeiramente é responsável por um dano e não a pessoa indigitada como a sua causadora; é a pratica do dano por pessoa aparentemente alheia à causa determinante, atribuída a outrem”.

É necessário entender por terceiro, alguém além da própria vítima e que seja o causador do dano.

Na relação contratual é mais fácil de compreender, pois trata-se de alguém que não participou do negócio jurídico. O fato de terceiro somente exclui o dever de indenizar quando realmente constituir-se em causa estranha à conduta, eliminando o nexo causal.

2.2.3 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O caso fortuito está relacionado a fatos ou atos alheios à vontade das partes, exemplos como guerra, greves, motim. A força maior deriva-se dos acontecimentos de total relação com a natureza, como raios, terremotos, maremotos, inundações, tempestades.

O que há em comum entre caso fortuito e força maior é a imprevisibilidade ou inevitabilidade, aliado à ausência de culpa. Nader afirma que (2010 p. 120) “o caso fortuito e força maior excluem o nexo de causalidade, tanto em face da responsabilidade subjetiva quanto da objetiva, inclusive nas relações em que o Estado aparece como ofensor”.

A doutrina se divide quanto à diferenciação ou não entre o caso fortuito e força maior. Há corrente que defende a equivalência das expressões e há outra que defende o caso fortuito como um fato da natureza enquanto força maior advém de uma ação humana como furto, roubo, revoluções.

2.2.4 CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

A cláusula de não indenizar nada mais é aquela em que uma das partes contratantes manifesta que não será responsável por danos emergentes originados no contrato. Tem por função a alteração do sistema de riscos no contrato. É a exoneração convencional do dever de reparar o dano, transferindo-se à vítima os riscos do contrato.

Primariamente, somente a lei pode excluir a responsabilidade em determinadas situações.

A discussão sobre essa cláusula é grande e inevitável, pois há quem defenda que se trata de cláusula nula ante a imoralidade e contrariedade ao interesse social. No direito do consumidor, tal cláusula é nula (artigo 51, I, Código de Defesa do Consumidor).

Mesmo que admitida, essa cláusula deve decorrer de contrato livremente negociado, sem nenhum tipo de semelhança ao contrato de adesão. Uma observação a ser feita é que essa cláusula também não pode motivar a nulidade da obrigação essencial de um contrato, mas apenas elementos de cumprimento das obrigações em geral, que são tidas como acessórias.

3 DO DANO

O vocábulo dano tem origem no latim *damnum* e significa lesão de natureza patrimonial ou moral. A palavra dano refere-se a um prejuízo sofrido por alguém, seja em acidentes físicos ou danos morais ou em alguma relação jurídica onde uma parte da relação sai prejudicada pelo motivo de outrem ter tirado vantagem no negócio, quer dolosa ou culposamente. O dano é um dos elementos imprescindíveis para que se configure a responsabilidade civil. Deverá indenizar aquele que cause prejuízo ou dano a outrem, independente da proporção. É elemento essencial quando se trata de responsabilidade civil, pois serve para diferenciar entre a responsabilidade moral e a penal, portanto o dano é um fato constitutivo do dever de indenizar. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.

Cavaliere (2005, p. 5.) conceitua assim:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

3.1 ESPÉCIES DE DANO

3.1.1 DANO MORAL

Dano moral é aquele que não invade o patrimônio do indivíduo, pois ocorre somente quando se trata de reparação da dor causada à vítima, sem reflexo no seu patrimônio.

É a dor, a mágoa, a tristeza causada injustamente a outro indivíduo, pelo que o ressarcimento do dano moral não visa lucros, mas repor à vítima uma situação em que estaria sem a ocorrência do dano. Tem por finalidade “amenizar” a dor moral de quem teve seu foro íntimo lesado

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o dano moral foi ampliado, porque a dignidade da pessoa humana se tornou direito personalíssimo, sendo também uma das cláusulas, onde se constitui todos os valores morais, como o direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade e a privacidade. Os bens formam a personalidade do indivíduo, possuem valores totalmente diferentes dos bens patrimoniais, pois este poderá ter o seu valor determinado, mas a violação que dá origem ao dano moral não possui um valor exato.

3.1.2 DANO MATERIAL

O dano material influi diretamente no patrimônio da vítima e ocasiona a perda ou diminuição do mesmo, será calculado pela diferença do valor do bem jurídico, entre o que possuía antes e depois ilícito.

3.1.3 DANO ESTÉTICO

Nader (2010, p. 92) em sua obra ensina que “verifica-se o dano estético quando o agente provoca lesões corporais indeléveis, seja deixando cicatrizes, aleijões ou quaisquer marcas incomuns, que prejudiquem a aparência da pessoa e abalam a sua autoestima”.

Dano estético não se confunde com o dano moral, pois é possível que causador do ato ilícito, com sua conduta danosa, provoque danos morais e estéticos à vítima. Se aqueles não tiverem o dano estético por fundamento, também serão objeto também de reparação. A doutrina, portanto abre brechas para a dupla indenização por uma só causa, contudo, há quem entenda que não.

Ainda que reconhecida a significância do dano estético e a sua contínua existência na vida social, o Código Civil de 2002 não trouxe um instituto específico em respeito ao assunto, ressaltando apenas o preceito do artigo 949, que trata da indenização em caso de lesão ou diversa ofensa a saúde.

3.1.3.1 CONCEITO

Inicialmente, ao dano estético são atribuídas várias denominações, como, por exemplo, dano corporal, dano físico, dano fisiológico, dano à saúde, dano biológico.

Segundo Diniz (2003, p.73) o dano estético configura-se como:

Toda alteração morfológica do indivíduo que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente ou motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de

inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.

Sobre a expressão *estética*, Lopez, (apud Stoco 2004, p. 1657) assim afirma: “Estética vem do grego *aisthesis* que significa. ‘Sensação’. tradicionalmente é o ramo da ciência que tem por objeto o estudo da beleza e suas manifestações de arte e na natureza”.

Silva (apud Stoco. 2004, p.1657) ensina que:

O dano estético não é apenas o aleijão, mas também, as deformidades ou deformações outras, as marcas e os defeitos ainda que mínimos que podem implicar, sob qualquer aspecto, num afeiamento da vítima ou que pudesse vir a se constituir para ela numa simples lesão desgostante ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos.

Lopes, (apud Stoco. 2004, p.1657) especifica quais os elementos do dano estético:

Como primeiro elemento, que dano estético é qualquer, modificação. Aqui não se trata apenas das horripilantes feridas dos impressionantes olhos vazados, da falta de uma orelha, da amputação de um membro, das cicatrizes monstruosas ou mesmo do aleijão propriamente dito. Para a responsabilidade civil basta a pessoa ter sofrido uma transformação, não tendo mais aquela aparência que tinha, ou seja, um desequilíbrio entre o passado e o presente, uma modificação para pior.

O segundo elemento, acrescenta, é a permanência ou, no mínimo, o defeito danoso prolongado, alertando: pensamos que o dano estético passageiro não é dano moral e sim dano material, facilmente indenizável e facilmente superável.

Daí, conclui-se que o dano estético é toda alteração nos sentimentos de autoestima do indivíduo ao ponto de agredi-lo emocionalmente, ferindo sua imagem.

3.1.3.2 DA ORIGEM DO DANO ESTÉTICO

É importante conhecer a origem do dano estético, e por isso vejamos alguns dispositivos da legislação nacional que o tratavam.

A primeira, bem no início do século XX, de 07 de dezembro de 1.912, quando do Decreto nº 2.681, cuja legislação regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, pois em seus artigos 17 e 21 possibilitava-se a cumulação de danos. O artigo 17 rezava que: “As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea”.

O artigo 21 do Decreto 2.681 descrevia que:

No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.

3.1.3.3 DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Os artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 apresentam, como direito fundamental da pessoa humana e direito social, a proteção da saúde, sendo positivado que “A saúde é direito de todos”.

Outro fator importante é a imagem. A imagem inserta na Lei Maior pode ser interpretada como dano à saúde e à integridade física.

Mesmo diante da fundamentação constitucional que sustenta a reparação autônoma e independente do dano estético, outros dispositivos legais também a amparam, conforme se depreende da parte final do artigo 949 do Código Civil, ao descrever que “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

3.1.3.4 DA PROTEÇÃO À SAÚDE

Também é necessário ressaltar que o dano estético tem ligação com o princípio constitucional de proteção à saúde. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em 1948 nas Nações Unidas, enumera os direitos que todos os seres humanos possuem, determinando, em seu artigo III, que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

No preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), a saúde assume um papel de total importância ao receber a conceituação que “é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”.

O Brasil tratou do assunto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 196, segundo o qual: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”.

Garantida também no artigo 6º como direito fundamental da pessoa humana, tem-se também como direito social.

Entretanto, constata-se que o direito à saúde tem clara conotação de direito à integridade física, surgindo o dever de indenizar por dano estético toda vez que esse bem juridicamente tutelado for lesado.

3.1.3.5 O DANO ESTÉTICO COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Atualmente percebe-se um aumento expressivo na realização de cirurgias estéticas em razão dos ditames da sociedade no que tange a beleza física. Valores são impostos por esta,

valorando os indivíduos por seu “grau” de beleza. Tais valores aprisionam os indivíduos, que não medem nenhum tipo de esforço para segui-los, esquecendo que procedimentos cirúrgicos são passíveis de erros.

No que diz respeito à personalidade do indivíduo, Venosa (2002, p. 148) diz que a personalidade “é o conjunto de poderes conferidos ao homem para figurar nas relações jurídicas”.

Diniz (2003, p.119) traz a luz que:

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Os direitos de personalidade caracterizam-se como direitos intransponíveis inerentes à pessoa, a sua dignidade, dando autonomia ao indivíduo de reger o uso de sua imagem, sua honra, seu nome, sua privacidade tanto quanto seu corpo. Os direitos de personalidade são únicos em relação ao indivíduo, jamais podendo ser dada a outro, a terceiros. A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X dá total proteção a esses direitos:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Este princípio constitucional garante a valorização do indivíduo em todos os seus aspectos, dando possibilidade ao mesmo de efetivar seus direitos de personalidade quando ferida sua imagem.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

4.1 CONCEITO

No Século passado, o ato médico restringia-se na relação entre a confiança do paciente e a consciência do médico. Este era visto como profissional cujo título lhe garantia o total conhecimento, não admitindo dúvidas sobre a qualidade na prestação de seu serviço.

Contudo, as coisas mudaram. As relações sociais se expandiram, distanciando o médico do seu paciente, interferindo até na denominação dos sujeitos da relação, tudo em razão de uma sociedade baseada no consumo, mais consciente de seus direitos e mais exigentes quanto ao

resultado.

Não há previsão no Código Civil a respeito da responsabilidade do médico, nenhum capítulo que trate claramente do erro médico nos casos em que a responsabilidade deve ser objetiva, o que se presume é que de forma genérica é necessária a aplicação da regra da responsabilidade subjetiva

No tocante a responsabilidade civil do médico, a matéria é extensa e abrangente. Logo o médico, antes de qualquer coisa, deve agir sob o que ordena o Código de Ética Médica, agindo com total diligência e cuidado no exercício de sua profissão, evitando assim que seja penalizado.

O código de Ética Médica traz uma série de normas de conduta profissional, sendo essa relação apenas exemplificativa. Em seu artigo 12 dispõe que: “o médico deve buscar a melhor adequação do trabalho ao ser humano e a eliminação ou controle dos riscos inerentes ao trabalho”.

É dever do médico adequar o seu trabalho ao paciente, evitando e controlando os riscos existentes em sua profissão, evitando qualquer erro que cause dano ao paciente.

E ainda continua no seu artigo 29: “É vedado ao médico praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”.

Há que se obedecer às regras existentes no Código, em razão de ser um apoio que o médico tem para poder se eximir de uma possível indenização no caso de erro médico.

Os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil médica são os mesmos da responsabilidade civil, a saber: ação ou omissão do médico; culpa do médico; dano experimentado pela vítima e nexo de causalidade, porém, com algumas diferenças e singularidades.

4.2 NATUREZA JURÍDICA

A doutrina diverge de forma expressiva quando se trata de definir a natureza jurídica da relação médico – paciente, se é contratual ou extracontratual. E ainda, há discussão sobre em quais casos a responsabilidade civil do médico pode ser considerada objetiva e subjetiva e quando ao seu fim, se a obrigação do profissional médico é de meio ou de resultado.

Nader em sua obra afirma que (2010, p .407):

Quanto a natureza da relação contratual entre médico e paciente há duas posições básicas: contrato de prestação de serviço ou contrato sui generis. Os que acompanham esta segunda opção, alegam que a relação não é puramente técnica, pois o médico ocupa a posição, também, de conselheiro e protetor.

Cavaliere Filho (2004, p. 371) afirma que:

Diante da atual conjuntura do exercício da medicina, onde não há valorização do profissional médico em razão de serviços prestados por convenio com planos de saúde, já não há aquela figura do médico conselheiro, amigo, protetor, orientador e assim não se justificando outra classificação do vínculo que não venha ser contrato de prestação de serviços.

Na verdade, o que é importante no que diz respeito à responsabilidade dos médicos é a relação entre a culpa e o dano, para que exista o direito à reparação.

4.3 O DANO COMO CONSEQUENCIA DA CULPA MÉDICA

Na responsabilidade civil, o dano é o principal elemento daqueles necessários à sua configuração. O dano, a princípio, é conceituado como qualquer diminuição de patrimônio. Nos termos da lei civil, só haverá ato ilícito quando houver dano material ou moral, afirmando o que fora dito acima que o dano é o elemento essencial à caracterização do ato ilícito.

Já visto, o vocábulo dano é derivado do latim *damnum* que significa lesão de natureza patrimonial ou moral. Juridicamente, dano e prejuízo são expressões equivalentes.

Qualquer cirurgião plástico tem a responsabilidade muito além daquela expressa em lei, pois ao realizar um procedimento cirúrgico, no caso, estético, ele assume um dever moral, de cuidado e respeito. Se ele age sem realizar um balanço entre os distúrbios psíquicos e o defeito físico existente na pessoa que apresenta um defeito físico não aparente, fruto de uma obsessão pessoal, sem verificar se realmente é necessária a realização de uma cirurgia que em muitos casos torna-se de alto risco, haverá responsabilização.

4.4 CARACTERIZAÇÃO DO DANO

A configuração do dano independe de sua extensão, pois tanto os danos de pequeno porte como os de grande magnitude serão passíveis de reparação. O objeto e seu valor poderão ser definidos através de prova técnica.

Para que o profissional seja responsabilizado, é necessária a demonstração clara e expressiva de que a origem do dano tem total dependência com a inexecução da obrigação do médico, provando que o dano é resultado de uma ação positiva ou negativa do profissional.

Conseqüentemente, para que haja o dever de indenizar pelo médico, a existência do dano ao paciente é de extrema significância, seja de qualquer espécie, que lesione o direito, à vida, à integridade física ou a saúde, lesionando também um interesse legítimo, isto é, danos morais ou patrimoniais.

Os danos patrimoniais decorrem a princípio dos danos físicos, relacionando-se com em despesas médico-hospitalares, remédios, lucro cessantes.

Já os danos morais têm relação com o psicológico, ou seja, a dor sofrida pelo paciente, dor emocional ao saber da existência do dano.

Verificada a existência do dano, é imperioso saber o estado anterior do paciente, analisando diretamente a ação ou omissão do profissional.

4.5 CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA E CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA.

A cirurgia plástica divide-se em duas formas: a cirurgia plástica reparadora e a cirurgia plástica meramente estética. Diz-se reparadora porque a cirurgia tem por finalidade corrigir lesões que causaram deformidades ou corrigir defeitos desde o nascimento. É uma intervenção cirúrgica tão necessária como qualquer outra. A cirurgia plástica estética tem por finalidade a reparação no que tange a aparência, relacionada ao sentimento, o desejo de estar bem quanto à aparência. O indivíduo que se submete a cirurgia estética tem por objetivo melhorar um aspecto físico que lhe causa insatisfação, tal qual chegando a afetar sua autoestima, comprometendo sua vida social e profissional, causando-lhe transtornos psicológicos.

Nesse sentido, Sebastião (2001, p. 71):

Se o paciente tem desvio de personalidade, dando excesso de atenção a detalhes irrelevantes de sua aparência e sofrendo com isso, o médico, como pessoa equilibrada, não pode abrir mão do bom senso e do exaustivo dever de advertência, contraindicando a cirurgia, pelos riscos decorrentes. Quando desses deveres descure, a ponto de ver no paciente apenas oportunidade de ganhar dinheiro fácil, deve pagar pelo mau resultado – se ocorrer.

Por fim, independentemente do que motiva a cirurgia estética – seja a futilidade ou mediocridade de pessoas influenciáveis pela mídia de massa e pelo culto à beleza, seja pela vontade de corrigir algo em seu corpo que não lhe agrada muito, ou seja, por acreditar que a melhora em seu físico acabará com suas angústias, levantando sua auto-estima e acabando com seus transtornos psicológicos – o certo é que o paciente, a não ser que esteja fora de sua consciência, só aceitará submeter-se a uma intervenção cirúrgica tendo confiança de que o resultado esperado será alcançado, pois ao contrário não o faria. O médico-cirurgião deve comparar os riscos e benefícios, trazendo todas as informações ao paciente de forma bem clara os possíveis riscos da cirurgia, pois assim, o paciente pode avaliar os riscos e decidir se é viável ou não assumir tais riscos em contrapartida da melhora estética.

Necessário expor que a cirurgia plástica estética tornou-se um mercado comercial, onde o indivíduo deseja um produto, escolhe, paga por ele e o recebe conforme combinado e se assim não for, que o cirurgião se responsabilize por não ter alcançado o resultado que era esperado, lembrando, porém das excludentes de responsabilidade.

4.6 OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO

A obrigação de meio caracteriza-se quando a parte contratada se obriga a realizar um serviço com diligência a fim de atingir o objetivo, contudo, sem se obrigar a um resultado. Ao contrário, na obrigação de resultado a parte contratada se obriga a utilizar adequadamente dos meios e ainda obter um fim, um resultado.

A jurisprudência dominante entende ser de resultado a obrigação assumida pelos médicos nas cirurgias plásticas estéticas:

Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito (STJ – 3ª T. – Resp – Rel. Dias Trindade – j. 21.6.91 – RSTJ 33/555)

Responsabilidade Civil. Cirurgia Plástica. Dano Estético. Obrigação de indenizar. Demonstrado através de perícia o erro médico, impõe-se o dever de indenizar, independentemente da culpa, já que a cirurgia plástica é obrigação de resultado, e, não de meios. (TJRJ, 2ª Câmara Cível 2627/94, 23.08.94, data do julgamento.)

Gonçalves ensina que a obrigação assumida pelos profissionais médicos da área estética é uma obrigação de resultado e não de meio, em razão de que as pessoas procuram corrigir um defeito, um problema estético que influi na sua aparência atingindo também sua autoestima.

A fim de evitar que o profissional médico seja responsabilizado, tal deve agir de forma cautelosa, com perícia justamente por lidar com indivíduo que não apresenta nenhum tipo de violação à saúde, atuando de forma diligente.

Não se pode negar a existência de dúvidas em relação à natureza da obrigação prestada pelo cirurgião, se os serviços prestados constituem obrigação de meio ou de resultado, pois mesmo diante do posicionamento do autor em relação à obrigação ser de resultado, há divergência doutrinária, o que traz a existência, duas correntes sobre o assunto.

A primeira corrente, que é majoritária, argumenta ser uma obrigação de resultado e vê a cirurgia plástica como a obrigação de cumprir o que se prometeu, caso contrário, haverá inexecução do contrato.

A segunda corrente afirma que em função de ser uma obrigação de meio, tal cirurgia é como qualquer outra.

Quando se tratar de cirurgia estética meramente reparadora, onde o indivíduo se submete a tal procedimento sob o fito de satisfação pessoal, a obrigação sempre será de resultado, havendo responsabilidade objetiva com base nos artigos 927 e seguintes do Código Civil.

Mesmo havendo divergências no tocante a natureza da obrigação, a responsabilidade do profissional está profundamente ligada na culpa, ou seja, na obrigação de meio culpa-se o agente pelo erro de percurso, que agiu com negligência, imprudência ou imperícia, mas não pelo resultado. Na obrigação de resultado, além da culpa ser verificada pelo erro de percurso, é necessário a frustração, o desvio do resultado desejado.

4.7 ERRO MÉDICO, ERRO DE DIAGNÓSTICO E ERRO PROFISSIONAL

Antes de conceituar erro médico, é necessária a distinção de saúde e doença: saúde é o bem

estar do indivíduo no seu sentido mais amplo, enquanto doença é tudo o que o afaste de tal situação de bem estar.

Erro médico é a falha no exercício da profissão, originado em um mau resultado, efetivando-se através de conduta negligente ou imprudente, comissiva ou imperita. É o dano provocado ao paciente pela ação ou omissão do profissional médico, no exercício de sua profissão, e sem a intenção de cometê-lo. Há três possibilidades de suscitar o dano e alcançar o erro: imprudência, imperícia e negligência. Esta, a negligência, consiste em não fazer o que deveria ser feito; a imprudência consiste em fazer o que não deveria ser feito e a imperícia em fazer mal o que deveria ser bem feito. Isto traduzido em linguagem mais simples.

A negligência ocorre quase sempre por omissão. É dita de caráter omissivo, enquanto a imprudência e a imperícia ocorrem por comissão.

O dano provocado pelo profissional médico, quando este não quis o resultado, é considerado culposo.

O erro profissional ocorre quando o médico atua com base numa técnica inadequada, de resultado quase sempre duvidoso.

Esse erro é denominado “erro escusável”, isto é, constitui-se erro justificável em se tratando de técnica conhecida e utilizada habitualmente. Um exemplo de erro profissional é o médico que deixa de realizar uma intervenção cirúrgica, no momento certo, em vítima de facada, por essa não apresentar nenhum sintoma ligado ao ferimento de órgãos maciços na cavidade abdominal. Em seguida, a vítima vem a óbito, em virtude dos órgãos internos terem sido atingidos profundamente sem que, no entanto, o profissional não tenha observado esses ferimentos.

Entretanto, independentemente de qualquer circunstancia, o médico tem o compromisso de utilizar meios adequados para agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão. Mesmo que agindo de forma culposa ou dolosa e resultando em erro médico, vindo o paciente a sofrer qualquer tipo de dano, nascerá o dever de indenizar.

O diagnóstico é a determinação do quadro de saúde do paciente, com as causas que originaram tal doença; assim, uma vez realizadas todas as avaliações, é necessário fazer juízo acerca do estado de saúde do paciente. O diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois após o diagnóstico haverá escolha do tratamento necessário.

Santos (apud Stoco, 2001, p. 409) nos ensina que: “o erro de diagnóstico responsabiliza o médico pelos danos que causar ao paciente, mas que esse erro deve ser grave e inescusável e verifica-se na prescrição de um tratamento inadequado ou a intervenção cirúrgica desnecessária.”

Além disso, o médico pode incorrer no erro de conduta ou erro profissional. Gonçalves (2010, p. 436) em sua obra diz que “não se tem considerado como culpável o erro profissional, que advém da incerteza da arte médica, sendo ainda objeto de controvérsias científicas”.

Logo, a questão deverá ser baseada pela regra geral: se naquelas circunstâncias, com os meios de que dispunha o profissional não se desviou totalmente da conduta prevista para o caso, não

haverá culpa. O contrário ocorrerá se o médico não utilizou todos os recursos a sua disposição, exemplificando, o médico que não analisando diligentemente a doença de seu paciente, sem realizar todos os exames necessários para elevar o grau de certeza do diagnóstico, sem dúvida errou em sua conduta e por isso haverá a responsabilização civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício da medicina é algo que deve ser tratado com seriedade, pois é uma área em que a vida também tem total importância. O profissional que atua com cautela, diligência e seriedade em sua profissão também faz o paciente ter o dever de obedecer ao que a ele for prescrito.

Essa relação não pode ser considerada apenas como uma relação contratual em que se objetiva lucros e satisfações pessoais. O objetivo deste trabalho foi estudar o instituto da responsabilidade civil em relação ao médico cirurgião que incorre em erro. O assunto é de extrema importância, pois vivemos numa sociedade em que há uma veneração à beleza, ao bem estar físico, e os indivíduos não medem conseqüências em estarem adequados ao atual padrão de beleza, submetendo suas vidas a um procedimento médico que em muitas vezes não tem o resultado esperado.

A responsabilidade civil tem tratamento específico no Código Civil Brasileiro, e tem por finalidade incumbir a quem causa algum dano com base na imperícia, imprudência e negligência o dever de reparar. O médico cirurgião plástico, no exercício regular de sua profissão que gerar dano ao seu paciente, terá o dever de reparar ficando provado o nexo de causalidade entre o evento danoso e o resultado. A natureza jurídica da relação entre médico e paciente é importante, visto que é imprescindível à caracterização da responsabilidade.

A atividade médica com enfoque nas cirurgias plásticas implica em sérios riscos ao paciente, pois o profissional não apenas está diante da realização de um procedimento, mas sim de uma vida e se tal incorre em erro, a responsabilização torna-se necessária. Contudo, não se pode tratar o profissional médico como alguém que não seja sujeito a falhas, ele é como qualquer outro ser humano, também passível de erros. O que se busca é que no exercício de sua atividade, o profissional médico tenha cautela, toda diligência ao exercer sua função, pra que não haja a banalização da profissão e conseqüentemente um desrespeito à vida do outro.

4 REFERÊNCIAS

1. BRASIL, **Vade Mecum**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011
2. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
3. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.
4. CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

5. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro:** Responsabilidade civil. 4. ed. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2009.
6. NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense 2010.
7. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
8. STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
9. STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
10. SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade Médica:** civil, criminal e ética. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001

PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Cassio Pereira Xavier da Silva³

RESUMO

Os Princípios são à base de todo o ordenamento jurídico. A lei existe para que o Estado possa organizar o povo em seu território. Os serviços públicos existem desde que o Estado se constituiu até forma como o conhecemos, e também são indispensáveis a manutenção do povo, uma vez que a falta deles pode ocasionar lesões aos cidadãos e princípios do direito. Contudo é importante ressaltar dois pontos. Os casos em que a legislação ou entendimento dos Tribunais Superiores admite a suspensão de determinados serviços, de acordo com sua natureza e regime. E a regulamentação do exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos, que tem a incumbência de prestar estes de forma contínua e eficaz. Através de pesquisas exploratórias e explicativas, levantamentos bibliográficos em Doutrinas, Leis e Jurisprudências.

PALAVRAS CHAVES: Direito. Tribunais Superiores. Estado. Suspensão. Greve.

ABSTRACT

The Principles are the basis of all legislation. The law exists for the state to organize the people in its territory. Public services have been around since the state was up as we know, and are also essential for maintenance of the people, since the lack of them can cause injury to people and principles of law. However, it is important to emphasize two points. The cases where the law or understanding of the Superior Courts admits the suspension of certain services, according to its nature and regime. And the rules of exercising the right to strike by public servants, which is tasked to provide these continuously and effectively.

Through exploratory and explanatory literature surveys on Doctrines, Laws and Jurisprudence.

KEYWORDS: Right. Superior Courts. State. Suspension. Strike.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o Princípio da Continuidade do Serviço Público, primeiramente mostrando o que é serviço público, noção, características, conceito, requisitos, a evolução histórica dos serviços, para que aí então se possa adentrar ao mérito do princípio da continuidade dos serviços públicos, mostrando o que tal premissa aduz e sua função.

Após abranger o acima citado sobre tal princípio, vai-se mostrar os dois pontos mais importantes concernentes a tal princípio. Que são as causas de suspensão do serviço público. E o exercício de greve pelos servidores públicos.

³ Bacharel em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES - UNIVEN

Temas estes, que são tratados em leis, e existem também entendimentos, Doutrinários e Jurisprudenciais dos Tribunais Superiores, que regulam as lacunas existentes na lei, de modo a sanar os problemas e seguir os princípios basilares de nosso ordenamento jurídico.

Identificar os problemas, apontar soluções eficazes, de acordo com a legislação vigente, jurisprudências e entendimentos doutrinários, de modo a apresentar a solução dos problemas apontados.

2 SERVIÇO PÚBLICO

2.1 NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O Brasil adota o sistema de República Federativa para sua forma de governo, e devido a isso tem como base de lei máxima sua Constituição Federal. Nela estão elencados direitos e deveres, garantias aos cidadãos brasileiros, a qual desde seu preâmbulo já menciona de forma implícita a respeito dos serviços públicos a população:

Constituição Federal de 1988:

PREÂMBULO: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁴

Todos os brasileiros sabem que têm direitos e deveres de acordo com a lei, e é comum sempre ouvir principalmente em tempos de pleitos eleitorais sobre os serviços públicos, principalmente quanto aos mais utilizados e necessários, que serão realizadas melhorias na educação, saúde, segurança pública entre outros.

A Lei maior de ordenamento jurídico vigente diz que todos têm direitos aos serviços e que estes devem ser prestados em observância de princípios como o da eficiência, moralidade, dignidade da pessoa humana, publicidade, continuidade e os demais que norteiam o direito público.

Antes de adentrar ao mérito do objeto do presente trabalho, é necessário atentar-se a algumas concepções sobre serviço público diante do enfoque jurídico, haja vista que existem inúmeros entendimentos doutrinários acerca de seu conceito e de seus institutos.

⁴ Constituição Federal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

O tema serviço público é concernente ao Direito Administrativo, e este, por sua vez, é oriundo da França. As primeiras noções de serviço público surgiram nas chamadas Escolas de Serviços Públicos Francesas, e as noções naquele tempo eram tão amplas que chegavam ao ponto de abranger todas as atividades executadas pelo Estado.

Um dos maiores exemplos clássicos é o de Leon Duguit, que considerava serviço público como atividade ou organização, na forma mais ampla, abrangendo todas as atividades do Estado, chegando ainda ao ponto de pretender substituir a noção de soberania pela de serviço público.⁵ É oportuno mencionar o entendimento de uma das maiores Doutrinadoras sobre o assunto:

Di Pietro (2009, página 98) assim entende:

Definir o que é serviço público não é fácil, pois a noção de serviço público passou por consideráveis transformações com o decorrer do tempo, quanto aos seus elementos constitutivos, e no que concerne a sua abrangência. Além do que, alguns autores adotam o chamado Conceito Amplo e outros adotam o Conceito Restrito. Em ambos os conceitos, em geral combinam-se três elementos para se chegar a sua definição: Elemento Material, que são as atividades de interesse coletivo; Elemento Subjetivo, fundando na presença do estado na prestação do serviço; e Elemento Formal, que se refere aos procedimentos do direito público para se atingir tal finalidade.

Diante de tal apontamento, vê-se que os conceitos mais utilizados e o que melhor assim define os serviços públicos em sua atual conjuntura, frente aos entendimentos Doutrinários e Legais.

2.2 CONCEITO

No Brasil, inúmeros autores também comungam no mesmo sentido que Leon Duguit, e conceituam serviço público em sua forma ampla, e outros conceituando de forma restrita. Vejamos alguns mais conhecidos:

Meirelles (2003, p. 319) conceitua serviço público como:

Todo aquele prestado pela Administração Pública ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado.

Bandeira de Mello (1975, p. 20) conceitua:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “in Direito Administrativo”. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

instruídos pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Tácito (1975:198-199) assim ensina:

Entende-se à prevenção do direito objetivo, à ordem pública, à paz e a segurança coletiva.

A Administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem-estar e ao progresso social, mediante ao fornecimento de serviços aos particulares. Que equivale aos serviços públicos propriamente ditos.

Tácito (1975:198-199) assim ensina:

Entende-se à prevenção do direito objetivo, à ordem pública, à paz e a segurança coletiva.

A Administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem-estar e ao progresso social, mediante ao fornecimento de serviços aos particulares. Que equivale aos serviços públicos propriamente ditos.

O que se percebe ao estudar os conceitos em sentido amplo é que sua maioria abrange todas as atividades do Estado, incluindo até mesmo a atividade Legislativa e Judiciária (poder de polícia) em alguns casos, e no tocante ao mencionar a atividades prestadas pela Administração Pública ou o Estado propriamente dito, existem elementos que diferenciam o entendimento dos conceitos restritos.

Por sua vez, os conceitos restritos restringem os serviços públicos entres as várias atividades executadas pela Administração Pública, em alguns casos excluindo atividades como a Jurisdicional e Legislativa de tal conceito, partindo da premissa da distinção de atividade judiciária e atividade social.

Celso Antonio Bandeira de Mello, que em seu entendimento considera dois elementos componentes em seu conceito: o substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; e o substrato formal, que dá o caráter de noção jurídica, concernente ao regime jurídico de direito público, composto por princípios e regras caracterizadas pela supremacia do interesse público sobre o privado, e por restrições parciais.

Diante do exposto, antes de vislumbrar um conceito mais adequado na atualidade quanto o entendimento de serviço público, insta frisar a evolução quanto a sua noção, diante das dificuldades para conceituar serviços públicos. Em determinado período chegou-se a mencionar uma “crise na noção de serviço público”.⁶

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “in Direito Administrativo”. Atlas, 2002.

Nos primórdios de sua existência, os autores se valiam de três elementos para definir o que é serviço público:

- **Subjetivo**: considerando a pessoa jurídica prestadora da atividade: serviço público seria aquele prestado pelo Estado;
- **Material**, considerando a atividade executada: serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas;
- **Formal**, considerando o regime jurídico: serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.⁷

No início, quando surgiram as primeiras noções de serviço público, era válida a combinação deste três elementos, tal fato ocorreu no período de Estado Liberal, em que os serviços públicos abrangiam todas as atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado sob regime jurídico publicístico, período em que surgiram os conceitos mais amplos quanto à noção de serviço público.

Contudo, algumas separações aconteceram referentes a esses três elementos, primeiramente devido ao afastamento do Estado dos princípios do liberalismo, quando começou a ampliar o rol de seus serviços próprios, definindo alguns serviços como determinadas atividades industriais e comerciais que antes eram reservadas à iniciativa privada e passaram a ser prestadas pelo Estado.

Concomitantemente, outro acontecimento ocorreu. O Estado percebeu que não dispunha de organização para prestar todos os serviços, então determinados serviços passaram a ter sua prestação delegada a particulares por meio de contratos de concessão de serviços públicos e posteriormente por intermédio de pessoas jurídicas de direito privado criados para esta finalidade. Exemplos são as empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias entre outros.

Diante destes acontecimentos, alguns elementos foram afetados, o subjetivo, pois não somente pessoas jurídicas de direito público eram as únicas a prestar serviços públicos, e o elemento formal, que nem todas as atividades eram executadas sob regime público. Por esta razão alguns autores chegaram a falar em crise quanto à concepção de serviço público. Os elementos de certa forma foram se alterando; diante disso sendo adotada uma nova concepção.

A noção de serviço público varia com o lugar e o tempo, de acordo com a legislação de cada país, e não se pode dizer dentre os conceitos restritos e amplos qual é o mais correto, mas somente estudá-los para se ter uma concepção mais profunda e exata quanto às noções de serviço público no lugar e tempo o qual se encontra.

Como já demonstradas às concepções e evolução das noções de serviço público, o conceito que mais se adequa a atual situação de nosso Estado é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que assim preleciona:

Di Pietro (2009:101), serviço público é:

⁷ Elementos do Serviço Público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “in Direito Administrativo”. Atlas, 2002.

Toda atividade material que a lei atribuir ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Fica claro que os três elementos que compõem tal definição: Subjetivo, Material e Formal, permanecem, contudo, com alterações mínimas decorrentes da evolução, quanto sua concepção originária.

2.3 CARACTERÍSTICAS

As características dos serviços públicos são resultado de sua própria formulação conceitual, são os traços que determinam a fisionomia jurídica do instituto, pertinente com o serviço prestado, e com o regime jurídico sob a égide do qual ele é executado, que como já exposto, pode variar de acordo com o lugar e o tempo. No início havia uma concepção; com o tempo tal concepção foi sendo modificada, até chegar ao atual entendimento. Com isso as características também são alteradas.⁸

2.4 SUJEITO ESTATAL

O Estado visa o interesse público, sendo assim os serviços públicos se incluem como um dos objetivos do Estado, até mesmo porque o Estado tem a função de organizar o Povo em seu Território. Devido a isso, estes são criados e regulamentados pelo Poder Público, que também tem incumbência da fiscalização na prestação dos serviços, sejam estes prestados diretamente pela Administração Pública ou por terceiros que lhes façam às vezes.

Hoje a realidade social e econômica permite que o Estado crie mecanismos e delegue a particular à prestação, execução de determinados serviços que são atribuídos em lei como públicos. Contudo, essas modalidades, seja permissão ou concessão, não descaracterizam totalmente o regime público do serviço prestado, uma vez que o Estado sempre se reserva no poder jurídico de regulamentar, alterar e fiscalizar.

A parcialidade do regime público, contida no conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro; esta é a razão que a Constituição Federal atual dispõe no sentido que é ao Poder Público que incumbe competência da prestação dos serviços públicos, como elencado no artigo 175, da Carta Magna.

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “in Direito Administrativo”. Atlas, 2002.

IV - a obrigação de manter serviço adequado.⁹

2.5 INTERESSE COLETIVO

Exercendo a função de gestão de interesses da população, ou seja, interesses coletivos, o Estado não pode desviar-se do seu objetivo e propiciar ao povo seus direitos e comodidades a serem usufruídas por estes.

Existem muitos tipos de interesses coletivos, uma diversidade que exige sua classificação em *primários ou essenciais*, de um lado, e *secundários ou não-essenciais*, de outro. Como a própria denominação menciona os serviços essenciais, devem ser prestados com maior eficiência, pois o Estado está atendendo diretamente a população. Entretanto, todos os serviços públicos hão de vislumbrar o interesse coletivo, sejam estes primários ou secundários.

Uma peculiaridade é que o caráter que define os serviços públicos não tem parâmetros previamente definidos, com isso pode ocorrer uma variação de acordo com o lugar e o tempo em que a atividade ou o serviço são desempenhados. Levando isto em consideração, há países em que um determinado serviço se configura como essencial, ao passo que em outro não passa de atividade secundária.

No entanto, hoje no Brasil temos noção de serviços essenciais, que influem diretamente na vida dos cidadãos. Alguns serviços, pela sua natureza, são considerados essenciais e também são determinados por lei. Em nosso ordenamento jurídico, a lei 7.783, 28 de junho de 1989, art. 10, menciona os serviços ou atividades que são consideradas essenciais.

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II - assistência médica e hospitalar;
- III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV - funerários;
- V - transporte coletivo;
- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII - telecomunicações;
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI compensação bancária.¹⁰

⁹ Artigo 175 da Constituição Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

¹⁰ Lei 7.783 de 28 de Junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>

2.6 REQUISITOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Os requisitos do serviço público são sintetizados em princípios que a Administração Pública deve seguir, nunca se afastando de tais premissas. A prestação do serviço público deve ser assegurada aos usuários de forma adequada, que satisfaça as exigências estabelecidas em lei. São os seguintes requisitos:

- **Regularidade** – os serviços devem ser fornecidos de forma regular, observando os parâmetros determinados em lei;
- **Continuidade** – a continuidade, para que sejam atendidos a todos, pois a interrupção da prestação de serviços pode gerar um colapso e prejudicar os cidadãos;
- **Eficiência** – de forma ágil, célere e com maior qualidade;
- **Segurança** - de modo a resguardar aos usuários e prestadores do serviço;
- **Atualidade** - sempre utilizando de mecanismos e tecnologias que visem melhorar a qualidade da prestação, inovação;
- **Generalidade** – abrangendo a todas e de acordo com os preceitos da Carta Magna;
- **Cortesia na prestação** - sempre ao se realizar a prestação e execução do serviço, observar os éticos e morais;
- **Modicidade das tarifas** – ajustando valores justos referentes às remunerações dos serviços;

3 PRINCÍPIOS

Princípios são alicerces, bases nas quais os institutos, aonde as normas vão se vincular. Os Princípios têm a função de ajudar na consolidação e interpretação das normas. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, elenca os Princípios norteadores da Administração Pública.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)¹¹

Como já visto, todos os seguimentos da Ciência Jurídica são pautados por Princípios que formam sua base, basilares, em que são edificados seus institutos, e, em se tratando de serviços públicos, interesse da coletividade, o Estado ou seus delegados devem obedecer a estes *Standards* condizentes com o serviço prestado, os destinatários e o regime a que se sujeitam.

Como bem se nota, existem aspectos particulares a cada tipo de serviço, mas, de outro lado, avultam outros vetores, de caráter genérico, que devem estar presentes na prestação de todas as modalidades. Esses aspectos genéricos constituem os princípios, na forma como apontados pelos doutrinadores.

Estão presentes em todo ordenamento jurídico e fazem parte das doutrinas, sendo os alicerces

¹¹ Artigo 37 da Constituição Federal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

de todos os institutos, seja qual for o ramo do direito. No caso em tela vai-se destacar o Princípio da Continuidade do Serviço Público.

3.1 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

Entre os vários princípios do Direito, existe o Princípio da Continuidade do Serviço Público, o qual visa não prejudicar a prestação dos serviços públicos em face da população, uma vez que determinados serviços considerados essenciais não podem ser interrompidos.

Celso Ribeiro Bastos “in Curso de direito administrativo, (1996, p. 165.)”, é um dos doutrinadores que defende a não interrupção do serviço público essencial:

O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade. [...]

Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento, como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso de fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou do seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança e a própria ação cominatória.

Tal premissa dentro do direito administrativo aduz que os serviços públicos não podem sofrer paralisação, ou seja, a prestação dos serviços deve ocorrer de forma contínua, buscando evitar a paralisação, pois caso isso ocorra pode haver prejuízo aos cidadãos, já que a paralisação pode causar e sempre causa um colapso nas múltiplas atividades que deixam de ser executadas.

A continuidade que este princípio menciona visa estimular o Estado a não deixar de prestar em hipótese alguma suas funções quanto aos serviços públicos, e ainda ao aperfeiçoamento dos serviços prestados, de modo a ter maior qualidade e eficiência, valendo-se, caso seja necessário, de recursos tecnológicos, adequando as atividades e serviços às exigências da população.

A regra é que a atividade administrativa e o serviço público não podem ser interrompidos, e devem ser prestados de forma obrigatória e ininterrupta pelo Estado. Mas, ao passo que se estuda tal Princípio, dois temas são muito discutidos acerca de tal premissa; o primeiro refere-se às causas de suspensão dos serviços públicos. E segundo é a questão do direito de greve.

4 CAUSAS DE SUSPENSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Ao falar sobre o Princípio da Continuidade do Serviço Público, não se pode deixar de abordar o estudo das causas e possibilidade de suspensão do serviço público. Tal assunto merece

destaque, visto que tais possibilidades têm gerado muitas discussões nos Tribunais e entre os juristas.

Há dois pontos a serem levados em consideração e analisados. O primeiro refere-se às hipóteses em que o usuário do serviço deixa de observar os requisitos técnicos para a prestação, ou seja, atender as condições mínimas para que o serviço lhe seja prestado. Neste caso o Poder Público pode suspender a prestação do serviço, pois tem a incumbência de prestá-lo, e o particular beneficiário tem o dever de adequar-se devidamente para possibilitar a prestação do serviço. Assim, quando esse readequar-se para o recebimento do serviço, terá o direito de ter este restabelecido.¹²

Existem ainda situações de suspensão decorrentes do não pagamento de determinado serviço por parte do usuário, o que gera inúmeras divergências e discussões doutrinárias nos Tribunais Superiores, e com amparo de alguns estudiosos, há correntes que entendem que se devem distinguir neste caso os serviços Compulsórios e os Facultativos.¹³

Serviços Facultativos são os que têm coerência com a facultatividade em sua obtenção, e quanto a estes o entendimento é que o Poder Público pode suspender sua prestação no caso de inadimplemento do usuário, é o que acontece como exemplo, nos serviços que na maioria dos casos são prestados por concessionários, cuja suspensão é expressamente autorizada pela Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre concessões de serviços públicos:

Lei nº 8.987/95:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.¹⁴

Mas, tratando-se de serviços compulsórios, aqueles que o Estado têm a obrigação de prestar indistintamente, como exemplo os serviços de saneamento básico. Nestes tipos de serviços não é permitida a sua suspensão, e por serem remunerados (pagos) por taxa, a Fazenda Pública tem meios para cobrança da dívida, caso o ocorra inadimplemento.

¹² Superior Tribunal de Justiça, Acórdãos – Serviço Público

¹³ Superior Tribunal de Justiça, Acórdãos – Serviço Público

¹⁴ Lei Lei Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>

No que se refere remuneração dos serviços, esta gera grande controvérsia a respeito do tema, a doutrina tem entendido que os serviços públicos específicos e divisíveis podem ser remunerados por taxa ou tarifa, de acordo com a natureza do serviço prestado.

No caso dos serviços compulsórios, estes são prestados pelo Estado investido de seu “*ius imperii*”, sendo inerentes à sua soberania, de forma que não podem ser transferidos ao particular, pois visam apenas a cobrir os custos da execução.

Já nos serviços facultativos, a remuneração tem caráter contratual, pois os serviços possibilitam a obtenção de lucro, por ser delegada sua execução a particulares, e o próprio Estado, quando os executa, despe-se de sua potestade, atuando como particular. Exemplos são: tarifa de transportes, de energia elétrica, de uso de linha telefônica, e com algumas divergências o abastecimento de água.

No que se refere ao serviço de abastecimento de água, ocorrem muitas divergências quanto à possibilidade ou não de suspensão do serviço. Existem várias decisões judiciais quanto a tal assunto.

Nos entendimentos atuais há muitas divergências entre o entendimento majoritário mostrando diverso da tendência atual, pois com as inúmeras privatizações desses serviços através do regime de concessão, a atividade passa a ter maior caráter negocial, sendo paga, então, por tarifa, e, desse modo, passível de suspensão por falta de pagamento, pois fica clara também a obtenção de lucro por parte da concessionária.

Existem algumas decisões adotando tal posição. O Supremo Tribunal Federal, reiterando posição já assumida anteriormente, decidiu expressamente que remuneração do serviço de água se caracteriza como preço público (tarifa) e, conseqüentemente, não tem natureza tributária. Alguns estudiosos entendem que tal preço deva ser fixado por decreto do Poder Executivo.¹⁵

O Superior Tribunal de Justiça não discrepou dessa posição, bem tratando da questão. Admitindo a interrupção do fornecimento em virtude de inadimplemento do usuário, entendeu que a norma de incidência não seria a do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a continuidade dos serviços essenciais, mas sim do art. 6º, § 3º, II, da lei nº 8.987/95, que, disciplinando as concessões de serviço público, autoriza expressamente aquela providência por parte de concessionário. Levada a questão à 1ª Seção do mesmo tribunal, ficou confirmada a posição, o que alguns estudiosos acreditam ser irreparável, e o mesmo tribunal classificou contraprestação do usuário como tarifa.

Não obstante, o entendimento para a suspensão dos serviços só é admitida no caso haver débitos atuais, ou seja, os decorrentes do próprio mês de consumo, ou dos anteriores próximos. Nos casos de débitos pretéritos, isoladamente considerados, a concessionária deve valer-se dos meios ordinários de cobrança. Caso contrário estaria o consumidor sofrendo constrangimento, o que não é aceitável, e vedado no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 42.

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal, Acórdãos – Serviço Público

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese denegano justificável.¹⁶

Regulamentando tal princípio no que concerne a saneamento básico, a lei nº 11.445, de 05 de Janeiro de 2007, existe uma controvérsia. De acordo com a nova lei, os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, ambas as espécies dos serviços gerais de saneamento básico, devem ser remunerados preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, podendo ainda ser fixados para apenas um deles ou para ambos.

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços:

I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário: preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente;

II - de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos: taxas ou tarifas e outros preços públicos, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades;

III - de manejo de águas pluviais urbanas: na forma de tributos, inclusive taxas, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades.

§ 1º Observado o disposto nos incisos I a III do caput deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes:

I - prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública;

II - ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços;

III - geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço;

IV - inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos;

V - recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência;

VI - remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços;

VII - estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços;

VIII - incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços.

§ 2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.

¹⁶ Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>

Conseqüentemente, a mesma lei admite que os serviços possam ser interrompidos pelo prestador, conforme artigo 40.

Art. 40. Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses:

I - situações de emergência que atinjam a segurança de pessoas e bens;

II - necessidade de efetuar reparos, modificações ou melhorias de qualquer natureza nos sistemas;

III - negativa do usuário em permitir a instalação de dispositivo de leitura de água consumida, após ter sido previamente notificado a respeito;

IV - manipulação indevida de qualquer tubulação, medidor ou outra instalação do prestador, por parte do usuário; e

V - inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado.

§ 1º As interrupções programadas serão previamente comunicadas ao regulador e aos usuários.

§ 2º A suspensão dos serviços prevista nos incisos III e V do caput deste artigo será precedida de prévio aviso ao usuário, não inferior a 30 (trinta) dias da data prevista para a suspensão.

§ 3º A interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas.¹⁷

De acordo com o dispositivo legal, acima citado, é admissível a suspensão, caso o serviço seja remunerado (pago) por tarifa, mesmo que possua natureza compulsória, decorrente da lei. Mesmo com essa posição parcialmente pacificada, há decisões que entenderam inadmissível a suspensão do serviço, mesmo pago por tarifa, quando o usuário e o Poder Público. Em litígio entre a Companhia Energética de Minas Gerais e determinado Município, assentou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que:

A concessionária dos serviços de energia elétrica não pode interromper o fornecimento aos prédios públicos, mesmo que o município esteja em débito, sobrelevando o interesse público ao da empresa.¹⁸

Na análise do caso existe entendimento que esta posição não seria a mais adequada, haja vista que o poder público, nessa hipótese e para alguns, age como mero contratante de serviços e, se é inadimplente com tais obrigações de natureza negocial, deixa de observar os requisitos legais, e assim fica em descumprimento da sua obrigação de pagamento. Esse é um ponto pouco discutido, mas que para alguns é tido como descaso e incompetência dos

¹⁷ Lei Nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>

¹⁸ Posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Administradores do Estado, onde não se pode afastar o basilar do princípio da continuidade e deve se promover a responsabilidade dos agentes públicos.

É justo reconhecer, contudo, que, pelo menos, já se admitiu a interrupção do serviço de energia elétrica por inadimplência de empresa prestadora de serviço público essencial de interesse coletiva; tal decisão evidencia a natureza contratual do serviço de energia elétrica.

Em outra decisão, o Superior Tribunal de Justiça procurou conciliar a situação de inadimplência e a natureza do devedor:

Sendo inadimplente município na obrigação do pagamento da tarifa de energia elétrica, ficou decidido que a suspensão do serviço poderá atingir certos órgãos (ginásio de esporte, piscina municipal, biblioteca, almoxarifado, paço municipal, a câmara Municipal, Correios, velório, oficinas e depósito), mas não poderá alcançar serviços essenciais (escolas, hospitais, usinas, repartições públicas).¹⁹

O Código de Defesa do Consumidor, Lei Nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990, em seu artigo 22, assim preleciona:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

No entanto, não elenca quais são os serviços essenciais. Neste caso é válido usar do instituto da analogia. A Lei Nº 7.783, de 28 de Junho de 1989, em seu artigo 10, enumera os serviços ou atividades que são considerados essenciais:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

¹⁹ Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, Pesquisa: Serviço Público. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=servi%E7o%20p%FAblico>

5 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO E O DIREITO DE GREVE

Diante do caráter de continuidade das mencionadas atividades e serviços, elencadas na legislação esparsa e na Constituição Federal, considerados essenciais, que muitas vezes integram a dignidade humana, gera grande discussão a respeito do direito de greve no tocante aos prestadores dos serviços públicos essenciais, direta ou indiretamente.

Ao mencionar no Princípio da Continuidade do Serviço Público e o Direito de Greve, logo vem o questionamento de que se são serviços essenciais e que a paralisação pode gerar danos ao cidadão que necessita dos serviços. Seria inviável a paralisação em Greve. Contudo, há os casos descritos em lei, o entendimento dos tribunais e as correntes doutrinárias sobre o tema.

O artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, reconheceu o direito de greve para os servidores públicos. Contudo, o legislador constituinte estabeleceu que tal direito para ser exercido dependeria de regulamentação em lei. Anteriormente era por meio de lei complementar, mas com a Emenda constitucional nº 19, de 1998, o texto passou a mencionar lei específica determinando seus parâmetros.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]

~~VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar;~~

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)²¹

Contudo, hoje a única lei que menciona sobre tal direito é a Lei Nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

Levando em consideração o texto constitucional atual, fica claro que na teoria, enquanto não for editada a referida lei específica para regular o exercício do direito de greve do servidor público, tal exercício fica inviável, mas o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de aplicar por analogia a atual Lei específica de Greve acima citada.

Observando tal diploma legal, percebe-se que não se trata, obviamente, de lei ordinária reguladora, específica do exercício de greve dos servidores públicos, mas de empregados regidos por contrato de trabalho.

²⁰ Lei Nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>

²¹ Artigo 37 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

Os limites para o exercício da greve ou mesmo sua proibição, em determinados casos, seja para algumas categorias específicas de empregados ou de funcionários públicos, justifica-se não em razão de sua condição, mas sim devido à natureza dos serviços prestados, que são atribuídos em lei como públicos, essenciais, inadiáveis, abrangidos pelo princípio do interesse público sobre o privado e princípio da continuidade do serviço público.

Os serviços públicos, sejam essenciais ou não, podem ser prestados pelos trabalhadores do setor privado quanto do pelos trabalhadores "servidores" setor público, cuja paralisação não pode causar danos aos outros interesses tutelados constitucionalmente, como aqueles possuidores de caráter de segurança, saúde, vida, integridade física e liberdades dos indivíduos.

Com estas concepções, fica claro entender que não se justifica desta forma o tratamento díspar, onde existe razão igual, devendo ser a regulamentação e solução isonômica, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Hoje existem a respeito deste assunto, que gera muita polêmica, dois posicionamentos para se analisar:

O primeiro posicionamento, que é minoritário, entende que o disposto no artigo 37, inciso VII da Carta magna, trata-se de eficácia contida, ou seja, não seria possível o exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos.

Já o outro entendimento, segundo posicionamento, que é o majoritário, entende que como o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em concordância com a maioria, tratar-se de norma de eficácia limitada e não de eficácia contida, conforme primeira posição. Assim, a greve exercida sem a lei é ilegal, cuja consequência jurídica é o desconto dos dias não trabalhados, mas admitindo-se a possibilidade de adoção do regime de compensação.

A demissão só é cabível nos casos de infração grave, e o exercício do direito de greve não configura falta grave, não sendo permitida a pena de demissão. Assim, a greve, por si só, não pode justificar a demissão.

Para os casos como este, quando o Congresso Nacional deixa de regular uma lei, cabe Mandado de Injunção. Mas como o Congresso Nacional se mantinha inerte, levando o Supremo Tribunal Federal a tomar uma atitude prática nos Mandados de injunção 670, 708 (traz a solução do problema) e 712: enquanto não vier a lei própria do servidor, aplica-se a Lei 7783/89, que regula a greve dos trabalhadores privados.

Ao se questionar se é possível o exercício do direito de greve, a resposta mais adequada é sim, com fulcro no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal. Entretanto, a lei menciona que tal direito deverá ser regulado por uma lei específica, e, como tal Lei ainda não fora criada, o entendimento Majoritário é que se aplica por analogia o disposto na Lei Nº 7.783, de 28 de Junho de 1989 que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências, de acordo com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Como já mostrado, no caso dos servidores públicos exercerem o direito de greve, aplica-se o disposto na Lei que regula tal instituto aos demais trabalhadores privados, sendo que no caso

de greve o Estado pode penalizar o servidor com o desconto dos dias de paralisação, sendo que tais valores descontados não obrigam o Estado ao reembolso.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do apresentado, é possível concluir que os serviços públicos são indispensáveis à população e manutenção do Estado. A noção quanto a sua concepção e evolução variou de acordo com o tempo, desde seu surgimento, e ao se basear no princípio da continuidade, fica claro que os serviços não podem ser paralisados em sua totalidade.

É possível constatar que serviço público é toda atividade prestada pelo estado ou por seus delegados que lhe faça às vezes, no termos do conceito apresentado, os serviços básicos são aqueles elencados na legislação vigente e podem variar de acordo com o local e o tempo, os limites para paralisação são os estabelecidos nos entendimentos dos Tribunais Superiores.

Os objetivos do presente trabalho foram atingidos, como se demonstra no Referencial Teórico, a Hipótese é válida, haja vista a realidade de nosso país, e os constantes problemas encontrados pelos cidadãos e o gigantesco descaso por parte dos representantes políticos, deve se promover a responsabilidade civil dos que de forma omissiva ou comissiva deixa os serviços públicos serem paralisados em sua totalidade, para que não haja prejuízo algum a população.

7 REFERÊNCIAS

1. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
2. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003
3. MELLO, Celso Antonio Bandeira de Mello. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. Revista dos Tribunais, 1975.
4. TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.
5. RIBEIRO BASTOS, Celso. **Curso de Direito Administrativo**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
6. BRASIL. Lei Nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília de 29 de jun. de 1989. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm> Acesso em: 3 de out. 2011.
7. BRASIL. Lei nº Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília de 12 de set. de 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 3 de out. 2011.

8. BRASIL. Lei Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília de 14.2.1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em: 3 de out. 2011.
9. BRASIL. Lei Nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília de 8 de jan. de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm> Acesso em: 3 de out. 2011.
10. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção nº 670. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>> Acesso em: 3 de out. 2011.
11. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudências. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=servi%E7o%20p%Fablico> Acesso em 3 de out. 2011.

A UNIÃO CIVIL HOMOAFETIVA

Diego Adeodato Manete²²

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem como objetivo principal explicar sobre a viabilidade constitucional do casamento civil entre pares do mesmo sexo no Brasil. Visa ainda analisar e mostrar os problemas que esses casais têm enfrentado na conquista de seus direitos no decorrer dos anos, e apontar quais seriam os dispositivos legais e sociais responsáveis por essa privação, bem como demonstrar os dispositivos a favor do aludido tema. Para uma clara abordagem sobre o assunto, fora realizada a exposição de lineamento histórico, conceitos, princípios, entendimentos da doutrina, posicionamento adotado pelos Tribunais, e apresentadas as circunstâncias que as uniões civis homoafetivas se encontram e como os direitos inerentes a elas são tratados no Brasil, e também em outros países. Além disso, nesta monografia há a amostra de como o preconceito ainda está enraizado na sociedade, tal qual o descaso por parte das autoridades competentes, e como estas atitudes influem diretamente na vida dessas pessoas que constituem esse novo núcleo familiar. Logo, a importância do tema, apesar de complexo, se exhibe com muita relevância para o universo jurídico e sua resolução faz-se respeitável na conquista dos direitos dos homossexuais, e na busca pela igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Matrimônio. Família. Direito. Sexualidade. Discriminação.

ABSTRACT

This conclusion of course work mainly aims at explaining about the constitutional viability of civil marriage between same-sex couples in Brazil. It also aims to analyze the problems and show that these couples have faced in achieving their rights over the years, and point out what are the legal and social responsible for that deprivation, as well as demonstrate the devices for the aforementioned theme. For a clear approach on the subject, carried out the exposure guideline of history, concepts, principles, understandings of the doctrine, position taken by the courts, and given the circumstances homoafetivas civil unions and the rights attached to them are treated in Brazil, and in other countries too. In addition, this monograph is a sample of how prejudice is still rooted in society, like the disregard by the authorities, and how these attitudes directly influence the lives of these people that make up this new family. Therefore, the importance of the topic, although complex, is exhibited with great relevance to the legal universe and its resolution is made in achieving respectable gay rights and the quest for equality.

Keywords: Marriage. Family. Law. Sexuality. Discrimination.

1 INTRODUÇÃO

A união civil entre pares de um mesmo sexo caracteriza-se basicamente por ser um assunto extremamente polêmico e um divisor de opiniões. Este trabalho visa adentrar neste universo e apontar conceitos inerentes ao tema, com o escopo de verificar a possibilidade da regularização da união civil homoafetiva no Brasil.

²² ²² Bacharel em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES - UNIVEN

O casamento nem sempre representou importância para o ser humano, no entanto, a partir de meados do Império Romano este passou a ser identificado como objeto de estudo para o universo jurídico, e após este momento tal instituto passa a ter grande relevância para o Direito, levando em consideração a complexidade do mesmo.

A união estável foi um grande passo na conquista dos direitos dos homossexuais, contudo, é natural que qualquer casal que se ame, queira se casar com todas as formalidades da lei. E é neste sentido, que este trabalho aponta também uma visão sociológica e psicológica a respeito do tema.

O preconceito se apresenta ainda como grande barreira na vida dessas pessoas, especialmente em relação à legalização da união civil, onde preceitos pessoais e religiosos se sobressaem, impedindo diretamente que o Estado exerça seu papel como garantidor de direitos, tendo em vista os conceitos trazidos pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Igualdade, que acabam sendo atropelados.

2 HOMOAFETIVIDADE

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO A RESPEITO DA HOMOSSEXUALIDADE

Contar a história da homossexualidade trata-se de uma grande volta ao passado e levanta questões que muitos desconhecem, e que são consideradas por muitos temas que surgiram recentemente. A homossexualidade tem se apresentado de diversas formas com o passar dos séculos, tendo sido muitas vezes aprovada, e em outros momentos considerada prática repulsiva e condenável.

Na história da humanidade os atos sexuais realizados entre pessoas de um mesmo sexo são avaliadas desde os primórdios da evolução humana, na época em que o ser humano ainda vivia em bandos e era nômade. Nesse período as práticas sexuais se davam naturalmente, entre indivíduos de um mesmo grupo e indiscriminadamente por não possuírem conhecimento a respeito da reprodução e não fazerem distinção a respeito da anatomia relativa aos sexos, o que os tornava bissexuais.

Mais adiante em outro contexto, mais precisamente no Egito antigo, as práticas homoafetivas são relatadas. E esta é responsável pelo primeiro registro de um casal formado por pessoas de um mesmo sexo na história, e que teria vivido há aproximadamente 2.400 a.C..

Na Grécia antiga, a homossexualidade também se manifesta, e nesse momento, esta é aceita pela sociedade da época. As práticas sexuais entre homens mais velhos com jovens era tida como uma forma de adquirir conhecimento. Ao completar 12 anos de idade, aos meninos era permitido ter relação com seus tutores, contanto que este consentisse, e sua família também. Tal situação perdurava até o indivíduo completar 18 anos de idade e após isso, poderia torna-se tutor, e quando estivesse prestes a completar 25 de idade deveria se casar.

Segundo relatos históricos, o filósofo Sócrates seria adepto a essas práticas e considerava as relações sexuais entre homem e mulher como tão somente para a disseminação da espécie. Outro famoso filósofo também desta época que era homossexual, foi Platão.

Fazendo um comparativo entre Grécia e Roma, vê-se que a ideia tida em relação à prática homossexual é basicamente a mesma. No entanto, em Roma apenas a pederastia, que é a prática sexual de um homem mais velho como parte dominante na relação com outro mais jovem como a parte submissa era aceitável, mas se a situação fosse a inversa, a referida prática era abominada e discriminada socialmente.

2.2 A HOMOSSEXUALIDADE NA SOCIEDADE ATUAL E O PRECONCEITO

Após muitos anos de discriminação, marginalização e rejeição social que têm sofrido os homossexuais, pode-se dizer que atualmente a situação é bem mais aceita. Não se pode afirmar com certeza que é totalmente aceita, no entanto, deve-se reconhecer que há mais respeito e tolerância por parte das pessoas.

Com as novas concepções sociais e do que seria justo e ético, as pessoas tiveram de se adaptar a essa realidade e respeitar as diferenças em relação às crenças e filosofias pessoais, à religião, à opção sexual, à diversidade étnica e tudo mais que fosse considerado diferente.

Para os padrões da sociedade atual qualquer forma de preconceito não é bem visto, e por isso, mesmo que alguém não concorde com alguma situação, este não deve ter atitudes de desprezo ou cometer atos de represália, pelo contrário, deve apenas respeitar.

No Brasil há ainda um sério problema em relação ao preconceito contra os homossexuais, no entanto, este se propaga de forma velada e muitas vezes é disseminado dentro de casa, inicialmente, e posteriormente, se fortalece por outros meios sociais.

A situação supramencionada é um grande problema, pois contribui na formação de pessoas intolerantes e muitas vezes covardes e criminosas. Comumente vê-se em noticiários e outros veículos de comunicação casos de homossexuais que são mortos ou agredidos por grupos específicos de pessoas.

De acordo com Jinkings (2011, p. 1):

Em 2010, 260 *gays*, travestis e lésbicas foram assassinados no Brasil. De acordo com um relatório do Grupo Gay da Bahia (GGB), divulgado hoje (4), a cada um dia e meio um homossexual brasileiro é morto. Nos últimos cinco anos, houve aumento de 113% no número de assassinatos de homossexuais. Apenas nos três primeiros meses de 2011 foram 65 assassinatos.

Os dados supramencionados são bastante elevados, e provam que ainda há uma grande incidência desse tipo de crime no Brasil. E da mesma forma para perpetuar o preconceito, muitos grupos se valem de redes sociais na internet, criando grupos ou comunidades, fazendo apologia à discriminação aos homossexuais, na tentativa de fazer com que mais pessoas sejam incluídas nesses grupos.

No entanto, em contra resposta também há muitos grupos e organizações com a finalidade de defender e lutar pelos direitos dos homossexuais, o que também mostra que a sociedade de certa forma passa a refletir e repensar alguns assuntos antes tidos como inadmissíveis.

Durante muito tempo, para os homossexuais a questão da inserção no meio social e também no mercado de trabalho foi uma longa caminhada, pois o campo de mercado era bastante limitado, tendo em vista a discriminação. Hoje em dia, tal questão tem se mostrado bem mais flexível, sendo que os homossexuais atuam nas mais variadas áreas, mostrando que capacidade não tem nexos com a opção sexual das pessoas.

As redes de ensino e demais meios de comunicação também têm dado vazão a possibilidade para a discussão desses temas, o que ajuda a sociedade num todo a compreender melhor e desmistificar algumas questões muitas vezes mal interpretadas e ao mesmo tempo a educar, fazendo com que a cidadania seja exercida de forma justa e sadia.

Em relação às questões inerentes a opção homossexual, há uma série de controvérsias e que vem sendo discutidas e estudadas por médicos, antropólogos, psicólogos e outros profissionais. Se durante um tempo ela foi considerada doença, felizmente, esta definição fora retirada pela Organização Mundial de Saúde.

Atualmente, o debate para se descobrir quais as causas da homossexualidade nas pessoas, apesar de relevante pela questão do conhecimento, se torna irrelevante no que diz respeito à dignidade das pessoas. E independentemente de suas causas, sejam elas quais for, fato é que a sociedade, em parte significativa, vem caminhando no sentido da busca pela isonomia e no respeito pelos homossexuais.

3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GARANTIDORES À UNIÃO HOMOAFETIVA

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está insculpido no artigo 1º, III Constituição Federal Brasileira de 1988, no rol dos direitos fundamentais, e prega que todas as pessoas indistintamente merecem a devida proteção a sua dignidade, levando em consideração puramente o fato de serem pessoas humanas.

Apesar de ser um princípio de suma importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é de uma grande complexidade, sendo tarefa difícil sua conceituação e motivo de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Tão importante quanto definir, é extremamente pertinente salientar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além de ser um princípio constitucional basilar é também parte do direito positivo.

Ademais, mesmo havendo tantas divergências em relação à definição do referido princípio, muitos doutrinadores apresentam vários conceitos sobre o mesmo. Segundo Sarlet (apud ALESSI, 2011, p. 1):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

No entender do doutrinador Moraes (apud LIMA, 2009, p. 1):

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Dessa forma, Bortoluzzi (2002, p. 1) explica que:

o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana encontra-se presente em tudo que guarde relação com a essência do ser humano, estando, assim, vinculada de forma indissociável com os direitos fundamentais (postulado no qual se assenta o direito constitucional contemporâneo), apesar desse liame praticamente se limitar ao reconhecimento da sua existência e da sua importância.

Destarte, a positivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não é o suficiente. É de grande importância que ele seja respeitado, pois, sendo o Estado um garantidor, possibilitar faculdade de escolha ao cidadão é uma de suas tarefas, e não impor barreiras, o que fere enormemente esse princípio.

Para reafirmar, explica ainda o já supracitado autor Bortoluzzi (2002, p. 1) que:

É, portanto, inquestionável que a liberdade (pois a dignidade possui respaldo na autonomia pessoal, na autonomia que tem o homem de formatar sua própria existência, ser sujeito de direitos; há reconhecimento geral ao livre desenvolvimento da personalidade), a garantia da isonomia de todos os seres humanos, (e aí se vislumbra a proibição de falar-se em tratamentos discriminatórios e arbitrários, não se podendo mais tolerar a discriminação racial, ou por motivos de religião, sexo, etc) e os direitos fundamentais são pressupostos e concretização da dignidade da pessoa.

Sendo assim, a união civil entre duas pessoas do mesmo sexo, encontra segurança no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tendo em vista que a sociedade atual, além da própria legislação vigente, não admitem mais comportamentos discriminatórios e preconceituosos de qualquer caráter, apesar de os mesmos ainda existirem.

No entanto, a sociedade contemporânea e a jurisprudência embasam-se na busca da integração do ser humano, e em tornar a vida da coletividade mais harmônica, independentemente de sua

condição, mas unicamente pelo fato do mesmo ser uma pessoa humana, podendo ter suas oportunidades ampliadas, seguindo assim os princípios trazidos no bojo da Carta Magna.

3.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O Princípio da Isonomia, também denominado de Princípio da Igualdade, é consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, caput, e preleciona que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o que significa que todos devem ser tratados de igual maneira, sem discriminação ou preconceitos.

No que versa Martins (apud MORAES, 2007. p. 31):

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os direitos albergados pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, vale frisar que o supramencionado princípio é considerado um dos mais importantes pilares para manutenção e sustentação de um estado democrático de direito. No pensamento de Barbosa (apud D'OLIVEIRA, 2010, p. 3) inspirado na ideia Aristotélica, explana que:

A regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualmente natural, é que se acha a verdade lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem.

Deste modo, o artigo 3º, IV, da Carta Constitucional de 1988 instituiu como objetivo fundamental da República, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Assim sendo, tal dispositivo é um dos vários exemplos que visa a implementação da igualdade pelo Estado brasileiro.

Ante o exposto, o Estado deve tratar a todos os seus cidadãos com o mesmo respeito, consideração e importância, e ainda deverá promover as devidas condições para que a igualdade seja real e efetiva, e também deverá tomar medidas a favor dos grupos minoritários discriminados ou marginalizados.

Nesse sentido, vendo a importância do assunto e na tentativa de suprimir a omissão em relação à legislação positivada, alguns tribunais, em especial o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pioneiro no Brasil sobre os temas pertinentes a união homoafetiva, tem se baseado nos Princípios Gerais do Direito, sobretudo o Princípio da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana, para pacificar a questão.

3.3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Segundo Silva (2010, p. 234) é na liberdade:

que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que constroem, mais liberdade conquista.

Nesse sentido ressalta Herkenhoff (apud JÚNIOR, 2004, p. 2):

O direito à liberdade é complementar do direito à vida. Significa a supressão de todas as servidões e opressões. A liberdade é a faculdade de escolher o próprio caminho, de tomar as próprias decisões, de ser de um jeito ou de outro, de optar por valores e idéias, de afirmar a individualidade, a personalidade. A liberdade é um valor inerente à dignidade do ser, uma vez que decorre da inteligência e da volição, duas características da pessoa humana. Para que a liberdade seja efetiva, não basta um hipotético direito de escolha. É preciso que haja a possibilidade concreta de realização das escolhas.

Portanto, deve-se considerar a liberdade de escolha das pessoas, e para que isto tenha realmente efeito, é preciso que o Estado, como um garantidor, não oprima o livre arbítrio de seus cidadãos.

Definir liberdade é algo bastante complexo e abrangente, e dentro do ordenamento jurídico, esta tarefa não é diferente. Tendo em vista esse problema, é imprescindível analisar o pensamento de Kelsen afirmando que "tudo o que não está expressamente proibido, está implicitamente permitido".

Dessa forma, segundo Júnior (2004, p. 2):

Uma vez que o legislador é impossibilitado, pela própria natureza intrínseca de ser humano, de prever todas as possibilidades de ações, este mesmo legislador preferiu, implicitamente, reconhecer que tudo o que não for expressamente normatizado através do ordenamento jurídico positivo, enquadra-se na categoria de ações "facultativas", as quais, podem, ou não, ser realizadas, de acordo, única e exclusivamente, com a vontade do indivíduo diretamente interessado, posto que é um princípio intimamente ligado com o da liberdade.

Seria contraditório assim, conceder liberdade a uma pessoa homossexual de seguir sua condição e sendo respeitado pelo resto da sociedade, e ao mesmo tempo restringi-la de certos direitos garantidos a outros grupos mais abrangentes.

Verifica-se assim, que esta situação se enquadra exatamente ao casamento de pessoas do mesmo sexo, pois pelo simples fato de não haver a devida regulamentação, tal situação já se torna uma forma de restrição de liberdade, e por isso, estas pessoas acabam buscando a tutela jurisdicional para ter essa liberdade garantida, efetivamente.

3.4 RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NO BRASIL

Dentre as constantes mudanças dos costumes da vida social moderna, destaca-se a união estável, que está tipificada na Carta Constitucional de 1988, no artigo 266, §3º, e assim expõe:

Art. 226. A família base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Portanto, a partir desse reconhecimento inovador por parte da Constituição Federal que a união estável passou a ter segurança legal no sistema jurídico brasileiro.

Importante salientar que antes desse reconhecimento por parte da Lei das Leis, segundo Gonçalves (2009, p. 547), a união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, foi chamada durante longo período histórico, de concubinato.

No pensar de Bittencourt (apud GONÇALVES, 2009, p. 547 e p. 548), ao transcrever a lição de Errazuriz diz que:

A expressão concubinato, que em linguagem corrente é sinônima de união livre, à margem da lei e da moral, tem no campo jurídico mais amplo conteúdo. Para os efeitos legais, não apenas são concubinos, os que mantêm vida marital sem serem casados, senão também os que contraíram matrimônio não reconhecido legalmente, por mais respeitável que seja perante a consciência dos contraentes, como sucede com o casamento religioso; os que celebram validade no estrangeiro um matrimônio pelas leis pátrias; e ainda os que vivem sob um casamento posteriormente declarado nulo e que não reunia as condições para ser putativo. Os problemas do concubinato incidem, por conseguinte, em inúmeras situações, o que contribuem para revesti-los da máxima importância.

Tendo em vista a omissão de resguardo legal anterior a Constituição de 1988, sua tipificação ainda não fora suficiente, e a primeira regulamentação do dispositivo constitucional veio seis anos mais tarde por intermédio da Lei nº 8.971/1994, e assim estabeleceu:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separados judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se no disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Apesar do grande avanço em tentar legislar sobre a união estável, na intenção de melhor assegurar esse direito, foi apenas com advento da Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996, que união estável entre homem e mulher passa a ser vista como modelo de entidade familiar.

Desta forma, expressa o artigo 1º da lei nº 9.278/1996 que “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida como objetivo de constituição de família”.

Com a instituição do novo Código Civil Brasileiro, no ano de 2002, o legislador seguiu a mesma linha do exposto no artigo 1º da Lei 9.278/1996 em relação à união estável. Dessa forma, o artigo 1.723, caput, do novo diploma expõe que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida como objetivo de constituição de família”.

Entretanto, a união estável até então não havia sido tratada da maneira como deveria. Se por um lado, os dispositivos supramencionados ajudaram a solucionar o impasse entre os pares heterossexuais, os casais homoafetivos não tiveram essa possibilidade, deixando a questão mal resolvida.

A união estável de pessoas do mesmo sexo era uma situação já existente e que a sociedade brasileira e a legislação vigente se negavam a aceitar, tratando com descaso o problema. Nesse sentido, a recusa estatal de devida regulamentação da parceria amorosa entre homossexuais foi responsável pela privação de direitos igualitários a essas pessoas, deixando-as sem amparo legal.

Todavia, em um Estado democrático de direito, onde o reconhecimento da união estável se dá apenas para um grupo restrito de indivíduos, este deixa de ser um direito e passa a ser um privilégio, e um estado que prega o princípio da isonomia como basilar, não deveria fazer distinção entre seus cidadãos, adotando posturas preconceituosas, e fazendo com que filosofias e ideologias pessoais interfiram na evolução dessa sociedade.

3.5 A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Durante muito tempo em nossa sociedade, o modelo patriarcal de família era tido como o único padrão aceitável, sendo qualquer outra espécie de núcleo familiar considerado motivo para repúdio, desprezo e chacota por parte da comunidade.

Considera-se família patriarcal, aquele em que o pai é o chefe da família, tendo total autoridade sobre a mesma. Nesse tipo de família, cabia à mulher o papel de subordinação em relação ao homem, devendo fidelidade a este. A mulher durante muito tempo fora considerada submissa, e sua função tratava-se tão somente na criação dos filhos, e benevolência e respeito a seu esposo.

Com o passar dos anos, e com as transformações na sociedade a mulher fora conquistando seus direitos, tendo mais autonomia e liberdade. Foi perdendo esse rótulo de submissa e incapaz para conquistar seu espaço. Contudo, o modelo convencional de família ainda se destacava e era quase absoluto, sendo aquele composto por pai, mãe e filhos.

Ainda em decorrência das mudanças sociais provenientes da globalização e da vida contemporânea, junto com essa conquista de direitos das pessoas, especialmente a partir do advento da Constituição Federal de 1988, boa parte das pessoas não mais se enquadrava nesse modelo familiar, até então tido como o correto.

3.6 O CASAMENTO CIVIL POR PARES HOMOAFETIVOS NO BRASIL

O casamento civil no Brasil está positivado na Constituição Federal brasileira, em seu artigo 226, caput. Todavia, nota-se que legislador sabendo da importância jurídica do mesmo, quis resguardá-lo como um direito constitucional.

O que ocorre no Brasil atualmente é que o casamento civil é apenas permitido aos casais heterossexuais, sendo vedado aos casais homoafetivos. Contudo, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em uma decisão histórica para o país, foi favorável ao reconhecimento da união estável entre pessoas de um mesmo sexo.

Para alguns, a decisão do Excelso Tribunal fora errônea, pois não seria pertinente ao judiciário deliberar sobre o tema. No entanto, o que se percebe é que a situação era negligenciada por parte do Poder Legislativo, e assim sendo, o Poder Judiciário, respaldado no princípio da proteção judiciária, também denominado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pacificou a questão, tendo em vista a grande importância social da mesma.

Ademais, a união entre pessoas do mesmo sexo no Brasil já é uma realidade cada vez mais presente, e não se deve desrespeitar nem menosprezar tal condição, uma vez que, as pessoas de acordo com o Princípio da Liberdade, possuem autonomia para viverem da maneira que acharem mais conveniente, desde que não se voltem contra a legislação.

Nessa linha de raciocínio, de acordo com levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no ano de 2010 o Brasil possui no mínimo 60.002 casais homoafetivos. E como aponta Meissiner (2011, p. 1):

Há, no mínimo, 60.002 casais homossexuais no Brasil. Este número não pode ser desprezado. São cidadãos que merecem ter seus direitos respeitados como qualquer outro brasileiro. O que não acontece atualmente, haja visto não apenas a grande quantidade de agressões homofóbicas que temos visto noticiadas na mídia e os 78 direitos civis negados a GLTBs. Agora pode-se começar a dimensionar, por exemplo, o universo de casais homossexuais a quem são negados o direito fundamental ao casamento civil.

Ante o exposto, vale salientar que o preconceito em nosso país, apesar de todos os avanços e todo conhecimento, junto à inércia por parte das autoridades competentes, ainda se mostram como a principal barreira na concessão dos devidos direitos às famílias homoafetivas.

Além disso, verificam-se ainda alguns obstáculos impostos pela própria Constituição que entra em contradição, sendo que em seu artigo 1º, III, aponta o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e no seu artigo 3º, caput, garante o Princípio da Isonomia como princípios basilares, e em contrapartida, o artigo 226, §3º do mesmo diploma mensura que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar”.

Seguindo o lineamento do artigo 226, §3º da Carta Magna, apura-se que o artigo 1.517, caput, do Código Civil de 2002 versa que “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar”. Averigua-se ainda o artigo 1.514, caput do supracitado diploma, e assim expressa ”o

casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

Dessa forma, no lecionar de Gonçalves (2009, p. 126) “a diversidade de sexos constitui requisito natural do casamento, a ponto de serem consideradas inexistentes as uniões homossexuais”.

Segundo o código civil vigente, o casamento entre pares homossexuais não tem validade. Mas ainda assim, o maior impedimento estaria na Constituição Federal, e a esse respeito Bortoluzzi (2002, p. 2) salienta:

O empecilho maior está na Constituição Federal, uma vez que, conforme seu art. 226, o casamento pressupõe a heterossexualidade. Assim, somente por emenda constitucional poder-se-ia fazer uma leitura diversa do caput e parágrafos do referido artigo.

Por outro lado, mais uma vez, ressaltando a inércia do Legislativo, e assegurando o Princípio da Proteção Judiciária, o Poder Judiciário tem dado resposta aos problemas desses cidadãos brasileiros que durante muitos anos foram vítimas de agressão, represálias, preconceito e descaso por parte do resto da população.

Mesmo com a questão da união estável homoafetiva pacificada, enxerga-se ainda o casamento civil entre duas pessoas de um mesmo sexo como um grande tabu. No entanto, fora com a intenção de também dar uma solução a essa questão, que o Superior Tribunal de Justiça, criou uma importante e inédita jurisprudência a favor do casamento civil homoafetivo.

Duas cidadãs do Rio Grande do Sul impetraram recurso requerendo habilitação para o casamento, contudo, o pedido fora negado em primeira e segunda instância. No Superior Tribunal de Justiça, por quatro votos contra um, os ministros foram a favor do pedido, reconhecendo o direito a habilitação para o casamento.

De acordo com Mendes (2011, p 1), na decisão, em seu voto, o Relator do processo, o Ministro Luis Felipe Salomão assim se manifestou dizendo que:

Se é verdade que o casamento civil melhor protege a família e sendo múltiplos os arranjos familiares, não há de se discriminar qualquer família que dele optar, uma vez que as famílias constituídas por casais homossexuais possuem o mesmo núcleo axiológico das famílias formadas por casais heterossexuais.

Importante destacar que a referida decisão foi de suma importância na luta dos direitos dos casais homossexuais que apresentem a mesma pretensão, uma vez que não havia nenhum posicionamento sobre o tema. Vale dizer ainda, que essa decisão não tem efeito vinculante, todavia serve como relevante forma de orientação para os magistrados em lides semelhantes, levando em consideração que logo após a decisão do Supremo Tribunal Federal em maio de 2011, os juízes tem dado decisões desencontradas no que tange ao casamento civil homoafetivo.

Ademais, e é imprescindível mensurar que o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria tendência jurídica de acordo com Jaime Ásfora (apud Araújo, 2011), representante da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e diz que:

essa decisão é mais uma inflexão desse debate no país. O Supremo [STF] ter decidido de forma favorável à união estável foi um passo. Outros passos também foram importantes, como o próprio STJ ter decidido pela permissão de adoção por casais homossexuais. A tendência é que o ordenamento jurídico seja unificado.

A propósito, de acordo com o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, analisa-se que a decisão fora tomada levando em consideração o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Isonomia e o Princípio da Liberdade.

Importante frisar também, que todos os princípios inerentes à garantia dos direitos homossexuais são oriundos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada pelo Brasil em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, e seu artigo I expõe que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Questão essa que ratifica o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça que proferiu entendimento favorável ao casamento civil homoafetivo, levando em consideração tais valores estarem empregados no bojo da Carta Magna de 1988.

A Constituição Federal do Brasil prioriza dentro das entidades familiares a valorização do afeto. Logo, qualquer forma de restrição aos direitos dos casais homoafetivos, seria uma violação a todos os princípios suprarrelacionados, especialmente, ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Isonomia e da Liberdade, que são suficientes para afastar qualquer forma de preconceito e discriminação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um modo geral, o presente trabalho teve a intenção de fazer primeiramente um levantamento histórico a respeito da homossexualidade. O referido assunto, durante anos tem sido tratado com descaso, desrespeito, e é visto ainda hoje como um grande ponto polêmico.

Analisa-se que a sociedade ocidental, em especial, a brasileira tem estado mais aberta e interessada sobre o assunto, mostrando maior tolerância, aprendendo a respeitar e conviver com as diferenças. Mesmo a discriminação e a violência gratuita em função da opção sexual sendo assunto constante em noticiários e jornais, dados apontam que este índice vem caindo.

Os novos núcleos familiares compostos por pares de um mesmo sexo já são uma realidade no mundo todo, e no Brasil a questão fora alvo de grande repercussão tendo em vista a decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar e equiparou esses casais aos casais formados por pares heterossexuais no que diz respeito à união civil estável, concedendo àqueles direitos semelhantes.

Importante ressaltar ainda que, embora tenha sido de grande importância a decisão do Supremo, uma questão ainda fica pendente, que é a questão do casamento civil homoafetivo.

O reconhecimento e equiparação da união estável já é de extrema valia, e uma forte conquista pelos direitos dos homossexuais, no entanto, o casamento civil também é um direito pelo qual essas pessoas já vem buscando há algum tempo. Neste trabalho, fora abordado a conceituação de casamento, e nota-se que há grande divergência doutrinária. Fora exposta ainda, qual seria a natureza jurídica do casamento, sendo este também outro ponto bastante debatido na doutrina, e possuindo três correntes: a concepção clássica (contrato), a concepção institucionalista (instituição) e a concepção eclética ou mista.

Contudo, fora exposto também que a legislação não proíbe a união civil entre pessoas do mesmo sexo, mas também não a regulamenta. Questão esta, que a princípio seria de competência do poder legislativo deliberar, criando normas justas e adequadas resguardando o direito dos homossexuais.

Verifica-se que por negligência do próprio poder legislativo, e a falta de devido respaldo de normas que regulamentem o tema, esses casais para garantirem seus direitos tem ido em busca da tutela jurisdicional, que tem pacificado a questão.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça, em 25 de outubro de 2011, firmou entendimento e se manifestou favorável ao casamento civil de duas gaúchas que já vinham lutando na justiça há algum tempo.

Averigua-se que, tal decisão fora pronunciada para nortear e ajudar aos magistrados a tomarem suas decisões, uma vez que, após a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união estável de pessoas do mesmo sexo, tem havido um grande desacordo nas sentenças proferidas em casos similares.

Imprescindível relatar, que este trabalho de conclusão de curso a respeito do casamento civil homoafetivo e sobre a questão da homoafetividade, expõe que, apesar de todo conhecimento humano e todos os valores morais de conduta que a sociedade possui, boa parte da mesma ainda se mostra fechada para aceitação dessa realidade cada vez mais comum.

Ademais, também salientou-se a relevância social e antropológica sobre o tema, uma vez que o que está em jogo não se trata apenas de direito, mas como este, ou no caso, a falta deste, repercute tão diretamente na vida de muitas pessoas. Logo, constata-se que é de suma importância que a sociedade tenha uma resposta e que a questão seja pacificada da melhor forma possível.

5 REFERÊNCIAS

1. ALESSI, Dóris de Cássia. **A família homoafetiva e a dignidade da pessoa humana**. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19055/a-familia-homoafetiva-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 09 nov. 2011.
2. ARAÚJO, GLAUCO. **Casamento gay é tendência jurídica', diz OAB sobre decisão do STJ**. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/10/casamento-gay-e-tendencia-juridica-diz-oab-sobre-decisao-do-stj.html>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

3. BORTOLUZZI, Roger Guardiola. **A dignidade da pessoa humana e sua orientação sexual**. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6494/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-orientacao-sexual>>. Acesso em: 09 nov. 2011.
4. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
5. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
6. JINKINGS, Daniella. **A cada 36 horas, um homossexual é morto no Brasil**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-04-04/cada-36-horas-um-homossexual-e-morto-no-brasil>>. Acesso em: 09 Jun. 2011.
7. JÚNIOR, Enéas Castilho Chiarini. **A união homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos**. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4902/a-uniao-homoafetiva-sob-o-enfoque-dos-direitos-humanos/2>>. Acesso em 14 nov. 2011.
8. LIMA, Renata Fernandes. **Princípio da dignidade da pessoa humana**. 2009. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/14076/>>. Acesso em: 11 nov. 2011.
9. MEISSNER, GABRIEL MALLET. **Há pelo menos 60.000 casais homossexuais no brasil, segundo números oficiais do censo 2010**. 2011. Disponível em: <<http://entremundos.com.br/revista/casais-homossexuais/>>. Acesso em: 14 nov. 2011.
10. MENDES, PRISCILA. **STJ autoriza casamento gay para casal de gaúchas**. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/10/stj-reconhece-casamento-gay-para-casal-de-gauchas.html>>. Acesso em: 14 nov. 2011.
11. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
12. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

A APLICAÇÃO DA MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA: ADVERTÊNCIA

Elizia Ribeiro de Mattos Barboza²³

RESUMO

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz todos os direitos que as crianças e adolescentes tem para viver na sociedade, além dos direitos concedidos a todas as pessoas. Alguns adolescentes comentem alguns tipos de atos que não estão de acordo com a sociedade que eles estão inseridos, fazendo, portanto, que sejam repreendidos de alguma forma para que não possam cometer os mesmos atos. As medidas socioeducativas existentes é uma maneira diferenciada de punir os menores infratores, uma vez que estes não podem ter a mesma punição de uma pessoa que tenha maioridade. Essa monografia concentra-se na medida socioeducativa de advertência, onde visa identificar como essa medida é aplicada pelo judiciário ao menor infrator, bem como em quais casos essa medida é cabível para a solução de conflitos com esse menor. Para que os objetivos propostos neste estudo pudessem ter sido alcançados utilizou-se pesquisa exploratória, descritiva e bibliográfica sendo esta a base para a construção do referencial teórico. Este estudo proporciona como resultado que a advertência é aplicada pelo juiz através de uma conversa com a presença dos pais ou responsável, sendo que a advertência só é aplicada ao menor infrator que pratica ato infracional pela primeira vez, ou nos casos que os atos por ele praticado seja considerado pelo juiz de pequena gravidade.

PALAVRAS – CHAVES: Menor infrator. Direitos.

ABSTRACT

The Statute of the Child and Adolescent brings all the rights that children and adolescents have to live in society beyond the rights granted to all people. Some teens comment on some sort of acts that are not in agreement with the society they are inserted, making, therefore, to be reprimanded in some way so they can not commit the same acts. The existing educational measures is a different way of punishing juvenile offenders, since they can not have the same punishment for a person with age. This monograph focuses on the socio-warning measure, which aims to identify how this measure is applied by the judiciary to the juvenile offender, as well as cases in which this measure is appropriate for the solution of conflicts with the minor. For the purposes proposed in this study could have been achieved by using exploratory, descriptive literature and this being the basis for the construction of the theoretical. This study provides the result that the warning is applied by the courts through a conversation with the presence of parents or guardian, and the warning applies only to the juvenile offender who practices an infraction for the first time, or where the acts he practice is considered by the judge of small gravity.

WORDS - KEYS: Minor offender. Rights.

²³ Bacharel em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES - UNIVEN

1 INTRODUÇÃO

Até aproximadamente os anos 80, grande parte das famílias exercia muito bem a função de cuidar de seus filhos, era uma educação mais fácil de ser aplicada, pois os filhos obedeciam mais os pais já que pelo menos a mãe fazia-se presente no dia a dia das crianças. Com o passar dos anos, a presença dos pais passou a ser mais escassa na educação dos filhos, pais e mães saem para trabalhar e deixam seus filhos aos cuidados de terceiros que não tem nenhuma obrigação de educar essas crianças.

Surge uma geração de crianças que não sabem os limites que elas têm que ter. É muito comum ver nas famílias certas trocas, os pais dão brinquedos em troca de respeito. A função de advertir os filhos tornou-se cada vez mais difícil por causa da própria negligência familiar.

A sociedade passa a enfrentar um dos mais graves problemas sociais, filhos mal educados em casa tornam-se um menor infrator, cabendo ao Estado o papel de reeducar esses adolescentes para que possam voltar ao convívio da família e da sociedade.

Essa reeducação é feita através das medidas socioeducativas. Uma dessas medidas socioeducativas é a advertência, onde é de responsabilidade do juiz advertir verbalmente o menor infrator. Pretende-se com essa conversa alertar o adolescente do mal causado por ele a terceiros.

Tavares (2001, p. 239) diz que “a advertência é feita oralmente pelo juiz à pessoa do adolescente será lançada em termo assinado pelas partes presentes à solenidade, inclusive pais, tutores ou guardiães”.

Esta monografia concentrará em abordar a medida socioeducativa de advertência, procurando identificar em quais casos essa medida é cabível na solução de conflitos do menor infrator.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

A Carta régia de 1693, para muitos autores teria sido a primeira forma expressiva de cuidados com a infância brasileira, ela na época pedia uma proteção à Câmara e ao Conselho para que cuidassem das crianças que por ventura se encontrasse em situação de abandono. Ao serem acolhidas passariam a não viver mais expostas a situações de perigo correndo o risco de serem agredidas vivendo na rua.

De acordo com Campos (apud Alves, 2006, p. 22):

A legislação brasileira a respeito de menores teria surgido no Brasil com a Carta Régia de 1693, que determinava ao Governador da Capitania do Rio de Janeiro que ficasse com as crianças enjeitadas ou ao desamparo, aos cuidados da Câmara e dos bens do Conselho.

José Bonifácio, quando o Brasil vivia ainda na época da escravidão, começou a se preocupar com as crianças, no seu projeto havia uma preocupação maior com a mão-de-obra em que estas crianças estavam sujeitas na época do que com os direitos humanos delas. Na época o

que interessava era que todas as crianças negras contribuíssem de alguma forma com seu trabalho.

De acordo com Veronese (apud ALVES, 2006, p. 21):

O Estado Brasileiro, de forma ainda bastante embrionária começou a se preocupar com a criança, após sua independência política quando, na Constituição de 1823, José Bonifácio apresentou um projeto que visava o menor escravo. A linguagem desse projeto revelava mais uma preocupação com a manutenção de mão-de-obra, do que uma real consideração com os direitos humanos da criança escrava.

Na época do segundo império no Brasil, os pais escravos tiveram como direito que seus filhos não fossem separados deles quando pequenos, para esses pais foi uma conquista muito grande na época porque podia conviver com seus filhos, o que até então não era permitido. Com o passar do tempo as crianças e adolescentes foram conquistando mesmo que de forma muito lenta seus direitos na sociedade brasileira.

Ao mesmo tempo em que os direitos das crianças e adolescentes foram conquistados, houve a necessidade de distinção entre as crianças que agiam plenamente em acordo com os padrões da sociedade e aqueles que por algum descuido dos pais e sociedade acabavam praticando atos não aceitos. Surge, portanto, punições aos menores infratores ainda no ano de 1830.

De acordo com Alves (2006, p. 22/23) no ano de 1830, o Código Criminal do Império fez uma distinção entre menores infratores.

Quanto aos menores que houvessem praticado ato anti-social o Código Criminal do Império Brasileiro (1830) distinguia os infratores em 4 classes:

- Os menores com menos de 14 anos seriam presumidamente irresponsáveis, salvo se ficasse provado que tivesse agido com discernimento.
- Os menores com menos de 14 que tivesse agido com discernimento seriam recolhidos à casa de correção pelo tempo que o juiz parecesse conveniente. O recolhimento, entretanto, não podia exceder os 17 anos de idade do menor.
- Os menores com mais de 14 anos e menos de 17 anos ficariam sujeitos à pena de cumplicidade (dois terços da que caberia ao adulto) se ao juiz parecesse justo.
- Os menores com mais de 17 e menos de 21 teriam sua pena diminuída pela atenuante da menoridade.

Como pode ser observado na citação acima as medidas tomadas contra os menores infratores eram pesadas para punir as infrações por eles cometidas. À medida que o tempo foi passando esses menores infratores foram adquirindo direitos na sociedade que garante a eles punições mais adequadas para sua idade.

O primeiro Código de menores do Brasil conhecido como Código de Mello Matos pretendia manter a ordem social no que diz respeito às crianças pobres, abandonadas e delinquentes. Surge posteriormente o Serviço de Assistência social ao Menor época de Getúlio Vargas, era como um sistema penitenciário comum com a diferença que era destinada a menores de 18 anos que havia cometido algum ato infracional. Por causa de sua reclusão e repressão aos menores infratores após muita luta houve o fim do Serviço de Assistência Social ao Menor para dar lugar a Política Nacional do Bem Estar do Menor. Somente em 1990 é promulgado o Estatuto da Criança e Adolescente.

Como pode ser observado foram muitos anos para se chegar ao Estatuto da Criança hoje existente, no qual garante às crianças e adolescentes todos os direitos fundamentais para viver em sociedade. Ainda hoje com tantas leis existentes alguns direitos ainda não são cumpridos em nosso país, portanto há muitos direitos para serem cumpridos garantindo assim uma boa formação das crianças e adolescentes.

3 MENOR IDADE PENAL

O adolescente quando comete algum erro na sociedade é caracterizado como adolescente infrator, devendo esse ter as punições adequadas de acordo com o ato infracional que ele cometeu.

Torna-se importante diferenciar na sociedade as pessoas que cometem algum tipo de delito durante a sua vida. O Código Penal distingue essas pessoas pelo critério biológico, isso porque uma pessoa até 18 anos não é capaz de responder pelos seus atos e não é permitido que esses menores cumpram penas equivalentes a uma pessoa que tenha maioridade. A pessoa com menor idade penal não tem capacidade de responder sozinha pelos seus atos, fazendo com que a sociedade aplique a elas medidas cabíveis com acompanhamento de outras pessoas.

Segundo Mirabete (apud SANTOS, 2008, p. 16),

Ao determinar que os menores de idade são inimputáveis, o Código Penal adotou o chamado critério biológico, que já tivemos oportunidade de aludir, havendo nesse caso uma presunção absoluta de que os menores de 18 anos não reúnem a capacidade de autodeterminação.

O Estatuto da Criança e Adolescente é mais categórico ao definir menor idade penal, isso porque para ele crianças menores de 12 anos não podem receber as mesmas medidas sócio educativas do que um adolescente com idade entre 12 e 18 anos. As crianças não têm ainda um desenvolvimento psicológico adequado para cumprir a medidas que, por exemplo, tiram a sua liberdade. Os pais e responsáveis por essa criança junto ao juiz são responsáveis a dizer a elas que não se podem ter determinados comportamentos dentro da sociedade.

É comum ver nos noticiários crianças com mais de 12 anos mentirem sua verdadeira idade, pois sabem que as punições são diferenciadas para cada categoria de menores. O que torna um problema muito grande para que sejam aplicadas as medidas necessárias para que esses menores não voltem a praticar novos atos infracionais.

Um fato que chama muita atenção é que mesmo que o jovem esteja nas vésperas de completar 18 anos e este venha a cometer um ato infracional ele será punido como sendo menor de idade, mesmo que seu ato gere conseqüências mais graves quando este já tiver completado a maioridade. Isso acontece devido que o ato infracional deve ser punido imediatamente quando cometido.

Alves (2006, p. 50) diz:

Conforme o artigo 228 da Constituição Federal de 1988, o adolescente com 18 anos de idade está sob a jurisdição comum, já aquele que está nas vésperas de completar a maioridade, se encontra sob o amparo da justiça especializada. Deve-se atentar para a data do fato, aqui se compreendendo o momento da conduta, positiva (ação) negativa ou (omissão).

Como mencionado, existem formas diferentes de punir uma pessoa de acordo com a sua idade. Torna-se importante que a punição em cada etapa da vida seja aplicada de forma segura e condizente com a gravidade da situação, isso porque a pessoa que comete algum ato tem que ter consciência de que o ato praticado por ela não é aceitável, fazendo assim que ela não cometa erros durante a sua vida.

4 ATO INFRACIONAL

Muitos adolescentes na sociedade não têm a presença efetiva da família em suas vidas e escolhem por vontade própria praticar determinadas condutas não aceitáveis na sociedade, ou muitas vezes são os próprios pais que induzem os filhos a seguir o caminho da criminalidade. Quando os adolescentes não praticam atos condizentes com sua capacidade legal cometem um ato infracional que tem que ser corrigido.

Quando uma infração penal é praticada por um adolescente, ele tem que responder por seus atos, não com uma pena aplicada a uma pessoa que já tem maior idade, mas sim com um corretivo mais leve denominado medida socioeducativa.

Tavares (2001, p. 117) diz que:

A contravenção penal é uma espécie de infração de menor gravidade. Uma ou outra figura-crime ou contravenção, ou seja, infração penal, quando praticada por adolescente, tem o nome de ato infracional e a resposta estatal não será pena, propriamente dita, mas um corretivo tecnicamente denominado medida socioeducativa.

Portanto, a contravenção penal é uma infração de menor gravidade, o adolescente quando a pratica recebe da sociedade um corretivo para que não cometa a mesma infração, ajudando-o a não se tornar um criminoso futuramente.

4.1 CONSEQÜÊNCIA DA PRÁTICA ATO INFRACIONAL

Quando se pratica um ato infracional, crianças e adolescentes são advertidos de alguma forma, isso os mostra que o ato cometido por eles não é correto de ser praticado. Eles têm um tratamento diferenciado no que diz respeito às medidas aplicadas, isso porque eles têm idades diferentes e essa distinção tem grande importância. Não se pode, por exemplo, aplicar a medida de internação em uma criança, ela não está preparada psicologicamente para suportar tal medida. Cada caso de infração cometido deve ser analisado pelo juiz de forma particular, para que não se cometa injustiças quanto às medidas a serem aplicadas.

A criança que praticar algum ato infracional, só será corrigida através de medidas de proteção que serão aplicadas em conjunto. O encaminhamento dessa criança com menos de 12 anos deve ser feito ao conselho tutelar, no qual é responsável dar curso a seu atendimento, pois se tratando de uma criança, o único meio de advertir é através de medidas de proteção. Os pais ou responsáveis por essa criança terão que cuidar dela mediante um termo de responsabilidade. Além do cuidado dos pais, a criança deverá frequentar a escola e ter um acompanhamento necessário para não cometer outro ato infracional.

É sempre bom lembrar que o abrigo de uma criança em uma entidade ou sua colocação em uma família substituta se dá em último caso, se a família ao qual ela pertence não puder de forma alguma cuidar para que ela possa viver com dignidade. Assim, a família é muito importante quando as medidas de proteção são aplicadas, é na família que a criança tem que ser protegida.

Quando se trata de um adolescente com idade entre 12 e 18 anos, a intervenção cabível a ele se dá através de medidas de proteção e socioeducativa simultaneamente ou apenas uma das citadas, dependerá muito da gravidade do ato infracional cometido. As medidas socioeducativas vão desde uma advertência até a internação desse menor em uma unidade especializada. Dependerá de o juiz determinar a medida com que o menor terá de lição para voltar ao convívio da sociedade.

4.2 APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL

O Estatuto da Criança e Adolescente diz como deve ser feita a apuração do ato infracional cometido pelo menor infrator. Isso porque se tratando de menores de 18 anos, eles têm direito a uma legislação especial para punir o ato infracional por eles cometidos.

Fonseca (2009, p. 25)

A apuração do ato infracional foi matéria tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de maneira inovadora à época de sua edição. Visando a subsistir o sistema uni procedimental então existe, a legislação estatutária veio conferir alternativa à chamada Ação Sócioeducativa Pública, instituindo para tanto a Remissão, por meio da qual buscou viabilizar soluções mais rápidas e eficazes, independentemente do procedimento tradicional e mais complexo em seu desenvolvimento.

Há todo um processo para a apuração do ato infracional, pois mesmo o infrator tenha cometido um ato não condizente com os padrões da sociedade ele tem direitos que devem ser respeitados. No momento em que ele vai ao representante do Ministério Público o menor infrator tem o direito de permanecer em silêncio ou confessar o crime por ele praticado, devendo se ter o máximo respeito por ele.

O Estatuto da Criança e Adolescente nos seus artigos 171 a 190 diz quais são os procedimentos atribuídos para apuração do ato infracional. O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será encaminhado à autoridade policial competente. Somente será liberado quando qualquer um dos pais ou responsáveis comparecer perante a autoridade policial. Sendo que estes ficam sob termo de compromisso de se apresentar ao representante do Ministério Público no mesmo dia ou em caso extremo no primeiro dia útil da semana. Se o ato infracional for muito grave o adolescente permanecerá sob internação. O representante do Ministério Público no momento da apresentação do adolescente procederá a imediata e informalmente a sua oitiva, se possível dos pais, vítimas e testemunhas. Feito isso o representante do Ministério Público poderá promover arquivamento dos autos, conceder remissão que poderá ser aplicada em qualquer fase do processo antes da sentença, ou representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa. Tudo dependerá da gravidade da situação em que o menor infrator estiver envolvido.

Em alguns casos não se tem provas suficientes para fazer com que o menor infrator seja punido pelo seu ato, ou o juiz pode entender que o ato cometido não é muito grave e pode absolvê-lo. O juiz tem que tomar muito cuidado no momento de apurar os fatos para que não se cometa nenhuma injustiça.

Através da remissão o juiz deixa de aplicar uma medida socioeducativa ao menor infrator pelo fato de considerar o ato infracional cometido por ele ser de pequeno potencial ofensivo.

Por ser uma criança e adolescente que cometeu o ato infracional o cuidado deve ser redobrado no momento da apuração do ato cometido, uma vez que um ato mal apurado pode acarretar conseqüências graves para o resto da vida desses menores. Tanto quanto uma punição excessiva ou uma falta de punição pode prejudicar o desenvolvimento desse menor na sociedade.

Mesmo com a aplicação das medidas socioeducativas o menor infrator tem algumas garantias processuais. Isso porque as provas contra ele podem levar a uma aplicação de medida socioeducativa não adequada para o ato infracional por ele cometido. O menor infrator tem direito de igualdade na relação processual e ainda ter a defesa de um advogado. As garantias faz com que não se cometam injustiças no que diz respeito às medidas a ele aplicadas.

De acordo com o Estatuto da Criança e Adolescente (2001, p. 23) são garantias processuais garantidas ao menor infrator.

Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Art. 111. São assegurados ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I – pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

- II – igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
- III – defesa técnica por advogado;
- IV – assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;
- V – direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
- VI – direito de solicitar a presença dos pais ou responsáveis em qualquer fase do procedimento.

Essas garantias são uma forma de garantir os direitos que as crianças e adolescentes tem na sociedade, por é dever que seus pais e sociedade cuidem para que elas tenham uma vida digna, mesmo quando cometem algum ato infracional elas têm o direito de serem ouvidas, ter um advogado para defendê-los e a presença dos pais acompanhando em toda a fase do procedimento no qual elas estão sendo submetidas.

5 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

As medidas socioeducativas para serem aplicadas têm que levar em consideração a gravidade do ato infracional cometido pelo adolescente, isso porque existe mais de uma forma de se corrigir o menor infrator. Dependendo da gravidade e da repercussão na sociedade não é uma simples advertência que vai reconduzir o adolescente ao convívio social, ele terá que passar por uma internação ou ser submetido a uma liberdade assistida, por exemplo. Isso faz com que sempre quem irá aplicar a medida socioeducativa tenha que agir com o princípio da proporcionalidade e da racionalidade.

De acordo com Tavares (2001, p. 239)

O tratamento compulsório visa a correlação dos desvios de conduta do jovem, submetendo-o ao regime de medidas sócio educativas, observando-se o princípio da proporcionalidade e da racionalidade, tendo em consideração a gravidade do caso e suas repercussões no seio da sociedade, a personalidade do autor, a sua periculosidade e a probabilidade de recondução ao convívio social dentro do princípio de cidadania ampla.

A pessoa responsável por determinar a pena que será aplicada ao menor infrator tem sempre que estar atento à proporção do crime e agir de forma racional, uma vez que se trata ainda de uma criança e adolescente. É sempre bom lembrar que a medida aplicada ao menor infrator não condizer com a proporção do ato infracional que ele cometeu poderá ao invés de servir como uma lição, o menor pode achar que a pena a ele aplicada foi muito pequena, por exemplo, fazendo com que ele volte a cometer outros atos infracionais.

Tavares (2001, p. 239) ainda diz quais são as medidas socioeducativas em espécie previstas no Estatuto da criança e adolescente:

- Art. 112 – [...]
- I – advertência;
- II – obrigação de reparo ao dano;

- III – prestação de serviço à comunidade;
- IV – liberdade assistida;
- V – inserção em regime de semiliberdade;
- VI – internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Poderá ser uma delas apenas, ou umas e outras acumuladas. Isto é possível em face do disposto no art. 113, que remete ao art. 99, onde a cumulação está prevista.

A medida socioeducativa tem que ser aplicada ao autor do ato infracional, dependendo da gravidade da situação as medidas socioeducativas pode ser cumulativa como está prevista no art. 99.

Portanto, as medidas socioeducativas são uma forma de mostrar ao menor infrator que para viver em sociedade tem regras a serem cumpridas e no momento em que estas não são cumpridas as pessoas passam a viver em desconformidade com o que a lei determina devendo ser corrigidos para não permanecer no erro.

5.1 MEDIDA SÓCIOEDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA

A advertência como mencionada no art. 112 é a primeira das providências aplicáveis ao menor infrator, caso ele tenha cometido infrações pequenas, como por exemplo, pequenos furtos, leves agressões entre outros. A advertência é uma forma de mostrar ao adolescente que a infração cometida por ele por mais simples que seja não é aceitável na sociedade devendo esta ser corrigida e não praticada por ele novamente.

De acordo com Alves (2006, p. 57) “a medida de advertência é recomendada, via de regra para os atos infracionais considerados leves, quanto à sua natureza ou conseqüências e aos adolescentes que não possuem histórico criminal”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (2001, p. 24) diz: “Art. 115. A Advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”.

Torna-se necessário, no momento em que o juiz faz a advertência ao menor infrator, que os pais ou responsáveis estejam presentes, pois mesmo que a advertência é feita oralmente, ela é reduzida a termo e assinada pelas partes presentes, e como os menores infratores são menores de idade, os pais ou responsáveis tem que assinar comprovando assim que a advertência foi realizada.

Tavares (2001, p. 239) diz que “a advertência é feita oralmente pelo juiz à pessoa do adolescente será lançada em termo assinado pelas partes presentes à solenidade, inclusive pais, tutores ou guardiães”.

A advertência pode acumular medidas de proteção e medidas pertinentes aos pais ou responsável do menor infrator, isso porque se trata de uma media socioeducativa feita através de uma conversa com o juiz.

Como se trata de uma medida de advertência mais simples de ser aplicada e com punição leve ao menor infrator exige-se que se tenha prova de materialidade e os indícios de autoria, para

que não se perca muito tempo na sua aplicação. O Estatuto da Criança e Adolescente não menciona a obrigatoriedade da presença de um advogado no momento da advertência.

Portanto, os pais devem ter pleno conhecimento que eles são responsáveis pelos seus filhos quanto ainda menor de idade. É responsabilidade de eles cuidarem para que seus filhos não voltem a cometer atos que estão em desacordo com a sociedade. Caso o menor volte a cometer algum ato infracional os pais podem até perder a guarda de seu filho. Cabe ao juiz alertar aos pais de suas responsabilidades garantindo a seus filhos proteção quando esses ainda forem menores de idade.

5.1.1 EFICÁCIA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA

A medida socioeducativa de advertência é tão importante quanto as demais medidas existentes. O fato é que nem sempre ela é a mais indicada para corrigir o menor infrator. Isso porque ela é uma conversa que o juiz tem com o menor que cometeu a pequena infração e muitas vezes o adolescente imagina que essa conversa não serve como punição.

A gravidade do ato infracional deve ser avaliada com muito cuidado pelo juiz, uma vez que determinada a medida socioeducativa que irá ser aplicada ele não poderá voltar atrás. Portanto, ele não pode agir injustamente na punição do menor infrator e muito menos ser injusto com a pessoa que sofreu com o ato infracional. O juiz deve agir em conformidade com a lei devendo levar em conta a prova de materialidade do ato cometido.

A advertência feita pelo juiz deve ser de forma esclarecedora, deixando bem claro ao menor infrator que o ato cometido por ele não é aceitável e se porventura ele voltar a praticar outro ato infracional, essa medida não será mais aplicável a ele. As conseqüências de reincidência de ato infracional podem levar a outras medidas do que simplesmente uma advertência.

Há muitas controvérsias quanto à aplicação dessa medida, pois somente advertir para alguns juristas não resolve o problema cometido pelo menor infrator, uma vez que crianças e adolescentes são advertidos diariamente no ambiente familiar. Por outro lado é uma forma de demonstrá-los que os ensinamentos de seus pais em casa estão de acordo com o que a sociedade determina e a advertência feita pelo juiz mostra ao menor infrator que a sociedade ainda acredita que ele pode mudar e tornar uma pessoa correta.

Portanto, há meios termos quanto a sua aplicação, ficando o juiz responsável em avaliar a gravidade do ato infracional cometido e a medida socioeducativa que melhor condiz com a realidade do menor infrator.

5.2 OBRIGAÇÃO DE REPARO AO DANO

O adolescente é responsável por reparar o dano por ele cometido, os pais ou responsáveis respondem supletivamente. Quando o adolescente e os responsáveis legais não possuem bens suficientes para reparar o dano cometido, o juiz pode substituir a reparação do dano por um serviço comunitário desde que a parte que foi ofendida fique satisfeita com o serviço que o adolescente irá prestar a comunidade.

Não é uma medida muito simples de ser colocada em prática, uma vez que grande parte dos menores infratores que cometem algum dano a outra pessoa não tem condições financeiras para arcar com o prejuízo que a pessoa teve e em alguns casos a pessoa que sofreu o dano não concorda com a punição prevista pelo juiz para que o menor infrator repare ao dano a ele cometido. Cabe, portanto, ao juiz encontrar uma melhor solução na aplicação dessa medida para que a parte que cometeu o crime seja punida pelo dano causado e a parte que sofreu o dano fique satisfeita com a maneira que o menor infrator vai o compensar pelo dano causado.

Portanto, quando se trata de reparação ao dano ou o adolescente arca com os prejuízos por ele praticado com os bens que ele possui ou presta serviço à comunidade de uma forma ou de outra, o adolescente irá responder pelos seus atos.

5.3 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE

É uma das medidas socioeducativas mais aplicada aos adolescentes. As tarefas atribuídas ao adolescente que praticou ato infracional devem ser atribuídas de acordo com o que ele sabe fazer. Deve ser atividades que não ultrapassem 8 horas semanais para não prejudicar a frequência na escola, ou caso o adolescente já trabalhe não prejudique a jornada de trabalho normal.

De acordo com Alves (2006, p. 69) “a prestação de serviços à comunidade confere restrições aos direitos do infrator, sanciona seu comportamento e delimita sua condição de agente do ato infracional”.

Mesmo o adolescente sendo submetido a prestar serviços a comunidade, alguns juristas consideram uma medida socioeducativa muito valiosa, pois ao realizar suas atividades eles se sentem valorizados em estar ajudando outras pessoas.

Os serviços prestados a comunidade são realizados em hospitais, escolas entre outros fazendo com que o adolescente conviva com a realidade de outras pessoas.

De acordo com o Estatuto da Criança e Adolescente (2001, p. 24/25):

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a 6 (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 aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de 8 (oito) horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não se prejudicar a frequência a escola ou à jornada de trabalho normal.

Torna-se importante lembrar que essa medida só alcançará os resultados pretendidos se a comunidade de fato estiver envolvida nela. Não adianta nada enviar um menor infrator para prestar serviços a comunidade se no local destinado a prestação de serviços as pessoas não o deixarem realizar as tarefas a eles atribuídas. O menor só se sentirá valorizado se realmente puder contribuir de alguma forma na comunidade.

Portanto, colocar o adolescente diante de realidades vividas por outras pessoas faz com que ele reflita sobre o ato infracional que ele cometeu, sua ressocialização acontece de forma mais rápida, pois a realidade vivida por outras pessoas faz com que eles percebam que todos precisam de ajuda, inclusive eles que cometem algum mal à sociedade. As chances deles não voltarem a praticar ato infracional é considerado alto, pois quando estão realizando os serviços na comunidade, passam a refletir que se não estivessem agido em desacordo com a sociedade não precisariam estar ali prestando tais serviços.

5.4 LIBERDADE ASSISTIDA

A liberdade assistida é produto da antiga liberdade vigiada e tem por objetivo assistir o adolescente e reforçar seus vínculos com a família e com o meio social em que ele vive, isso permitirá que ele se afaste das más companhias que ele está acostumado a ter.

Tavares (2001, p. 240) diz que, “a liberdade vigiada requer orientação e vigilância sobre a pessoa do adolescente, visando afastá-lo das más companhias e da convivência deletéria”.

Complementando a definição acima Cury, Paula e Marcura (apud ALVES, 2006, p. 76) diz que:

[...] o encargo é pessoal, devendo recair sobre pessoa determinada. As entidades que mantêm programa de liberdade assistida (art. 90 v) deverão indicar pessoas capacitadas, para exercer a função de orientador, podendo a autoridade judiciária designar qualquer pessoa de sua confiança.

O juiz é quem determina a pessoa que vai acompanhar o adolescente, este acompanhante não precisa ter formação específica, mas exige-se que ele tenha uma boa visão de humanidade para acompanhar o adolescente na vida escolar, na família e conduzi-lo ao mercado de trabalho. A liberdade assistida só terá seu melhor resultado se a pessoa que acompanha o menor ser realmente capaz para desempenhar tão importante missão.

O Estatuto da Criança e Adolescente (2001, p. 25) no artigo 118 diz:

Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§ 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§ 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvindo o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Art. 119. Incube ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

- I – promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;
- II – supervisionar a freqüência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive sua matrícula;
- III – diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;
- IV – apresentar relatório do caso.

A liberdade assistida é fixada em prazo mínimo de seis meses, onde nesse tempo a pessoa responsável em acompanhar o adolescente tem que apresentar relatório ao juiz de como está a conduta do adolescente infrator, caso esta conduta ainda esteja em desacordo com a sociedade o prazo da liberdade assistida pode ser prorrogada. Vale ressaltar que o que interessa para o juiz e a sociedade é que o adolescente não cometa novamente ato infracional.

5.5 DO REGIME DE SEMILIBERDADE

O regime de semiliberdade tem caráter punitivo ao menor infrator, uma vez que este é privado de ir e vir algumas horas do dia, ou seja, ele permanece em liberdade durante uma parte do dia tendo uma convivência com sua família e a comunidade, além de ser obrigado a freqüentar a escola e algum tipo de curso de profissionalização oferecido na comunidade.

De acordo com o Estatuto da Criança e do adolescente (2001, p. 25)

Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§ 1º É obrigatória a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizado os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

Caso este menor tenha uma boa estrutura familiar ele poderá até dormir em casa, desde que realize medidas socioeducativas ao longo do dia e nos finais de semana. Caso o menor não tenha uma boa estrutura familiar, durante o dia ficará no convívio de sua família e a noite o menor infrator fica internado em uma unidade especializada.

Essa medida socioeducativa só terá eficácia se os dois momentos destinados ao menor infrator no seu cumprimento forem levadas a sério tanto por parte da família quanto pelos responsáveis pela unidade especializada ao qual ele fica internado durante a noite.

Essa medida permite ao juizado da Infância e da Juventude um rápido acesso ao menor infrator que estar se reeducando para voltar ao convívio da sociedade. Uma vez que os delitos cometidos por ele oferecem riscos e prejuízos para a sociedade.

Tavares (2001, p. 240) diz que:

A semiliberdade é um meio termo entre o regime de internação e a convivência aberta no seio da família e comunidade local, permanecendo o reeducando ao alcance rápido e direto do juizado da Infância e da Juventude competente para a execução da sentença.

Portanto, é de extrema importância que a família seja envolvida durante o período que o menor infrator esta cumprindo a medida socioeducativa de semiliberdade, pois é através dela que ele tem contato direto com a sociedade que esta a sua volta e pode se sensibilizar por não poder estar no convívio integral com as pessoas que fazem parte da sua vida.

5.6 DA INTERNAÇÃO

A internação é o último recurso utilizado ao menor infrator, pois o tira o direito de ir e vir. É aplicada quando o ato infracional cometido por ele apresenta gravidade ou este já cometeu algum ato infracional e voltou a praticá-lo.

Para que o menor infrator tenha uma ressocialização satisfatória na internação deve ter finalidade educativa, uma vez que ele deve ser educado, aprender uma profissão para quando voltar a sociedade possa ter condições de enfrentar o convívio social. Deve ainda ter caráter curativa, uma vez que o ato por ele praticado pode ser causa de alguma patologia, que uma vez tratada pode reverter o potencial de criminalidade do menor infrator.

Alves (2006, p. 78) diz que:

Educativa quando o estabelecimento escolhido reúne condições de conferir ao infrator escolaridade, profissionalização e cultura, visando a dotá-lo de instrumentos adequados para enfrentar os desafios do convívio social. Tem finalidade curativa, quando a internação se dá em estabelecimento ocupacional, psicopedagógico, hospitalar ou psiquiátrico, ante a idéia de que o desvio de conduta seja oriunda da presença de alguma patologia, cujo tratamento, em nível terapêutico, possa reverter o potencial criminogeno do qual o menor infrator seja portador.

Existem alguns critérios estabelecidos por lei para o cumprimento da internação. O menor infrator pode participar de atividades externas desde que estas sejam liberadas pelo juiz e que irão contribuir para sua integração à sociedade. A cada seis meses deve ser feito uma avaliação por parte do juiz para ver se o menor infrator já tem condições de voltar ao convívio da sociedade.

O menor infrator não pode permanecer mais de três anos no regime de internação, após esse período se o menor infrator não tiver ainda condições de voltar para a sociedade sua medida socioeducativa pode ser trocada para o regime de semiliberdade ou liberdade assistida.

Como se trata de uma medida que priva o menor infrator do convívio da sociedade, o juiz deve ser pleno conhecedor do caso em questão, para não cometer nenhuma injustiça ao menor. Portanto, essa medida só deverá ser aplicada nos casos mais graves de infrações, aqueles que realmente trazem conseqüências mais graves para a sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As medidas socioeducativas são importantes para que os menores infratores sejam corrigidos pelos atos infracionais por eles cometidos, fazendo com que estes voltem ao convívio da sociedade. A medida socioeducativa de advertência é a primeira medida imposta ao menor infrator e consiste numa conversa feita pelo juiz como forma de reeducá-lo.

Esta monografia buscou estudar a medida socioeducativa de advertência sendo que através de pesquisa bibliográfica conseguiu-se chegar aos resultados desejados.

A formulação do problema resume-se na seguinte pergunta: Como é aplicada a medida socioeducativa de advertência pelo poder judiciário ao menor infrator? Tornou-se possível responder esse problema no capítulo 2 item 2.7.1 onde o Estatuto da Criança e do Adolescente diz que a advertência consiste em admoestação verbal, ou seja, é uma conversa que o juiz tem com o menor infrator afim de mostrá-lo que seu ato infracional por mais simples que seja não pode ser praticado na sociedade.

Para a conclusão desta monografia tornou-se importante responder os objetivos geral e específicos.

O objetivo geral concentrou em identificar em quais casos a medida socioeducativa de advertência é cabível na solução de conflitos do menor infrator. Podendo este ser respondido no capítulo 2, item 2.7.1 onde diz que a advertência é cabível ao menor infrator que cometeu atos infracionais considerados leves ou ainda quando não possuem histórico criminal.

Em relação ao primeiro objetivo geral que procurava descrever as medidas socioeducativas existentes pode ser respondido no capítulo 2, dos itens 2.7.1 até o item 2.7.6 onde esses itens descrevem as medidas socioeducativas existentes que são a advertência, obrigação de reparo ao dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, regime de semiliberdade e internação.

No que diz respeito ao segundo objetivo geral que se concentrou em identificar qual a credibilidade de se aplicar a medida socioeducativa de advertência pode ser respondido no capítulo 2, item 2.7.1.1 quando Oliveira diz que a medida socioeducativa de advertência demonstra ao menor infrator seu caráter de reprimenda afim de reeducá-lo para a sociedade. Portanto, é uma forma de demonstrar ao menor infrator que ele pode mudar e tornar uma pessoa correta.

O terceiro objetivo específico concentrou-se em verificar se a medida socioeducativa de advertência é necessária e resolve o problema do menor infrator. Sendo este respondido no capítulo 2, item 2.7.1.1 onde pode-se concluir que em muitos casos ela se torna necessária pelo fato de se tratar de atos infracionais pequenos, no entanto há controvérsias entre os juristas, pois para alguns somente advertir não resolve o problema uma vez que esses menores são advertidos no ambiente familiar. Outros juristas acreditam que a advertência pode sim surtir efeitos em suas vidas.

Quanto à hipótese dessa monografia que diz, a medida de advertência é aplicada pelo poder judiciário como uma admoestação verbal nos casos em que os adolescentes tenham cometido uma infração de natureza leve, é verdadeira vez que se constatou que a advertência é aplicada

pelo juiz através de conversa para os adolescentes que tenham praticado ato infracional considerado leve.

7 REFERÊNCIAS

1. ALVES, Franciele Caroline. **A eficácia das medidas socioeducativas segundo a doutrina brasileira**. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí 2006. Disponível em: www.univali.br. Acesso em: 02 out. 2011.
2. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
3. FONSECA, Wania Ribeiro da. **Efetividade das medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei pelo juizado da infância e da juventude da comarca de Nova Venécia no ano 2009**. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Capixaba de Nova Venécia, Nova Venécia, 2009. Disponível em: www.univen.edu.br. Acesso em: 15 set. 2011.
4. OLIVEIRA, Raimundo Luiz Queiraga de. **O menor infrator e a eficácia das medidas socioeducativas**. 2003. Disponível em: <http://jusuol.com.br>. Acesso em: 20 set. 2011.
5. SANTOS, Charles Soares dos. **O Menor Infrator e as Medidas Socioeducativas no Brasil**. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Faculdade Capixaba de Nova Venécia, Nova Venécia, 2008.
6. TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ESTUDO DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Paulo Henrique Colombi²⁴

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo elucidar todas as peculiaridades sobre as provas ilícitas para, tentar, ou efetivamente, concluir quando que poderão ser consideradas tais provas no ordenamento jurídico brasileiro, eis que tal aplicação é vedada taxativamente pela própria Constituição Federal Brasileira em seu inciso LVI do artigo 5º. Tudo isso através de pesquisa, em sua totalidade, bibliográfica nas formas exploratórias e descritivas. Desta forma, este trabalho, traçará poeticamente, um paralelo entre o direito positivado e os princípios gerais do direito que versam principalmente sobre a dignidade da pessoa humana. Tudo isso para munir o aplicador do direito, fontes de pesquisa sobre a matéria a cerca das provas ilícitas no Processo Penal Brasileiro.

PALAVRAS CHAVES: Derivação. Proporcionalidade. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This study aims to elucidate all the evidence about peculiarities illegal to attempt to or actually conclude that when such evidence may be considered in the Brazilian legal, behold such application is categorically forbidden by the Federal Constitution in its item LVI Article 5. All this through research, in its entirety, bibliographic forms exploratory and descriptive. Thus, this paper will trace poetically, a parallel between the right positivado and general principles of law that deal mainly on the dignity of the human person. All this to fit the applicator law, sources of research on the subject about the illegal evidence in criminal procedure Dollars.

KEYWORDS: Derivation. Proportionality. Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

A presente obra tem o objetivo de demonstrar, de forma objetiva e clara, os aspectos abrangidos pela regra do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, a qual disciplina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, ou seja, aquelas que violam normas e princípios vigentes no ordenamento jurídico devem ser banidas do processo, por mais relevantes que possam ser os fatos por elas demonstrados. Esta determinação constitucional por ser genérica provocou inúmeras divergências doutrinárias a respeito do conceito, das limitações e consequências das provas ilícitas, razão pela qual, há poucos anos, foi promulgada a Lei nº. 11.690/08, que veio preencher as lacunas referentes ao tema no campo do processo penal.

²⁴ Bacharel em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES - UNIVEN

Muito se fala em justiça a qualquer custo, por isso, a relevância deste trabalho é argumentar até que ponto pode ser utilizado métodos capazes de satisfazer a sede de justiça, tudo isso fundamentado na Carta Magna de 1988, amplamente voltada aos direitos dos cidadãos, que adotou como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana diretamente relacionada à garantia da ampla defesa e ao direito à prova.

As peculiaridades das provas no direito penal serão suscitadas de forma que ficarão esclarecidos seu conceito, sua finalidade, seu objeto, seu ônus, suas condições de validade, seus critérios de valoração, bem como a possibilidade de utilização das denominadas provas emprestadas.

Não poderia deixar de ser abordado o princípio da proporcionalidade, eis que se aprofunda no tema central deste trabalho, qual seja a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos no processo penal, salientando que esta não é e nem poderia ser absoluta, sendo que, em certos casos, é de se admitir a ilicitude da prova tendo em vista a relevância do interesse público a ser protegido.

Do mais, também será esclarecida a chamada “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”, segunda a qual, em síntese, diz que o vício da planta se transmite aos frutos, assim, a obtenção ilícita da informação se projeta sobre as diligências subseqüentes, aparentemente legais, maculando-as com o estigma da ilicitude penal. Entretanto, conforme expressa o velho adágio “toda regra possui exceção”, esta teoria deve ser mitigada em determinadas situações, as quais já eram previstas pela doutrina e pela jurisprudência nacional, sendo, atualmente, estabelecidas nos parágrafos primeiro e segundo do art.157 do Código Penal, após as alterações provocadas pela Lei n°. 11.690/08.

Ademais, não poderia deixar de mencionar, nas conseqüências geradas pela prova ilícita no processo penal. Conforme determina a Constituição e também o Código de Processo Penal, o réu tem o direito de não ser condenado e, nem sequer, ser denunciado com base em prova ilicitamente obtida, devendo, a mesma, ser desentranhada do processo e conseqüentemente inutilizada, facultando às partes acompanhar o incidente.

2 DA PROVA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

2.1 CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, EVOLUÇÃO E HISTÓRICO RECENTE

O Brasil, em sua história, já teve oito Constituições, quatro elaboradas de forma democrática (1891, 1934, 1946 e 1988) e quatro impostas de maneira autoritária (1824, 1937, 1967 e 1969). Sempre que ocorreu alguma mudança substancial no cenário político brasileiro foi criada uma nova constituição.

Proclamada a independência do Estado brasileiro, impunha-se a elaboração de uma Constituição sob a influência das idéias do liberalismo político que vigorava na Europa. A primeira Assembléia Constituinte brasileira foi dissolvida pelo Imperador, que constituiu um Conselho de Notáveis para a elaboração da Carta Magna. O texto foi promulgado por Dom Pedro I como a 1ª Constituição Brasileira. Esta foi a Constituição de mais longa duração (65 anos), permanecendo em vigor até a proclamação da República em 1889. Interessantemente trazia em seu contendo 4 formas de poderes, Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador,

além de dividir o território brasileiro em províncias com presidentes nomeados e exonerados conforme critérios de conveniência do imperador

Em 1889 é proclamada, no Brasil, a República, a qual surgiu a necessidade em realizar uma assembleia constituinte que concretizou seu trabalho, elaborando a 1ª Constituição republicana (1891), a qual foi bastante influenciada pelo modelo constitucional norte-americano, o que se verifica na própria denominação do estado: “Estados Unidos do Brasil”, adotando a forma federativa de Estado, com rígida separação de competências entre União e os Estados (federalismo dualista) e a tripartição de poderes políticos de Montesquieu (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Na seqüência histórica brasileira, como o coronelismo havia assumido o poder real e efetivo, surgiu um conflito de poderes, enfraquecendo o sistema constitucional ora implantado. Em 1930, Getúlio Vargas (Pai dos Pobres) comanda uma revolução declinada para questões sociais e torna-se presidente, “afastando” o coronelismo e promulgando a Constituição de 1934. Trouxe nesta constituição o poder de intervenção de Estado na economia. Deu direito ao voto às mulheres pelo Código Eleitoral de 1932, e pela primeira vez uma mulher foi eleita para compor uma Assembleia Nacional Constituinte no Brasil.

Porém, a Constituição de 1934 durou pouco mais de três anos, e foi substituída pela de 1937, a qual foi imposta por Getúlio Vargas, e ficou conhecida por “A Polaca”, dada a influência que recebeu da Constituição da Polônia. Foi uma época de avanço dos regimes totalitários em todo o mundo. Tinha como principal característica a ditadura pura e simples, eis que o Presidente da república legislava através de decretos (decretos lei) e os executava através do legislativo. Outra curiosidade desta constituição foi que a sua aprovação deveria ter sido acometida após aprovação e plebiscito, o que de fato não ocorreu, evidenciando assim, o abuso de poderes concedido ao governo da época.

O Brasil lutou na 2ª Guerra Mundial, ao lado das nações aliadas, contra o nazismo e o fascismo, tendo enviado forças expedicionárias para a Itália. Com o regresso dessas tropas, seria uma grande contradição a conservação do regime político brasileiro semelhante aos que haviam sido derrubados na Europa. Ocorre, portanto, em 1945 uma redemocratização neste país, convocando-se, após a saída de Getúlio Vargas, uma Assembleia Nacional Constituinte, composta por representantes de todas as correntes políticas existentes, promulgando-se a Constituição de 1946, que perdurou até 1967, sobrevivendo ao golpe militar de 1964, embora desfigurada por sucessivos atos institucionais, que concentravam poderes nas mãos do Presidente da República.

Os militares sentiram a necessidade de institucionalizar os ideais e princípios da Revolução, outorgando a Constituição de 1967, pois o Congresso Nacional não havia sido eleito com essa finalidade e não mais possuía legitimidade política para a representação da vontade nacional, visto que diversos congressistas opositoristas tiveram seus mandatos cassados. Esta Constituição prevaleceu somente por dois anos, pois foram tantas as alterações sofridas que o STF entendeu que estava surgindo uma nova Constituição a de 1969, a qual estabelecia que continuasse em vigor o ato institucional n. 5 e os demais atos institucionais baixados.

2.2 DIREITO DE DEFESA X DIREITO À PROVA

O direito de ação, também previsto no texto constitucional (CF, art. 5º, XXXV), deve ser sempre aplicado em consonância com a garantia fundamental da dignidade da pessoa humana, pois essa determinação de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” também se estende àquele contra quem se age, vale dizer contra quem se propõe a ação. Afinal, também ele, o requerido ou réu, só por essa condição, já sofre uma ameaça ao seu direito. Se o *jus puniendi*, ofendido pelo crime, não pode ser subtraído à apreciação do Poder Judiciário, também o *jus libertatis* do infrator, ameaçado pela pretensão punitiva do Estado, recebe igual proteção. É o fenômeno da bilateralidade da ação: conferido o direito de ação, reconhece-se, igualmente, o correlato direito à defesa.

O contraditório e a ampla defesa estão umbilicalmente ligados e acabam se confundindo, aquele não seria senão a exteriorização desta.²⁵ Em verdade, é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação, que se materializa na citação do réu) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como direito correlato ao de ação – que garante o contraditório.

O contraditório impõe a conduta dialética do processo, isto é, em todos os atos processuais deve ser assegurado aos litigantes o direito de participar, em igualdade de condições, oferecendo alegações e provas, de sorte que se chegue à verdade processual com equilíbrio, evitando-se uma verdade produzida unilateralmente. E por ampla defesa se deve entender, a garantia dada ao réu de uma ação que lhe possibilite trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer os fatos. É por isso que a defesa ganha um caráter necessariamente contraditório. É pela afirmação e negação sucessivas que a verdade irá se insurgindo nos autos. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável, a tudo terá de ser assegurado o direito de contra-agir processualmente.

2.3 DA PROVA NO PROCESSO PENAL

2.3.1 CONCEITO E FINALIDADE

O Processo Penal tem por escopo verificar a responsabilidade criminal do réu e, se for o caso, aplicar-lhe a sanção cabível. Mas, para isso, é necessário que o magistrado se convença, de forma inequívoca, dos fatos e isto depende das provas produzidas.

O conceito de prova é muito complexo, eis que para tal definição envolve a análise de vários aspectos. Resumindo, prova é o instrumento de que se valem as partes para demonstrar ao Estado a veracidade ou falsidade de um fato o alegado, esclarecendo todos os pontos controvertidos da causa.

Assim, a prova consiste, em síntese, na demonstração da existência daquilo que se alega em juízo. Segundo Costa Filho (2006, p. 214):

É o Juiz quem vai dizer se o acusado é culpado ou inocente, e para tanto ele precisa saber o que realmente aconteceu, quando e como aconteceu. Seu trabalho se equipara a um historiador que procura, com

²⁵ <http://direitofacipe7.blogspot.com/2011/08/aula-de-processo-penal-dia-31-de-agosto.html>

os meios de que dispõe reconstituir fatos passados. Assim, a finalidade das provas é mostrar para o Julgador o que realmente ocorreu, para que ele faça um juízo de valor e procure restaurar, na medida possível, a verdade real.

Sendo assim, claramente, evidencia-se que o principal objetivo da prova é instruir o Juiz a decidir o processo com a verdade adquirida através dos documentos constituídos nos autos do processo. Lembrando que a prova será apenas objeto processual quando resultar de fatos relevantes para a conclusão da lide.

Dúvidas não há quanto a enorme importância atribuída às provas em todos os ramos do Direito. No entanto, n Processo Penal estas possuem importância, objeto e finalidade ainda maiores, eis que o bem jurídico em análise é a liberdade do indivíduo.

2.3.2 CLASSIFICAÇÃO

É vasto o repertório de classificação das provas segundo diversos critérios, porém, a mais importante são aquelas quanto o objeto, o sujeito e a forma.

a) Quanto ao objeto, as provas são diretas ou indiretas. As primeiras são aquelas imediatamente ligadas ao fato a ser comprovado. Já as segundas, ou seja, as indiretas dizem respeito a outros fatos que, por sua vez, se ligam ao fato a ser demonstrado, por meio de raciocínio lógico. Exemplos de provas indiretas são as presunções e os indícios.

b) Quanto ao sujeito, as provas são pessoais ou reais. Prova pessoal é aquela oriunda da atuação humana (testemunho, confissão, laudos periciais, interrogatório, etc). Enquanto a prova real se deriva da análise de elementos físicos diversos da pessoa humana (cadáver, a arma, a ferida, o lugar, etc).

c) Quanto à forma a prova é testemunhal, documental ou material. A Prova testemunhal, em sentido amplo, é a afirmação oral de uma pessoa, seja testemunha, vítima ou réu. Documental é o que está escrito ou gravado. E material é a prova firmada em algo que seja de fato material e sirva de comprovação ao fato, ou seja, é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc.

2.3.3 CONDIÇÕES DE VALIDADE

Uma das condições de validade da prova é que tenha sido produzida “na presença do juiz”. Ou seja, não poderá o magistrado formar o seu convencimento, exclusivamente, em provas realizadas em procedimentos administrativos prévios, sem a garantia indiscutível do contraditório.

Essa condição de validade das provas, após inúmeras jurisprudências neste sentido, restou devidamente expressa no art. 155 do Código de Processo Penal, por meio da alteração promovida pela Lei nº. 11.690/08, senão vejamos:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua

decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Pelo artigo de lei acima transcrito, bem como pelas sábias palavras do notável doutrinador, evidente que o juiz não pode consubstanciar uma condenação tomando por base prova produzidas, exclusivamente, no inquérito policial. Contudo, estas poderão ser valoradas juntamente com aquelas concretizadas em Juízo, cabendo ao magistrado sempre motivar a sua decisão, afinal, tal circunstância se trata de determinação constitucional (art. 93, IX da Carta Maior).

2.3.4 PROVA EMPRESTADA

É aquela que colhida em um processo e, depois, transportada para outro, com o fim de, neste, produzir efeitos.

As provas emprestadas, assim como as demais, estão submetidas aos princípios que regem a matéria. Neste diapasão, escrevem Grinover, Scarance e Gomes Filho (2004, p. 147/148):

O primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é o de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou, ao menos, em processo em que tenha figurado como parte aquele contra quem se pretende fazer valer a prova. Isso porque o princípio constitucional do contraditório exige que a prova emprestada somente possa ter valia se produzida, no primeiro processo, perante quem suportará seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter contado, naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la. Em hipótese alguma poderá a prova emprestada gerar efeitos contra quem não tenha participado da prova no processo originário.

O outro requisito a ser considerado com relação à Prova Emprestada é o Princípio do Juiz Natural. Isto quer dizer que para uma prova ser transportada de um processo para o outro é necessário que o contraditório no tenha sido realizado perante o mesmo juiz.

No entanto, na prática, esta exigência tem sido mitigada, satisfazendo-se a doutrina e a jurisprudência, em geral, com a participação efetiva daquele contra quem se pretende fazer a prova no primeiro processo. Neste caso, é evidente que o magistrado do processo, que não participou do contraditório original, deverá se ater em maiores cautelas no momento de valer-se da prova emprestada.

Caso uma seja transportada para outro processo, sem que se respeite, incondicionalmente, o princípio do contraditório, constituirá prova ilícita sujeita às respectivas consequências processuais que adiante se delineará.

2.3.5 APRECIACÃO OU VALORAÇÃO

Quando se fala em Direito à Produção de Provas, subentende-se a necessidade apreciação e valoração por aquele que proferirá a decisão nos autos. Assim, as alegações das partes e as provas por elas produzidas devem ser consideradas e avaliadas pelo julgador, caso contrário estaria se violando o Princípio do Contraditório. Grinover, Scarance e Gomes Filho (2004, p. 149) lecionam:

Evidentemente de nada serviria assegurar às partes o direito à prova, se o juiz pudesse deixar de apreciá-la e valorá-la, no momento do julgamento. Por isso, todas as provas e alegações das partes, garantidas como são, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de acurada análise e avaliação, sob pena de infringência ao referido princípio.

Esta questão da análise e da valoração do conjunto probatório passou por fases ao longo da história e de todos os sistemas idealizados, três merecem ser evidenciados: a) sistema da livre apreciação ou íntima convicção; b) sistema das provas legais; c) sistema da persuasão racional.

Pelo primeiro – sistema da livre apreciação ou da convicção íntima - o juiz possui total liberdade para consubstanciar sua decisão, tomando por base critérios de valoração íntima independente do que esteja no processo autos, não tendo qualquer obrigação de motivar o seu convencimento. Pode, neste caso, valer-se de considerações que saiba de forma particular e que, portanto, não haja prova correspondente nos autos. Está aí o risco deste sistema, que ainda vigora no Direito Brasileiro nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, pois traz o arbítrio e a insegurança.

O outro sistema é o das provas legais, o qual está em lado completamente contrário ao anterior. Neste, cada prova tem seu peso e o julgador está simetricamente vinculado àquelas produzidas.

Destes sistemas progrediu-se para um terceiro – o da persuasão racional, também conhecido por livre convencimento motivado–, segundo o qual, o julgador possui liberdade para apreciar e valorar as provas, porém, deve se limitar ao conjunto probatório dos autos, além de ter que motivar a sua decisão.

Ou seja, as provas serão analisadas e valoradas levando em consideração todo o material contido nos autos e pode o juiz fundamentar-se mais em uma do que em outra, conforme seu entendimento (art. 155 do CPP, conforme a Lei 11.690/08). Contudo, esse convencimento está vinculado aos fatos e às circunstâncias contidas nos autos, segundo a máxima *quod non est in actis non est in mundo*. Assim, caso o juiz saiba de forma pessoal de alguma condição ou situação que não esteja no processo, deverá providenciar, com os poderes que tem (art. 156, II, do CPP, conforme a Lei 11690/08) a complementação da prova produzida, submetendo-a ao crivo do contraditório.

Por fim, o sistema da persuasão racional se complementa com o dever que tem o julgador de fundamentar a sua decisão – Princípio da Motivação – trazendo todas as razões do seu convencimento. Trata-se, de determinação constitucional (CF, art. 93, inciso IX), que permite às partes verificar se a decisão oriunda logicamente do conjunto probatório contido nos autos.

A respeito do princípio da persuasão racional, Mendonça (2008, p. 154) descreve:

Manteve-se o princípio da persuasão racional como critério de apreciação das provas, a permitir que o magistrado possa dar a elas o valor que entender cabível, sem critérios predeterminados, em princípio. Entretanto, é decorrência deste sistema que o magistrado somente se atenha às provas existentes nos autos, pois “o que não está nos autos não está no mundo”. Outra limitação a este princípio está na necessidade de fundamentação, de assento constitucional (art. 5º, inc. LIV, e art. 93, inc. X). Assim, se é certo que, por um lado, pode valorar as provas sem critérios predeterminados pelo legislador, por outro deve se ater apenas às prova constantes dos autos e fundamentar a sua decisão. A nova lei mantém a restrição à liberdade das provas em relação ao estado das pessoas, tema a que o magistrado está vinculado ao que dispõe a legislação civil. Desse modo, o juiz não poderá provar o casamento com base em provas testemunhais, pois a prova do casamento, segundo a legislação civil, faz-se mediante certidão de casamento.

Além disso, vale lembrar que apesar da liberdade atribuída ao magistrado para avaliar as provas contidas nos autos, ainda existem algumas regras legais que trazem limite como, a exigência de exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios (art. 158 do CPP), bem como a submissão à prova civil no que diz respeito ao estado das pessoas (art. 155 do CPP, parágrafo único, conforme a Lei 11.690/08).

2.4 PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

2.4.1 A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

A inadmissão das provas ilícitas no processo nem sempre foi matéria pacífica no ordenamento jurídico brasileiro. Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, mais especificamente do seu artigo art. 5º, LVI, havia enorme discussão sobre a possibilidade de o Juiz levar considerar como fundamento para uma decisão a prova obtida ilicitamente. Senão vejamos os ensinamentos de Costa Filho (2005, p. 224):

Antes mesmo da promulgação da Lei Maior, em 1988, havia, na doutrina, grande discussão sobre a possibilidade de o juiz levar em consideração prova obtida ilicitamente. Ada Pellegrine Grinover, já em sua tese de concurso (Liberdades, cit., p. 200), fez primoroso estudo acerca das tendências da doutrina. Parte desta entende que nada impede a admissão de provas ilícitas no Processo Penal. Se a norma foi obtida com transgressão a norma de Direito Penal, de Direito Civil ou de Direito Administrativo, por exemplo, o seu autor sujeitar-se-á às sanções respectivas, nada impedindo sua admissão no processo. “Quem agiu contra jus deve ser punido, mas a prova é validamente introduzida no processo, toda vez que a lei processual não impeça: *male captum bene retentum*”. Parte da doutrina, entretanto, sustenta que, “mesmo do ponto de vista processual, não é

possível ao Juiz colocar, como fundamento da sentença prova obtida ilicitamente”.

No entanto, cumpre salientar que, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, os doutrinadores e juristas, já demonstravam uma tendência pela inadmissibilidade das provas ilícitas, até que se alcançou a convicção de que tais provas devem ser banidas do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por elas demonstrados. Segundo Grinover, Scarance e Gomes Filho (2004, p. 164/165), essa evolução veio retratada, entre nós, por três decisões do Supremo Tribunal Federal:

A primeira decisão é de 11.11.1977, ocasião em que foi determinado o desentranhamento de fitas gravadas, correspondentes à interceptação de conversa telefônica da mulher, feita pelo marido, para instruir processo de separação judicial (RTJ 84/609). Segue-se a essa, em outro processo cível, a decisão de 28.6.1984, também em caso de captação clandestina de conversa telefônica, igualmente determinando o desentranhamento dos autos da gravação respectiva (RTJ 110/798). (...) Finalmente, e agora em processo penal, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 18.12.1986, determinou o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações telefônicas feitas por particulares, confessadamente ilícitas (RTJ 122/47).

Rangel (2008, p. 414/415), também, descreve:

O legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o Juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública – princípio da verdade processual-, porém, esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam à manutenção de um Estado Democrático de Direito. [...]

No Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios. Não há como se garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com violação às normas legais em vigor. Do contrário, estaríamos em um Estado opressor, totalitário e não Democrático de Direitos (cf. art. 1º da CRFB).

Ainda, na visão de Rangel (2008, p. 415/416):

A prova obtida por meios ilícitos enquadra-se na categoria de prova vedada, que, se admitida e valorada pelo juiz em sua sentença, acarreta a nulidade da mesma. Por tal motivo, por exemplo, entendemos que a testemunha (isso mesmo a testemunha) em processo criminal, pode (e deve) se recusar a falar sobre aquilo que irá incriminá-la em processo criminal futuro, pois não obstante sua condição de testemunha no processo que presta depoimento (art. 342

do CP), isso não lhe priva dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna e o direito de não produzir prova contra si mesmo (art. 8, item 2, alínea g, da Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica) é um deles. A controvérsia pode surgir quando pensa que esse direito só pode ser usado quando se está respondendo a um processo criminal na qualidade de réu e não quando se está na qualidade de testemunha, ou seja, despoja-se o indivíduo de um direito dependendo de que lugar (ou cadeira) ele se encontra. Nada mais absurdo. A pessoa humana (como gostam de dizer) é portadora do direito de não se autoincriminar. No mesmo sentido devem ser tratadas as provas invasivas, ou seja, aquelas intervenções corporais feitas no indivíduo, contra sua vontade, como instrumento de prova, tais como exame de DNA, exame de alcoolemia (medição do teor alcoólico no sangue, através do bafômetro). Trata-se de produção de prova ilícita (cf. item 1.7, retro, princípio da presunção de inocência). Não se pode constranger o investigado e/ou acusado ao fornecimento desse tipo de prova, muito menos sua recusa ser considerada confissão tácita dos fatos. O direito de não se autoincriminar é garantia de um Estado Democrático de Direito (art. 5º, §2º, da CR c/c art. 8º, II, g do Decreto 678/92). (grifo do autor)

Gomes Filho (2005, p. 228) menciona o posicionamento da Suprema corte-americana, considerando, para tanto, o princípio da razoabilidade. Divide, então, o procedimento coativo em duas classes: a) aqueles que exigem a participação ativa do acusado; e b) aqueles que a colaboração é meramente passiva.

No primeiro caso, a coação infringiria o princípio de que o acusado não está obrigado a produzir prova contra si, e tal prova seria considerada ilícita. A Constituição Federal deve prevalecer ainda que um culpado permaneça impune. No segundo caso, o corpo humano deveria ser analogicamente equiparado ao domicílio, podendo se praticar um ato de coação e consequentemente utilizá-lo como prova com prévia autorização judicial.

A Constituição de 1988 determinou que as provas obtidas por meios ilícitos fossem consideradas inadmissíveis, contudo, não definiu expressamente, o conceito de provas ilícitas. Em razão disto, no ano de 2008, foi promulgada a Lei n.º 11.690, a qual corroborou o posicionamento constitucional, doutrinário e jurisprudencial, dando nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§4º (vetado).

Com relação ao assunto, ensina Mendonça (2008, p. 170):

A busca da verdade real, mesmo no processo penal, não pode ser vista como uma atividade ilimitada, existindo limites no âmbito legal e constitucional [...] Nesta senda, embora o CPP fosse omissivo, a Constituição Federal já estipulara a limitação mais explícita à busca da verdade real, disciplinando em seu art. 5º, inc. LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Veio em boa hora a disciplina legal, pois é relevante que “a lei processual fixe as balizas da regra constitucional de exclusão da prova ilícita”, conforme consta na exposição de motivos do anteprojeto. Justamente neste sentido a nova legislação disciplinou aspectos relevantes quanto à prova ilícita.

Nota-se, portanto, que atualmente é certo que as provas ilícitas, ou seja, as obtidas em violação de normas constitucionais ou legais são inadmissíveis, por determinação do art. 5º, LVI da Constituição Federal e do art. 157 do Código de Processo Penal, devendo cada caso concreto ser examinado detalhadamente à luz dos princípios e regras existentes em nosso ordenamento jurídico.

2.4.2 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Como já foi descrito acima, a prova ilícita não goza de idoneidade jurídica como forma de levar o julgador ao seu convencimento, razão pela qual deve ser desentranhada dos autos e inutilizada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade.

Isso porque, há um ideal maior, que é o de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse da sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito Democrático.

Porém, esta teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade das provas colhidas com infringência às garantias constitucionais e legais, tem sido atenuada por outra tendência, a que adota o chamado critério da proporcionalidade (na Alemanha) ou da razoabilidade (nos Estados Unidos), pelo qual, em certos casos, é de se admitir a prova obtida de forma ilícita, tendo em vista a relevância do interesse público a ser protegido.

Cuida-se, portanto, de uma questão que demanda análise de proporcionalidade entre a infringência à norma e os valores que a produção da prova conseguirá proteger, por intermédio do processo. Neste sentido, ensinam Grinover, Scarance e Gomes Filho (2004, p. 161):

E o que releva dizer é que, embora reconhecendo que o subjetivismo ínsito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos,

alguns autores têm admitido que sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida.

Segundo Rangel (2008, p. 422), “a regra do inciso LVI do art. 5º da CRFB não é assim, nem poderia ser, absoluta. Deve ser interpretada de forma coerente e razoável, mostrando proporção entre os bens jurídicos que se contrastam”. Dessa forma, a norma constitucional que veda, de modo categórico, a admissão processual da prova ilícita deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, de modo que ao juiz caberá, diante de cada caso em análise, avaliar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que está sendo violada.

Ademais, quando o próprio o réu pratica ato aparentemente ilícito com o fim de obter provas para sua defesa, está agindo amparado pela causa discriminante: estado de necessidade.

É certo considerar que a prova ilícita, quando favorável ao réu, vem sendo admitida com certa tranquilidade, em homenagem ao direito de defesa e ao princípio, que norteia o processo penal, do *favor rei*, para o que se mitiga o rigor da inadmissão absoluta da prova obtida de modo ilícito. Isso é permitido porque o acusado estaria em verdadeiro estado de necessidade, vendo-se, então, obrigado ao uso da prova ilícita em defesa de sua liberdade.

Ocorre que atualmente já se ventila a questão de a prova obtida de modo ilícito poder ser utilizada mesmo que contra o réu, em casos em que a vítima é que estaria agindo em estado de necessidade ou em legítima defesa, sua ou de outrem. Referido entendimento merece ser levado em conta, na medida em que o ordenamento jurídico está a proteger, não apenas direitos individuais do réu, mas também de outras pessoas que estiverem em situação merecedora de agasalho legal.

2.4.3 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Outra questão tormentosa diz respeito às denominadas “provas ilícitas por derivação”, aquelas que, conquanto lícitas em si mesmas, originaram-se de uma outra, ilicitamente obtida. Grinover, Scarance e Gomes Filho (2004, p. 162) exemplificam:

É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato, que em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado.

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e, pois, mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, situa-se a chamada “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), desenvolvida pela Suprema Corte Americana, e segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Assim, a obtenção ilícita

da informação se projeta sobre as diligências subseqüentes, aparentemente legais, maculando-as e a elas transmitindo o estigma da ilicitude penal.

Na doutrina, a corrente majoritária é do mesmo modo, no sentido da contaminação e inadmissibilidade da prova derivada pela ilícita. Contudo, corroborados pelas decisões jurisprudenciais, grandes mestres do direito têm ressaltado as hipóteses em que a teoria dos frutos da árvore envenenada deve ser mitigada, como bem define Grinover, Scarance e Gomes Filho (2004, p. 162/163):

No entanto é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.

Atualmente, toda a tendência doutrinária e jurisprudencial, acima mencionadas, no sentido de se considerar inadmissível as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não há conexão entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por meios independentes, foi teoricamente disciplinada através da promulgação da Lei nº. 11690/08, que deu nova redação ao artigo 157 do Código Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§4º (VETADO).

Apesar de estar praticamente pacificado pelos posicionamentos doutrinários, pelas decisões jurisprudenciais e, mais precisamente, pela nova redação dada ao artigo 157 do Código Penal, é preciso muito cuidado ao tratar-se desse tema, porque, muitas vezes, pode-se burlar facilmente a proibição da prova derivada, salientando tratar-se de fonte independente ou de descoberta inevitável. Para que estas hipóteses sejam corretamente aplicadas é necessário que, respectivamente, se tenha absoluta certeza que a prova valorada pelo Juiz efetivamente nasceu

de fonte autônoma ou que seria produzida de qualquer forma. Se não for demonstrada, com clareza meridiana, a autonomia ou independência da fonte, vale a doutrina da prova derivada inadmissível. Havendo dúvida, tudo se resolve em favor do réu.

2.4.4 CONSEQÜÊNCIAS DA PROVA ILÍCITA: SUA INEFICÁCIA

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, vedou, de maneira taxativa, a admissão no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, contudo, apenas 20 anos depois, a Lei nº. 11.690/08 veio determinar expressamente as conseqüências da utilização indevida das provas ilícitas, quais sejam o respectivo desentranhamento e incidente de inutilização das mesmas.

Destarte, a prova ilícita sequer pode ser produzida pela parte. Se, contudo, chegar a ser produzida, deverá ser excluída dos autos do processo, para tanto, o magistrado pode e deve atuar de ofício. Assim, é certo asseverar que o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e não ser condenado com base em prova ilicitamente obtida, em vista de configurar-se, a prova ilícita, elemento incompatível com os limites éticos e mesmo jurídicos que norteiam a atividade de persecução penal estatal.

Em idêntico sentido, Grinover, Scarance e Gomes Filho (2004, p. 170):

As provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como prova. Daí sua total ineficácia.

Se, porém, não determinar o magistrado o desentranhamento da prova ilícita, o acusado pode requerer que tal medida seja tomada. Como já mencionado acima, deve-se lembrar que, durante muito tempo, inexistiu norma genérica que estabelecesse a conseqüência advinda da utilização indevida da prova ilícita, razão pela qual, aplicava-se por analogia o artigo 145, inciso IV do Código de Processo Penal, que determina o desentranhamento de documento falso. Entretanto a Lei nº. 11.690 veio suprir esta lacuna, reformando o artigo 157 do referido diploma legal, o qual passou a estabelecer de modo expresso e categórico que as provas obtidas em violação a normas constitucionais e legais devem ser desentranhadas dos autos, facultando às partes acompanharem o incidente de inutilização das mesmas.

Em sede doutrinária entende-se que, quando a prova ilícita não foi a que deu azo à fundamentação do magistrado, tendo ele se baseado em outras provas, não contaminadas, não há que se falar em anulação do processo. Cai a lanço a lição de Sarmiento (2003, p.178), que abaixo se passa a transcrever:

A conseqüência do uso da prova ilícita é a impossibilidade da sua utilização no processo, sem prejuízo da punição dos responsáveis pela sua colheita. Do uso da prova viciada, porém, não se segue, necessariamente, a nulidade da decisão que a considerou. Quando a decisão se suportar em outras provas autônomas e independentes, suficientes para fundamentá-la, tem entendido o Pretório Excelso que não cabe a sua anulação.

Não se pode olvidar que os Tribunais têm sustentado que a prova vedada não gerará nulidade do processo se a condenação não estiver fundada, de modo exclusivo, na prova ilícita. Com efeito, tem-se entendido que se a sentença fizer expressa referência sobre a existência de outras provas, suficientes e aptas, por si, para a condenação, estaria afastada a nulidade. Referido entendimento, no entanto, se levado às últimas conseqüências, tolheria a eficácia da garantia constitucional que determina a inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos.

Por conseguinte, a prova ilícita que indevidamente ingressou nos autos e foi levada em consideração pelo juiz em sua sentença, deve ser desconsiderada de pronto em grau de recurso, pelo Tribunal, para o que será determinado seu desentranhamento dos autos do processo. E o Tribunal julgará a causa como se aquelas provas jamais tivessem existido.

Cabe, ainda, esclarecer que, em se tratando de sentença transitada em julgado que tenha se baseado em provas ilícitas, será a mesma nula, passível ser atacada por meio de revisão criminal, em cujo juízo rescisório poderá ser o réu absolvido. Porém, se se tratar de *habeas corpus*, o Tribunal deverá anular a sentença, indicando as provas viciadas e determinando que se proceda ao desentranhamento dos autos. Havendo, também, outras provas contaminadas pela ilicitude originária, contaminados estarão todos os atos processuais posteriores, daí ocasionando sua ineficácia, em decorrência do princípio da causalidade.

Por fim, deve-se destacar as observações de Grinover, Scarance e Gomes Filho (2004, p. 171) a respeito da prova ilícita no Júri:

Se a decisão de pronúncia tiver nela se apoiado, poderá ser reformada pela via recursal ou anulada mediante *habeas corpus*. Mas se se consumir a preclusão e o *habeas corpus* não for impetrado, não compete ao Juiz Presidente qualquer providência: o veredicto dos jurados, porém, será irremediavelmente nulo, até porque a ausência de motivação impede o conhecimento das razões de julgar. Se as provas ilícitas tiverem ingressado no processo, mas não tiverem sido levadas em consideração na pronúncia, o Presidente mandará desentranhá-las antes que delas tomem conhecimento os jurados. Mas se a elas se fizer referência em plenário, contra o disposto no art. 475 do CPP, o juiz deverá dissolver o Conselho de Sentença.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de se verificar que, mesmo antes do advento da Constituição da República de 1988, já pairava divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade ou não de a prova ilícita ser admitida no Processo Penal. Referida divergência foi estancada pelo legislador constituinte de 1988 que vedou, de modo categórico, a admissão processual da prova obtida por meios ilícitos, porém, diversos mestres do Direito e os Tribunais Pátrios continuaram a suscitar a relevante questão, sendo, pois, promulgada, atualmente, a Lei nº. 11.690/08, que veio preencher algumas lacunas referentes ao assunto.

Assim, está consolidado o entendimento de que a vedação estatuída no art. 5º, inciso LVI da Carta Magna não se dá de modo absoluto, eis que diante de casos concretos é cabível a sua relativização. Uma explicação para tanto está na fronteira muito tênue entre a preservação dos

direitos fundamentais que o mencionado dispositivo almeja proteger, e a preservação de direitos de terceiros ou da coletividade. Somente quando a invasão na esfera dos direitos fundamentais se mostrar indispensável, segundo critério de coerência e razoabilidade, poder-se-á fazer uso deste tipo de prova no Processo Penal.

Com efeito, o objetivo do legislador constituinte, ao vedar a admissão das provas obtidas por meios ilícitos ao processo, é estabelecer limitação à atividade de persecução penal do Estado, eis o *jus puniendi* não pode se dar a qualquer preço, extrapolando direitos e garantias individuais, sob pena de inconstitucionalidade. Por isso, faz-se possível afastar de um processo a prova, ainda que relevante e eficaz, que possa levar o julgador à certeza dos fatos alegados, desde que tal tenha sido colhida com afronta à norma de direito material ou processual.

Atualmente, porém, desenvolve-se enfaticamente posicionamento de que a prova ilícita pode ser utilizada processualmente e valorada pelo magistrado, desde que seja essa prova a única existente ou mesmo a prova hábil a promover a absolvição do acusado. Por isso é de se entender que nenhum juiz, em sã consciência, deverá se animar cometendo a enorme injustiça de condenar o réu, apenas por medo de fundamentar sua sentença em prova supostamente ilícita, já que a conduta do acusado, ao utilizar a prova viciada em seu favor, denota exclusão de ilicitude, qual seja estado de necessidade.

Com relação, as provas ilícitas por derivação situa-se no ordenamento jurídico brasileiro a denominada Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, a qual deve ser mitigada em duas circunstâncias, agora com previsão legal (art. 157, §1º e §2º do CP, alterado pela Lei nº. 11.690/08), quando não há conexão entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por meios independentes.

Se, contudo, a prova ilícita, sem que se exclua dela esse vício, ingressar no processo, vulnerando norma constitucional, deverá o magistrado proceder ao seu desentranhamento dos autos, já que não poderá considerá-la em decisão ou sentença que venha a proferir, uma vez que é tida por inexistente juridicamente e não hábil à comprovação dos fatos.

Dessa forma, se de um lado é certo que o Estado-Juiz deve solucionar, de modo mais justo quanto possível, o conflito que lhe é colocado à apreciação, para o que deverá estar convencido dos fatos alegados, não se pode olvidar que essa busca pela certeza possui limites, sob pena de imprestabilidade da prova colhida em desrespeito a direito assegurado em sede constitucional. Não se deve esquecer, entretanto, de que o formalismo processual não pode ser exaltado a ponto de sufocar direitos fundamentais, como a liberdade, bem maior em jogo no Processo Penal.

Portanto, podemos concluir também que a hipótese apresentada não condiz com a realidade adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual, faz ressalvas para a admissibilidade para utilização do prova ilícita.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pela Emendas Constitucionais nº. 1/1992

a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº. 1 a 6/1994. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL, Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** 9 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

COSTA FILHO, Fernando da. **Processo Penal.** 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v.3.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no Processo Penal.** 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Nova Reforma do CPP.** São Paulo: Método, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 14 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

A FINALIDADE DA PENA FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Thiago Martins dos Santos²⁶

Orientador: Jean Carlos Ferreira Monteiro²⁷

RESUMO

O desenvolvimento do presente trabalho tem como objetivo subsidiar o estudo da finalidade da pena frente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, utilizou-se de uma pesquisa exploratória, quanto aos objetivos; bibliográfica, quanto aos procedimentos técnicos. Em relação à técnica para a coleta de dados, utilizou-se da documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica. Já em relação às fontes para coleta de dados, utilizou-se das primárias e secundárias. Se o Estado está cumprindo com o seu dever no que diz respeito à finalidade reintegradora da pena, em especial, no que tange à espécie privativa de liberdade, eis o problema. Para chegar a uma explicação para este, se fez necessário mencionar os aspectos históricos da pena; a sua teoria geral, observando-se atentamente os princípios limitadores do direito de punir estatal, sobretudo, o da dignidade da pessoa humana, haja vista, ser este considerado o de valor supremo pela doutrina; as suas teorias e finalidades; e, por fim, a relação que há entre a sua execução e o Estado Democrático de Direito. Muito embora possa haver alguma resistência, a posição majoritária da doutrina sustenta que a função da ressocialização por intermédio da pena, infelizmente, não vem sendo cumprida na prática. Tal situação, no entanto, se faz presente não em razão da ausência de Leis, mas, exatamente, em razão da falta de intervenção política do Estado, levando-se, obrigatoriamente, a acreditar que enquanto não houver esta, o problema da reintegração será insolúvel diante da carência de condições mínimas dignas nos estabelecimentos carcerários, a exemplo maior, para a ocorrência desta, do superpovoamento existente. Desse modo, afirma-se que há uma total inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos. Estado. Garantias. Prisão.

ABSTRACT

The development of this paper aims to aid the study of the purpose of punishment against the principle of human dignity. To this end, we used an exploratory research, about the objectives; literature, as the technical procedures. Regarding the technique for data collection, we used the indirect documentation through the literature search. Regarding the sources for data collection, we used the primary and secondary. If the state is complying with its obligation with regard to the purpose of reintegrative shame, especially with regard to the kind of deprivation of liberty, here's the problem. To arrive at an explanation for this, it was necessary to mention the historical aspects of the sentence, and his general theory, observing carefully the principles limiting the right to punish state, above all, the dignity of the human person, considering, that this considered the supreme value of the doctrine, its theories and purposes, and, finally, the relationship that exists between the implementation and the rule of Law. Although there may be some resistance, the majority position of the doctrine holds that

²⁶ Bacharel em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES - UNIVEN

²⁷ Bacharel em Direito pela Faculdade Capixaba de Nova Venécia/ES – UNIVEN.

the function of rehabilitation through penalty, unfortunately, has not been fulfilled in practice. This situation, however, is present not because of the absence of laws, but exactly because of the lack of political intervention of the state, taking obligatorily to believe that while there is this, the problem of reintegration will helpless in the face of lack of minimum conditions worthy establishments in prison, a larger example, for this to occur, the existing overcrowding. Thus, it is argued that there is a total disregard of the principle of human dignity.

KEYWORDS: Rights. State. Warranties. Prison.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade subsidiar o estudo da finalidade da pena privativa de liberdade frente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, procuramos mencionar os aspectos históricos da pena, a sua teoria geral, segundo a doutrina, bem como o conceito da finalidade ressocializadora da mesma face aos direitos humanos e à dignidade, haja vista, ser esta um valor prioritário a ser atingido por um Estado Democrático de Direito.

Superado o período histórico em que o fim da pena era tido apenas como retribuição ou prevenção criminal, passou-se a entender que sua função precípua, na fase executória, é, exatamente, a de reeducar o criminoso. Assim, o objetivo do tratamento penitenciário, atualmente, é fazer do indivíduo preso ou internado uma pessoa apta a respeitar a lei penal, almejando-se desenvolver no mesmo uma atitude de apreço, de responsabilidade individual e social com respeito a sua família, ao próximo e à sociedade em geral.

Todavia, conforme se observa, ainda é muito discutida na doutrina tal finalidade em nosso país, eis que a grave crise existente em nosso Sistema Prisional transforma a pena, tão-somente, em uma espécie de castigo. Nesse contexto é que se buscará com este estudo provar que, mais do que um simples problema de direito penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado.

Desse modo, faz-se uma breve análise sobre as principais críticas relacionadas à função preventiva especial positiva da pena, destacando-se possíveis soluções para esta questão presente em nossa realidade. Como base aos argumentos desenvolvidos, considerou-se, sobretudo, uma rica bibliografia de autores do ramo.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PENA

2.1 A ORIGEM

As duas teorias mais estudadas se encarregam de explicar o surgimento da pena, são elas: a Teoria Criacionista e a Teoria Evolucionista.

A primeira sustenta que o primeiro registro acerca da aplicação da pena, na história da humanidade, ocorreu no Jardim do Éden, quando Eva, mediante influência da serpente, fez

com que Adão também o comesse do fruto da árvore proibida, sendo ambos, em consequente, expulsos do Paraíso, além de lhes serem aplicadas outras sanções.

A segunda afirma que o surgimento da pena se deu através dos primatas, eis que ao serem forçados a descerem das árvores em razão da ausência de alimentos, fixaram-se na terra, havendo, em consequente, a reação dos pequenos grupos contra o ataque externo.

Em que pese todo o avanço científico e tecnológico atual, ainda não se chegou a um consenso específico em relação à origem da pena.

2.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA CULTURAL

Independentemente da visão dos adeptos da Teoria Criacionista ou da Teoria Evolucionista, sabe-se que a pena apareceu concomitantemente com os primeiros agregados humanos, exatamente, quando as normas de convivência de determinado grupo eram violadas. Desta forma, necessário era haver uma reação contrária a tais infratores.

Em outras palavras, Beccaria (2003, p. 15, 16), inspirado na Teoria do Contrato Social de Rousseau, afirma:

As leis são as condições mediante as quais homens independentes e isolados se congregaram em sociedade, cansados de viver num constante estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Sacrificaram uma parte dela para gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdade sacrificadas ao bem de cada um forma a soberania de uma nação, e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador [...].

Foi, portanto a necessidade que obrigou os homens a ceder parte de sua própria liberdade. Destarte, cada homem só deseja colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas o bastante para induzir os outros a defendê-lo. A soma dessas porções mínimas possíveis constitui o direito de punir; [...].

Desse modo, inúmeras legislações apareceram ao longo da existência da espécie humana, tendo como propósito esclarecer as penalidades cominadas a cada uma de suas infrações, a exemplo das leis dos hebreus, bem como os Códigos de Hamurábi e de Manu.

No entanto, observa-se que desde a Antiguidade até meados do século XVIII as penas se limitavam a ter uma finalidade vingativa extremamente aflitiva, pois era o próprio corpo do agente que sofria as consequências da infração praticada. Nesse diapasão, é o que diz Pedrosa (2002, p. 243),

[...] E, para piorar a situação, as penas eram infames e desmedidas. Desde os açoites, passando pela excomunhão, os banimentos, a declaração da infâmia, até a morte, o cidadão poderia ver-se, da noite para o dia, com o seu destino arrasado. Isso sem falar nas ordálias, ou juízos de Deus, praticados desde a antiguidade, consistentes em deixar o resultado do julgamento relegado à pura sorte ou azar do réu (p. ex.,

amarrava-se um indivíduo pelas pernas e atirava-se no rio: se flutuasse, seria inocente...). Os juízes, por sua vez, atuavam de maneira hipócrita, sem controle, vingativos, servos do rei. A prisão, contudo, não era a pena final. Ao contrário. As sanções existentes não conheciam o ergástulo como meta derradeira.

Desta forma, o sofrimento físico, a dor do corpo, era o elemento que se buscava alcançar com a aplicação da pena. O advento do Iluminismo, porém, principalmente no século XVIII, consistiu no marco inicial de um novo pensamento em relação a sua cominação, desaparecendo o suplício.

A partir de então, de acordo Foucault (2002, p. 14), almejava-se “não tocar mais no corpo, ou o mínimo possível, e para atingir nele algo que não é o corpo propriamente”. Excluiu-se, assim, do castigo a encenação da dor.

Acredita-se que o desaparecimento dos suplícios ocorreu mais ou menos entre os anos de 1830 e 1848. Todavia, segundo Foucault (2002, p. 18),

O poder sobre o corpo, por outro lado, tampouco deixou de existir totalmente até meados do século XIX. Sem dúvida, a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito. Porém castigos como trabalhos forçados ou prisão – privação pura e simples da liberdade – nunca funcionaram sem certos complementos punitivos referentes ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra.

Como se vê, passou-se a haver diferença no que diz respeito à relação castigo-corpo. Em meio a este cenário, sob total influência das idéias iluministas, surge a figura proeminente de César Bonesana, o Marquês de Beccaria, através da publicação, em 1764, de sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*. Para Greco (apud ARAGÃO, 2006, p. 522, 523), coube a ele:

a honra inexcusável de haver sido o primeiro que se empenhara em uma luta ingente e famosa, que iniciara uma campanha inteligente e sistemática contra a maneira iníqua e desumana por que, naqueles tempos de opressão e barbárie, se tratavam os acusados, muitas vezes inocentes e vítimas sempre da ignorância e perversidade dos seus julgadores. Ao seu espírito, altamente humanitário, repugnavam os crudelíssimos suplícios que se inventavam como meios de punição ou de mera investigação da verdade, em que, não raro, supostos criminosos passavam por todos os transe amargurados de um sofrimento atroz e horrorizante, em uma longa agonia, sem tréguas e lentamente assassina. Ele, nobre e marquês, ao invés de escutar as conveniências do egoísmo, de sufocar a consciência nos gozos tranqüilos de uma existência fidalga, em lugar de manter-se no fácil silêncio de um estéril e cômodo mutismo, na atmosfera de ociosa indiferença, ergueu a sua voz, fortalecida por um grande espírito saturado de idéias generosas, em defesa dos mais legítimos direitos dos cidadãos, proclamando bem alto verdades filosóficas e princípios jurídicos até então desconhecidos ou, pelo menos, desrespeitados e repelidos.

Nessa senda, Pedrosa (2002, p. 245), destaca:

Se os Iluministas pensavam, no contexto geral, de forma oposta ao que se praticava, foi BECCARIA quem conseguiu verbalizar, objetiva e sistematicamente, essas ideias. Atacou os pontos centrais do horror, diretamente. Encostou o dedo nas feridas do sistema. Balançou os alicerces dos poderosos [...]. A grandeza de sua obra reside na crítica irresponsável aos costumes então vigentes. A grandeza de sua obra reside na adoção das ideias pregadas por várias codificações posteriores, inclusive nossa atual Constituição.

Indiscutível é, nestes termos, a influência importantíssima de Beccaria em relação ao surgimento da nova concepção da finalidade da pena, uma vez que, além de ter apontado uma série de reformas, a iniciar pela abolição da pena de morte e da tortura, sustentou ideias que justificam a existência dos chamados princípios da pena, bem como que o seu propósito seria intimidar o cidadão e recuperar o infrator, entre outros.

Nas palavras de Foucault (2002, p. 108), “no projeto dos juristas reformadores, a punição é um processo para requalificar os indivíduos como sujeitos de direito; [...]”.

Hodiernamente há, segundo Greco (2006, p. 523), “pelos menos nos países ocidentais, uma preocupação maior com a integridade física e mental, bem como com a vida dos seres humanos”. Busca-se, sobretudo, a preservação da dignidade da pessoa humana. A título de exemplo, verifica-se o pacto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovado no ano de 1948.

A respeito da evolução histórica da pena e a sua respectiva finalidade, Masson (apud BRUNO, 2009, p. 514), expressa:

Como reação contra o crime, isto é, contra uma grave transgressão das normas de convivência, ela aparece com os primeiros agregados humanos. Violenta e impulsiva nos primeiros tempos, exprimindo o sentimento natural de vingança do ofendido ou a revolta de toda a comunidade social, ela se vai disciplinando com o progresso da cultura, abandonando os seus apoios extrajurídicos e tomando o sentido de uma instituição de Direito posta nas mãos do poder público para a manutenção da ordem e segurança social.

Como se observa, malgrado haja, ainda, países que aplicam a pena de morte, além de serem reconhecidos como desenvolvidos, a exemplo dos Estados Unidos da América do Norte, várias foram as mudanças ocorridas através da história no que tange à finalidade da pena, haja vista, a dignidade da pessoa humana.

Embora seja perceptível que ainda há muito que se fazer, o Brasil é um exemplo de tais mudanças, pois houve vedação à cominação de uma série de penas. Assim, dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVII (BRASIL, 2011, p. 21/24):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Destarte, chega-se à conclusão de que a pena e a sua respectiva finalidade vem se disciplinando com o progresso da cultura, eis que, de acordo Greco (2006, p. 524), “mesmo que com alguns retrocessos, o sistema de aplicação da lei penal tende a eliminar a cominação de penas que atinjam a dignidade da pessoa humana”.

3 TEORIA GERAL DA PENA

3.1 SANÇÃO PENAL

Segundo Masson (2009, p. 513), a “sanção penal é a resposta estatal, no exercício do *ius puniendi* e após o devido processo legal, ao responsável pela prática de um crime ou de uma contravenção penal”.

A sanção penal, por sua vez, divide-se em duas espécies, sendo elas: a pena e a medida de segurança.

Quanto ao objetivo de cada uma delas, Nucci (2008, p. 1005, 1006), sustenta:

A pena tem caráter multifacetado, envolvendo, necessariamente, os aspectos retributivo e preventivo, este último nos prismas positivo geral e individual, bem como negativo geral e individual, [...].

Esses aspectos podem ser encontrados em dispositivos legais, como o art. 59 do Código Penal, cuidando da individualização da pena, além de várias normas da Lei de Execução Penal.

A medida de segurança, por sua vez, tem a finalidade de prevenir o cometimento de novos delitos e garantir a cura do autor do fato havido como infração penal, quando constatada a sua inimputabilidade ou semi-imputabilidade [...].

Posto isso, observa-se que ambas as espécies são responsáveis pelo cumprimento do objeto da execução penal, porém, cada qual com a sua respectiva destinação. Ademais, frisa-se que a pena tem como pressuposto a culpabilidade e se destina aos imputáveis e aos semi-imputáveis não perigosos, ao passo, que a medida de segurança tem como pressuposto a periculosidade.

Assim, menciona o artigo 1º da Lei de Execução Penal: “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”.

3.2 CONCEITO

Para Greco (2006, p. 519),

A pena é a conseqüência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*.

Noutro giro, Nucci (2008, p. 368), define a pena como: “[...] a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a *retribuição* ao delito perpetrado e a *prevenção* a novos crimes”.

Destarte, conforme sustenta Masson (2009, p. 514), conclui-se que a pena é:

[...] a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.

3.3 ESPÉCIES

Segundo o artigo 32 do Código Penal (BRASIL, 2011, p. 351),

Art. 32. As penas são:

- I – privativas de liberdade;
- II – restritivas de direitos;
- III – de multa.

3.3.1 PRIVATIVAS DE LIBERDADE

São três as penas privativas de liberdade: reclusão, detenção, e prisão simples. A primeira e a segunda decorrem da prática de crimes, a terceira decorre da prática de contravenções penais.

A pena privativa de liberdade, por sua vez, é reconhecida atualmente como a principal sanção do ordenamento jurídico, uma vez que substituiu a pena corporal e a de morte.

3.3.2 RESTRITIVAS DE DIREITOS

O artigo 43 do Código Penal (BRASIL, 2011, p. 352), afirma:

- Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
- I – prestação pecuniária;
 - II – perda de bens e valores;

[...]

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana.

3.3.3 DE MULTA

É a pena de natureza pecuniária. A seu respeito, Greco (2006, p. 532, 533), narra:

[...] o seu cálculo é elaborado considerando-se o sistema de dias-multa, que poderá variar entre um mínimo de 10 (dez) ao máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, sendo que o valor correspondente a cada dia multa será de 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos até 5 (cinco) vezes esse valor. Poderá o juiz, contudo, verificando a capacidade econômica do réu, triplicar o valor do dia-multa, segundo a norma contida no § 1º do art. 60 do Código Penal.

3.3.4 COMINAÇÃO

Em nosso sistema penal, abstratamente, as penas podem ser cominadas através de três formas, sendo elas: isoladamente, cumulativamente, e alternativamente.

3.3.4.1 ISOLADAMENTE

Ocorrerá sempre quando houver, no preceito secundário do tipo incriminador, uma única espécie de pena a ser aplicada.

3.3.4.2 CUMULATIVAMENTE

Incidirá quando houver, em conjunto, a possibilidade de aplicação de mais de uma espécie de pena.

3.3.4.3 ALTERNATIVAMENTE

Ocorrerá quando houver, ao magistrado, a opção entre duas espécies distintas de penas, devendo o mesmo aplicar apenas uma delas.

4 TEORIAS E FINALIDADES DA PENA

O estudo das teorias da pena é umbilicalmente relacionado com as suas respectivas finalidades. A doutrina, por sua vez, narra a existência de duas teorias, sendo elas: a absoluta e a relativa.

4.1 TEORIA ABSOLUTA

Para Greco (apud FERRAJOLI, 2006, p. 524),

[...] são teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’ ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento [...].

Dessa forma, a pena atua, aqui, como um instrumento de compensação em razão da conduta ilícita cometida pelo agente. Dentre os que advogam as teses absolutistas, destaca-se a figura de Kant e Hegel.

4.2 TEORIA RELATIVA

Segundo Greco (apud FERRAJOLI, 2006, p. 524),

[...] são, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.

Desse modo, o objetivo da pena, aqui, é prevenir, ou seja, evitar a prática de outras condutas ilícitas. Dentre os que advogam para esta teoria, destaca-se a figura de Sêneca como a mais antiga.

A teoria relativa, por sua vez, se biparte, conforme a fundamentação da prevenção, em duas, sendo elas: a prevenção geral e a prevenção especial.

4.2.1 PREVENÇÃO GERAL

A prevenção geral, destinada ao domínio da violência, é estudada sob dois aspectos, quais sejam: o negativo e o positivo.

4.2.1.1 ASPECTO NEGATIVO

A prevenção geral negativa ou prevenção por intimidação, segundo Greco (apud HASSEMER, 2006, p. 525), se fundamenta na:

[...] esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; [...].

Nesses termos, busca-se afastar toda e qualquer intenção dos concidadãos a praticar condutas ilícitas em meio à sociedade.

4.2.1.2 ASPECTO POSITIVO

De acordo com Masson (apud ROXIN, 2009, p. 519),

Em suma, o aspecto positivo da prevenção geral repousa na conservação e no reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico. A pena tem a missão de demonstrar a inviolabilidade do Direito diante da comunidade jurídica e reforçar a confiança jurídica do povo.

Assim, por intermédio desta, busca-se com a pena integrar a sociedade quanto à precisão de respeito a certos valores tutelados pelo direito.

4.2.1.3 PREVENÇÃO ESPECIAL

Destinada exclusivamente ao condenado, a prevenção especial, também, se biparte em dois aspectos, quais sejam: o negativo e o positivo.

4.2.1.3.1 ASPECTO NEGATIVO

Nas palavras de Greco (2006, p. 526), “[...] pela prevenção especial negativa existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização esta que ocorre com a sua segregação no cárcere”.

Retira-se, portanto, por um determinado período, por intermédio da pena de prisão, o agente criminoso da sociedade a fim de que não venha se reincidir.

4.2.1.3.2 ASPECTO POSITIVO

Para Masson (apud HASSEMER, 2009, p. 519),

[...] a prevenção especial positiva preocupa-se com a ressocialização do condenado, para que no futuro possa ele, com o integral cumprimento da pena, ou, se presentes os requisitos legais, com a obtenção do livramento condicional, retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo Direito. A pena é legítima somente quando é capaz de promover a ressocialização do criminoso.

Nessa senda, almeja-se, por meio deste, fazer com que o agente não venha cometer, após ficar apto a conviver em sociedade, mediante o cumprimento de sua pena, novos delitos.

Todavia, verifica-se que está sendo impossível, conforme a doutrina e a jurisprudência, a concretização desta finalidade, em especial, em razão das características do modelo atual do sistema penitenciário.

4.3 TEORIA ADOTADA PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Proclama o artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 2011, p. 353):

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Assim, observa-se que o Brasil adotou a chamada teoria mista ou unificadora da pena. Nas palavras de Greco (2006, p. 526),

Isso porque a parte final do caput do art. 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção.

5 FALHAS EM RELAÇÃO AO CRITÉRIO DE RESSOCIALIZAÇÃO

A maioria dos juristas critica o critério de prevenção especial positiva da pena privativa de liberdade, eis que a ressocialização, vista como o seu objetivo, não vem se cumprindo em decorrência, sobretudo, da ausência de vontade política do Estado.

Em especial, nota-se, a título de influência, a situação atual dos sistemas penitenciários, repletos de falhas no que diz respeito ao procedimento da execução penal.

Nesse sentido, Greco (apud CERVINI, 2006, p. 528), reconhece que:

[...] Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência da pena e outras características próprias de toda instituição total inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloqüentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama.

Na mesma trilha, Masson (apud RODRIGUES, 2009, p. 519), diz:

E, como tem se sustentado atualmente, antes de ser socializadora, a execução da pena de prisão deve ser não-dessocializadora. Isto, num duplo sentido: por um lado, não se deve amputar o recluso dos direitos que a sua qualidade de cidadão lhe assegura; por outro lado, deve-se reduzir ao mínimo a marginalização de fato que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe estão associados [...].

Destarte, pode-se afirmar que, sem sombra de dúvidas, há em nosso país, no que tange à finalidade da reeducação do condenado, um terrível problema político-social do Estado.

Na prática, Nucci (2008), fala que o Estado, infelizmente, tem dado pouquíssima atenção ao sistema carcerário e que, em consequente, permitiu que vários presídios se transformassem em verdadeiras masmorras, em razão, no geral, da inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assegura o artigo 38 do Código Penal (BRASIL, 2011, p. 351): “[...] o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

No mesmo entendimento, enfatiza o artigo 3º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 2011, p. 1009):

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.
Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Percebe-se, pois, que a Constituição Federal de 1988, bem como a legislação ordinária, em relação ao período de cumprimento da pena de prisão, assegura todo e qualquer direito individual pertencente aos sentenciados, com exceção, conforme Schmitt (apud MORAES, 2007, p. 315),

[...] dos incompatíveis com a condição peculiar do preso, tais como liberdade de locomoção (CF, art. 5º, XV), livre exercício de qualquer profissão (CF, art. 5º, XIII), inviolabilidade domiciliar em relação à cela (CF, art. 5º, XI), exercício dos direitos políticos (CF, art. 15, III) [...].

Ademais, o artigo 10 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 2011, p. 1009), ratifica:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.
Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

E o artigo 11 do mesmo Diploma Legal (BRASIL, 2011, p. 1009), o complementa:

Art. 11. A assistência será:
I - material;
II - à saúde;

- III - jurídica;
- IV - educacional;
- V - social;
- VI - religiosa.

Entretanto, resta claro que, lamentavelmente, a lei não é cumprida à risca. Desse modo, inevitável é a presente situação indigna nos estabelecimentos prisionais.

A título de exemplo contribuinte para tal situação, destaca-se a lotação dos presídios.

Prevê o artigo 85 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 2011, p. 1014):

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.

No entanto, segundo Nucci (2008, p. 1032):

[...] Esse é outro ponto extremamente falho no sistema carcerário brasileiro. Se não houver investimento efetivo para o aumento do número de vagas, respeitadas as condições estabelecidas na Lei de Execução Penal para os regimes fechado, semiaberto e aberto, nada de útil se poderá esperar do processo de recuperação do condenado [...].

Dessa forma, nota-se que quando há superpovoamento do presídio, a ressocialização do condenado se torna praticamente impossível.

Como se vê, surgiu uma decisão do juízo do conhecimento que alcançou presos provisórios e definitivos, sendo que estes se encontravam na mesma Delegacia daqueles.

A lotação dos presídios, portanto, tem sido uma das principais responsáveis para a ocorrência do atual caos no sistema carcerário, dificultando de maneira significativa, além de ferir os direitos individuais dos sentenciados, o objetivo da reeducação dos mesmos.

Assim, os presos provisoriamente deverão ficar separados dos que já foram definitivamente condenados, sob pena de ferir, acima de tudo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse rumo, proclama o artigo 84 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 2011, p. 1014):

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§ 1º O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes.

§ 2º O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.

Por fim, pode-se afirmar que há um total desrespeito com os direitos e garantias fundamentais dos sentenciados e, em consequência, com o princípio da dignidade da pessoa humana no decorrer do cumprimento da pena de prisão, fato este, que torna impossível a obtenção de êxito em relação à pretensão da ressocialização, não se tratando, nesse raciocínio, de um mero problema de direito penal, mas sim de um grave problema social.

Assim sendo, conclui-se que, de acordo Greco (2006, p. 529), “[...] enquanto não houver vontade política o problema da ressocialização será insolúvel [...]”, uma vez que, atualmente, nas palavras de Masson (apud RODRIGUES, 2009, p. 519), almeja-se “[...] preparar a reinserção social em um contexto, por definição, anti-social”, lembrando-se, por derradeiro, que a lotação de pessoas no sistema carcerário é apenas um dos fatores contribuintes para a existência deste quadro tão vergonhoso.

6 O DIREITO DE PUNIR E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para Moraes (2007, p. 17),

O Estado Democrático de Direito, [...] significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, [...].

Nesse sentido, Masson (2009, p. 521), com efeito, expressa:

[...] a pena deve atender aos anseios da sociedade, consistentes na tutela dos bens jurídicos indispensáveis para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, pois só assim será legítima e aceita por todos em um Estado Democrático de Direito, combatendo a impunidade e recuperando os condenados para o convívio social.

Percebe-se, portanto, que a função social da pena se justifica no Estado Democrático de Direito.

Destarte, não se pode permitir que haja, no decorrer da execução penal, a inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de, segundo Nucci (2008, p. 65), “[...] se questionar a supremacia do Texto Fundamental, colocando em risco a própria noção de soberania do povo [...]”.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa foi realizada com a finalidade de subsidiar o estudo da pena frente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, por todo o exposto, conclui-se que:

Não obstante ter existido em âmbito mundial, em especial, no Brasil, uma evolução histórica cultural da pena e sua respectiva finalidade no sentido de alcançar o respeito à dignidade

humana, chegando-se, atualmente, no entendimento sustentado pela Nova Defesa Social, pode-se afirmar que, ainda, não houve, na prática, o necessário alcance do efetivo cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

No sentido de reconhecer a dignidade humana, bem como a função da pena que almeja a reeducação do apenado, verifica-se que a atual Constituição Federal e a legislação em vigor são perfeitas.

Todavia, diante de um sistema penitenciário caracterizado por uma série de condições indignas, a exemplo do superpovoamento existente, revela-se extremamente ineficaz o integral cumprimento dos direitos acima assegurados, em razão, sobretudo, da falta de vontade política do Estado.

Portanto, percebe-se que o Estado, hodiernamente, não demonstra total interesse pelos direitos humanos dos presos, deixando, em consequente, de executar parte das funções do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em meio a esse cenário, não há o que se falar na tão almejada ressocialização do condenado por intermédio da pena, eis que não há subsídios suficientes para que o sentenciado obtenha um retorno digno a viver em sociedade.

Por outro lado, nota-se que de nada adiantaria, de acordo com a experiência histórica, o rigor em relação às espécies de sanções a serem executadas, pois não asseguraria o combate à criminalidade, muito menos, a finalidade reeducativa da pena.

Destarte, na elaboração de um Estado Democrático de Direito, o direito de punir deve ser exercido obedecendo, em sentido amplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista, ser este considerado o de valor supremo. Nesse entendimento, enquanto não houver vontade política do Estado, em especial, no sentido de garantir uma melhor estrutura carcerária cumprindo fielmente a Lei, o problema da ressocialização não terá solução.

8 REFERÊNCIAS

1. BECCARIA, César. **Dos delitos e das penas**. Diadema: Revista dos Tribunais, 2003.
2. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum: acadêmico de direito. Org. por Anne Joyce Angheer. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2011.
3. _____. **Código Penal (Decreto-Lei nº. 2.848 de 07.12.1940)**. Vade Mecum: acadêmico de direito. Org. por Anne Joyce Angheer. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2011.
4. _____. **Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210 de 11.07.1984)**. Vade Mecum: acadêmico de direito. Org. por Anne Joyce Angheer. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2011.
5. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
6. GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 7. 99d. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. V. 1.

7. MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.
8. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
9. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 4. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
10. _____, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
11. SCHMITT, Ricardo Augusto. **Princípios penais constitucionais**: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: *Jus Podivm*, 2007.