

DIÁ LOGOS inter discipli nares



**ÁLVARO CARVALHO DIAS DA SILVA
CLAUDIANOR ALMEIDA DE FIGUEIREDO
GUSTAVO HENRIQUE QUEIROZ DOS SANTOS
TIAGO MEDEIROS LEITE**

ORGANIZADORES

DIÁ LOGOS inter discipli nares



plu·ral
editorial

CAMPINA GRANDE
1ª Edição | 2022

Copyright © 2022 **Os Organizadores**

Todos os direitos e responsabilidades, reservados e protegidos pela Lei 9.610.

É permitida a reprodução parcial desde que citada a fonte.

Editor literário: Linaldo B. Nascimento

Capa, projeto gráfico e diagramação: Plural Editorial

Revisão de texto: Os autores

Linha editorial: **escola**plural

Projeto encomendado por



facsu.edu.br

Produzido e registrado por © 2022 **Plural Editorial**.

Prefixo na Agência Brasileira desde 2015.



PLURALEEDITORIAL.COM

IBL
Câmara
Brasileira
do Livro

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D588

Diálogos interdisciplinares FACSU / Álvaro Carvalho Dias da Silva; Claudianor Almeida de Figueiredo; Gustavo Henrique Queiroz dos Santos; Tiago Medeiros Leite. (Organizadores) -- 1. ed. -- Campina Grande, PB : Plural, 2022.

200p.

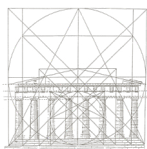
ISBN 978-65-84621-30-5 | Digital

1. Direito. 2. Filosofia. 3. Pedagogia. I. Título.

1. ed. CDD 80 | CDU 001



Ciência, Sistema, Teoria e Filosofia do Direito
Wissenschaft, System, Theorie und Philosophie des Rechts



CONSELHO EDITORIAL

Luciano Nascimento Silva (UEPB/UFPB)
Jorge E. Douglas Price (UNCOMAHUE)
Antônio Roberto Faustino da Costa (UEPB)
Diego Duquelsky (UBA)
Raffaele De Giorgi (UNISALENTO)
Celso Fernandes Campilongo (USP/PUC-SP)
Vincenzo Carbone (UNINT)

CONSELHO CIENTÍFICO

Afrânio Silva Jardim (UERJ)
Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB)
Anne Augusta Alencar Leite (UFPB)
Heloisa Estellita (FGV/SP)
Carlos Wagner Dias Ferreira (UFRN)
Jonas Eduardo Gonzales Lemos (IFRN)
Dimitre Braga Soares de Carvalho (UFRN)
Juliana Magalhães Neuwander (UFRJ)
Eduardo Ramalho Rabenhosrt (UFPB)
Maria Creusa de Araújo Borges (UFPB)
Fernando José Ludwig (UFT)
Pierre Souto Maior C. Amorim (ASCES)
Germano Ramalho (UEPB)
Rodrigo Costa Ferreira (UEPB/UFRN)
Glauber Salomão Leite (UEPB)
Rosmar A. R. C. de Alencar (UFAL)
Gonçalo N. C. S. de Melo Bandeira (IPCA/PT)
Vincenzo Milittello (UNIPA/ITA)

AUTORES

Adriana Freitas da Silva

Cláudio Vale de Araújo

Francisca Rita de Oliveira

Gustavo Henrique Queiroz dos Santos

Jisiane Kenia Jerônimo dos Santos

Marcelo Fernandez C. de M. Urani

Mateus da Silva Fernandes

Patrícia Luciana Pereira da Silva

Paulo Henrique Gil de Medeiros

Rilawilson José de Azevedo

Roberto Leonardo da Silva Ramos

Tarcione Ferreira de Lima

Tiago Medeiros Leite

***“Ensinar não é transferir conhecimento,
mas criar as possibilidades para a sua própria
produção ou a sua construção.”***

— Paulo Freire

INTRODUÇÃO

Diólogos Interdisciplinares constitui o tema e título deste livro (e-book) que resulta das discussões promovidas nos âmbitos do ensino, pesquisa e extensão da Faculdade Sucesso (FACSU). A obra foi desenvolvida em parceria com professores pesquisadores de outras instituições de ensino do país e profissionais de diversas áreas. Esta produção promove um espaço de observações científicas no campo das ciências humanas e sociais aplicadas.

Este volume inaugural apresenta capítulos iniciais sobre observações científicas jurídicas, sob olhares interdisciplinares, com foco no Direito e nos Serviços Jurídicos, Notariais e de Registro, que são: “Poder Judiciário e punitivismo penal: o acesso à justiça na Paraíba sob o olhar da criminologia crítica” (Tiago Medeiros Leite); “Expansão da jurisdição constitucional: exame a partir dos fundamentos teóricos” (Roberto Leonardo da Silva Ramos); “A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais no Brasil” (Marcelo Fernandez C. de M. Urani); “Direitos Humanos e emancipação: reflexões a partir dos povos Lakotas e da questão judaica” (Gustavo Henrique Queiroz dos Santos e Patrícia Luciana Pereira da Silva); “A possibilidade de dispensa do pagamento de fiança pelo(a) delegado(a) de polícia em consonância com os direitos fundamentais do cidadão” (Paulo Henrique Gil de Medeiros e Tiago Medeiros Leite) e “Súmula Vinculante nº 5: estudo de caso e seus reflexos jurídicos” (Cláudio Vale de Araújo e Rilawilson José de Azevedo).

Também são apresentadas observações científicas sob o olhar da Filosofia e da Pedagogia, refletindo, principalmente, a pandemia de Covid-19, com os capítulos: “Pandemia e vida: uma reflexão filosófica entre biopoder e superação” (Mateus da Silva Fernandes); “Avaliação escolar em tempos de pandemia de Covid-19 no Brasil:

possibilidades e desafios” (Adriana Freitas da Silva, Francisca Rita de Oliveira e Tarcione Ferreira de Lima) e “Avaliação na educação infantil: ações capazes de alavancar o desenvolvimento proficiente da criança no espaço escolar” (Jisiane Kênia Jerônimo dos Santos).

A interdisciplinariedade é um dos eixos da educação superior do século XXI. Perceber o mesmo objeto de estudo sob a perspectiva dos diferentes campos da ciência revela-se como uma forma de melhor compreensão dos problemas da humanidade e consequentemente do seu progresso.

Dessa forma, não há dúvidas de que as observações aqui reunidas contribuem para o conhecimento e aprofundamento do debate sobre direitos humanos numa perspectiva de acesso à justiça, educação e cultura de paz, voltados para o aprofundamento do desenvolvimento da pesquisa e extensão no ensino superior brasileiro.

São Bento, Paraíba, 4 de agosto de 2022.

Prof. Me. Gustavo Henrique Queiroz dos Santos
Prof. Dr. Tiago Medeiros Leite

SUMÁRIO

1. PODER JUDICIÁRIO E PUNITIVISMO PENAL: O ACESSO À JUSTIÇA NA PARAÍBA SOB O OLHAR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA | 19

TIAGO MEDEIROS LEITE

2. EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: EXAME A PARTIR DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS | 41

ROBERTO LEONARDO DA SILVA RAMOS

3. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES AMBIENTAIS NO BRASIL | 65

MARCELO FERNANDEZ C. DE M. URANI

4. DIREITOS HUMANOS E EMANCIPAÇÃO: REFLEXÕES A PARTIR DOS POVOS LAKOTAS E DA QUESTÃO JUDAICA | 87

GUSTAVO HENRIQUE QUEIROZ DOS SANTOS

PATRÍCIA LUCIANA PEREIRA DA SILVA

5. A POSSIBILIDADE DE DISPENSA DO PAGAMENTO DE FIANÇA PELO(A) DELEGADO(A) DE POLÍCIA EM CONSONÂNCIA COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO | 105

PAULO HENRIQUE GIL DE MEDEIROS

TIAGO MEDEIROS LEITE

6. Súmula Vinculante nº 5: Estudo de caso e seus reflexos jurídicos | 127

CLÁUDIO VALE DE ARAÚJO

RILAWILSON JOSÉ DE AZEVEDO

**7. PANDEMIA E VIDA: UMA REFLEXÃO
FILOSÓFICA ENTRE BIOPODER E SUPE-
RAÇÃO | 147**

MATEUS DA SILVA FERNANDES

**8. AVALIAÇÃO ESCOLAR EM TEMPOS
DE PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL:
POSSIBILIDADES E DESAFIOS | 163**

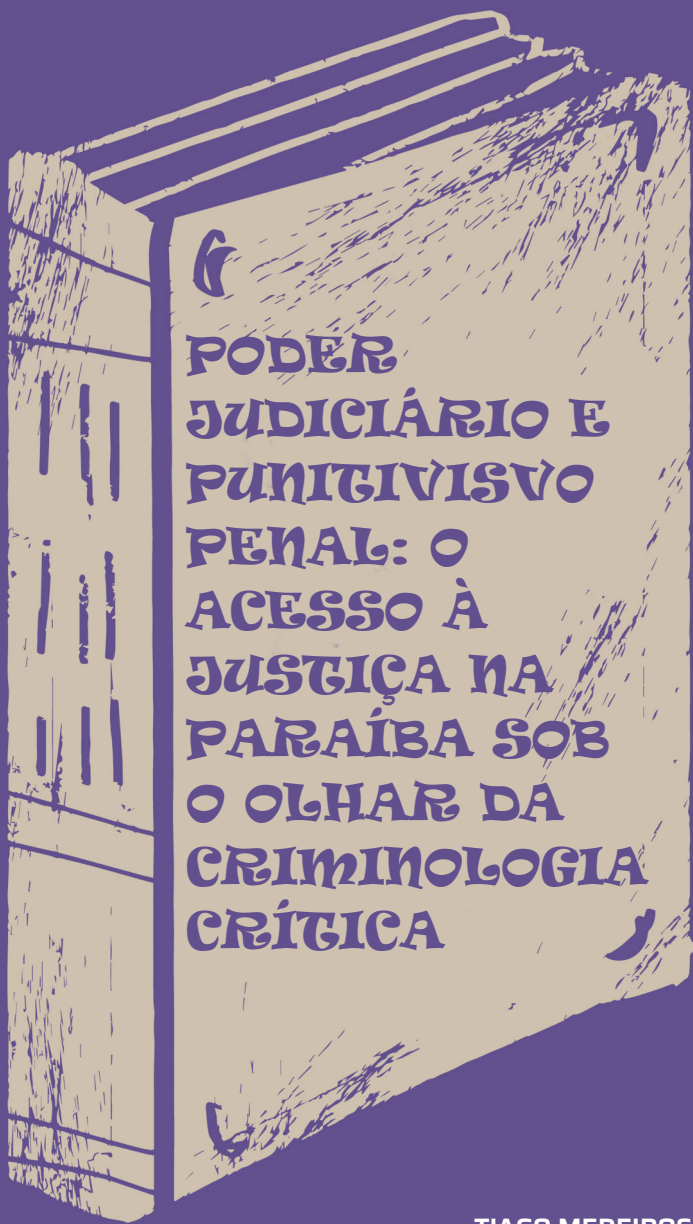
ADRIANA FREITAS DA SILVA

FRANCISCA RITA DE OLIVEIRA

TARCIONE FERREIRA DE LIMA

**9. AVALIAÇÃO NA EDUCAÇÃO INFAN-
TIL: AÇÕES CAPAZES DE ALAVANCAR O
DESENVOLVIMENTO PROFICIENTE DA
CRIANÇA NO ESPAÇO ESCOLAR | 185**

JISIANE KENIA JERÔNIMO DOS SANTOS



**PODER
JUDICIÁRIO E
PUNITIVISMO
PENAL: O
ACESSO À
JUSTIÇA NA
PARAÍBA SOB
O OLHAR DA
CRIMINOLOGIA
CRÍTICA**

TIAGO MEDEIROS LEITE

TIAGO MEDEIROS LEITE

Doutor em Ciências Jurídicas (UFPB).
Mestre em Direitos Humanos (UFPB).
Professor do Curso de Direito
na UNIFIP e FACSU. Advogado.
adv.medeirosleite@gmail.com



INTRODUÇÃO

AS OBSERVAÇÕES VERSAM SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DA Paraíba, especificamente sobre a decisão do Tribunal de Justiça da Paraíba de desativar comarcas e varas no ano de 2019. Não se pretende aqui fazer um estudo de caso nem exaurir os acontecimentos em questão, mas tem-se o objetivo de observar a relação do Estado, do Direito e o acesso à justiça na sociedade dividida em classes, a partir de observações feitas pela Criminologia Crítica.

A partir de um caso concreto, serão desenvolvidas observações científicas de cunho político, jurídico e sociológico via método dialético de argumentação, sem desprezar outros métodos de compreensão como o dedutivo. Utilizando-se de técnicas de pesquisa por meios de instrumentos documentais e teóricos, o autor desenvolverá observações ao observar o pensamento de autores relacionados com a corrente criminológica citada.

Dessa forma, será necessário abordar inicialmente a conceitualização de Estado e Direito e a posição teórica de opção do autor; posteriormente serão feitas referências às principais linhas de pensamento da criminologia em desenvolvimento histórico até a referida corrente, objeto da pesquisa, e depois a análise de alguns dados emitidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Poder Judiciário estadual na Paraíba.

Assim, não se buscará exaurir toda a compreensão criminológica sobre determinado fato, mas desenvolver observações e argumentações a partir do pensamento crítico, já observado na seara criminológica, especificamente numa sociedade de classes.

DIREITO E ESTADO COMO ESTRUTURA SOCIAL

Para entender o Poder Judiciário faz-se necessário compreender o conceito de Estado. A conceituação sobre Estado e sobre Direito não é simples, tampouco fácil de definir no campo das ciências sociais. Isto se deve às várias formas de conceituar e observar estes dois objetos. Vários campos de observações tentam conceituar tanto o Estado como o Direito. Entre todas as definições, temos em comum a proximidade entre um e outro, o Direito é sempre muito bem ligado, seja qual for a conceituação, ao Estado. E os dois à Política. Alguns até ousam a argumentar, principalmente no campo do Direito, que não existe Sociedade sem Direito, ou sociedade sem Estado. Outros compreendem que a sociedade humana conviveu por muitos anos sem Estado e sem Direito. Dessa forma, parte-se aqui da opção por se observar o conceito de Estado e de Direito como produto de uma sociedade de classes, antagonica, de dominadores e dominados, o Estado e o Direito como instrumentos a favor da classe que domina a sociedade.

A sociedade até os dias atuais sempre foi dividida em classes, em luta constante, assim observaram Marx e Engels (2005, p. 40-41). Na fase atual da sociedade de economia capitalista, a classe dominante, a burguesia, utiliza suas ferramentas estruturais para dominar o proletariado e as outras categorias que compõe a classe explorada, como o campesinato. O Estado e o Direito, para estes autores, são instrumentos de domínio da classe dominante, em qualquer época.

A luta entre as classes em sociedade são inconciliáveis. Não há meio termo. A contradição entre os interesses que cada classe possui por sua natureza impede sua conciliação. Engels (2010, p. 213) explica que a impossibilidade de conciliação entre classe

dominante e dominada gera um poder acima da sociedade, pelo menos aparentemente: o Estado. Tal poder busca impedir que as classes se devorem e atenuem suas diferenças por meio de instrumentos de conciliação: o judiciário, o Direito. Na verdade o mesmo autor explica que tal poder do Estado não se encontra acima da sociedade, mas parte da classe que domina, para manter seu *status quo* sobre a classe trabalhadora. Se não existisse uma luta entre as classes antagônicas, um conflito entre seus interesses, não existia a necessidade de uma força denominada Estado.

Sendo assim, ao Estado é imprescindível o uso de instrumentos de coação, o uso de sua força. Uma classe somente dominará a outra com o uso da força. O Estado capitalista, como todos os Estados em conflitos na história da humanidade civilizada, possui seu braço armado, suas forças de coação, seus instrumentos de punição. Normas sociais, Direito, Poder Judiciário, polícia, entre outras, compõe esse braço repressor de controle da classe oprimida. O Exército permanente, a polícia, o sistema punitivo são forças fundamentais do poder estatal^[1]. Argumenta Lenin (2007, p. 28) que a formação de forças policiais, normas penais, sistemas de punição servem para tranquilizar o bom público diante dos conflitos de classes. O sistema estatal reprime a classe explorada, controla a mesma e ainda tranquiliza os seus conflitos.

O Estado de Classes também se utiliza de mecanismos para alentar as contradições de seu sistema. Na busca por uma alienação da compreensão de classes pela classe oprimida, cria

¹ Immanuel Kant observou que a constituição de exércitos permanentes mantém a certeza de que os Estados estão prontos para a guerra: “*Pues suponen una amenaza de guerra para otros Estados con su disposición a aparecer siempre preparados para ella*”(…) “*Otra cosa muy distinta es defenderse y defender a la patria de los ataques del exterior con las prácticas militares voluntarias de los ciudadanos, realizadas periodicamente*” (KANT, 2005, p. 7).

instrumentos como os direitos fundamentais, direitos humanos etc. Tais direitos são instrumentos conquistados pela luta da classe explorada, mesmo servindo de interesse para atenuar a luta entre as classes. Papel dúbio sobre esses instrumentos, como os direitos fundamentais, promovem amplos debates no campo da teoria do Direito, sobretudo, no sistema punitivo jurídico da sociedade de classes.

ABORDAGENS INICIAIS DA CRIMINOLOGIA: CRIME, CRIMINOSO E DEFESA SOCIAL

As observações acerca das condutas criminosas ganham corpo com o pensamento iluminista. Entender o ser humano como centro e objeto das preocupações é a base do desenvolvimento inicial das ciências humanas modernas, com a ascensão do Estado burgês capitalista. Antes do advento da legalidade como fonte suprema da norma, as regras e condutas repudiadas pela sociedade era vontade do soberano. Por mais força que os costumes, as normas sociais impusessem aos membros de uma determinada sociedade, o soberano detinha o poder de entender o que era certo ou errado e os procedimentos de julgamento e punição.

Com Cesare Beccaria, a conduta criminosa, as formas de tratamento com o acusado e os procedimentos de julgamento e punição, tomam outro olhar. A concepção do Marquês de Beccaria para a natureza da lei é como fruto da vontade humana. Apesar de reconhecer que o soberano é o legítimo depositário e administrador de uma nação, ele advoga a ideia do sacrifício da sociedade pelos interesses da maioria (BECCARIA, 1999, p. 27). Para ele as pessoas independentes e isoladas se uniram, abrindo mão de sua plena liberdade para viver em sociedade. Apesar de seguir o

pensamento hobbesiano, Beccaria entende que os homens abriram mão de parte de sua liberdade pelo convívio coletivo e não todos seus direitos naturais.

A interpretação das leis, juntamente com a finalidade da pena, constituem elementos centrais da obra de Beccaria. Pergunta o pensador: “Quem será então o legítimo interprete da lei?” (BECCARIA, 1999, p. 33). Esta preocupação se estende até a atualidade, quando o limite da decisão judicial não é bem estabelecido e os juízes e tribunais decidem, de acordo ou não, com as normas constitucionais e legais ou suas próprias convicções. A decisão judicial e a condução do processo foi alvo de preocupação no pensamento de Beccaria, quanto aos meios empregados (tortura, publicidade das provas, acusação etc.), limites da atuação da persecução penal e com a situação das partes mediante a condução do processo, muitas vezes vítimas da decisão judicial.

Aponta o referido autor:

Assim, vemos a sorte de um cidadão mudar várias vezes, ao passar por diversos tribunais e vemos a vida dos miseráveis ser vítima de falsos raciocínios ou do atual fermento dos humores de um juiz, o qual tomou como legítima interpretação o vago resultado de toda uma série confusa de noções, que lhe agitam a mente. Vemos, pois, os mesmos delitos punidos diferentemente em épocas diferentes, pelo mesmo tribunal, por ter este consultado não a voz imutável e constante da lei, mas a errante instabilidade das interpretações (BECCARIA, 1999, p. 33-34).

No Brasil, o primeiro filósofo do Direito, Tobias Barreto, observa a função da pena e contribui decisivamente para a construção do pensamento jurídico brasileiro, principalmente sobre o direito de punir. Crítico da metafísica, principalmente na perspectiva da Filosofia do Direito, Tobias Barreto entende o estudioso do Direito como um homem da sociedade, membro de uma sociedade (BARRETO, 2004, p. 15). Para ele, a construção da mente humana, seus órgãos nervosos, a moral, a religião etc., são produtos sociais (BARRETO, 2004, p. 18).

No seu trabalho sobre os fundamentos do direito de punir, Barreto critica os pensadores metafísicos, chamando-os de pessoas que possuem o dom de tornar coisas simples desse mundo em coisas incompreensíveis. Criticando Kant, reconhece a força ainda presente da metafísica na compreensão filosófica do conhecimento em sua época, defendendo que ela ainda não está acabada, mas pertence a vários momentos cíclicos do pensamento humano, de ideias que reaparecem como se fossem novidade (BARRETO, 2004, p. 162). Tobias Barreto também tece críticas à Sociologia de seu tempo. Indagou o objeto de estudo da Sociologia, que ela deveria não somente se apegar ao método, mas ao objeto a ser observado. O acaso não traria respostas científicas. O direito é fruto da cultura humana e não da metafísica anterior ao ser humano (BARRETO, 2004, p. 24), portanto, o direito de punir é criação humana para punir o seu semelhante.

Em fins do século XIX o pensamento recepcionado na Europa era o produzido pela *Scuola Positivista Italiana*, capitaneada por Cesare Lombroso. Tal pensamento foi dominante tanto na Europa como na América do Sul. Foi dominante na construção jurídica penal no Brasil e Argentina, até meados dos anos 1940, com a obra *L'Uomo Delinquente* e o aprofundamento de estudo

em Antropologia Criminal. Para ele a delinquência é uma doença e pessoas nascem para delinquir, sendo pessoas inferiores. Na verdade o pensamento racista distinguia seres humanos em raças diferentes e comportamentos para delinquir ou não. Compondo um pensamento elitista e racista, principalmente com a classe trabalhadora pobre e povos explorados.

Para o pensamento da *Scuola Positivista*, o delinquente não tinha solução, não havia reeducação, ressocialização, pois era de sua natureza. Dizia Lombroso (2013) refletindo sobre os criminosos que “na realidade, para os delinquentes natos adultos não há muitos remédios; é necessário isolá-los para sempre, nos casos incorrigíveis, e suprimi-los quando a incorrigibilidade os torna demasiado perigosos”. Dessa forma, para esta corrente italiana, as únicas penas possíveis era a de morte e a perpétua para o delinquente.

Importa destacar que o nascimento da pena de prisão, já defendida no século XVII por Beccaria (1999), veio com o advento do sistema capitalista. A necessidade de punir delinquentes encontrou um novo problema, punir a classe trabalhadora. Não se podia mais punir com pena capital, pois os trabalhadores precisavam ser explorados e consumir produtos. A forma encontrada foi uma pena que reeducasse o indivíduo, devolvendo-o posteriormente à fábrica^[2].

² Observa Rosa Del Omo: O isolamento celular seria então a primeira norma a ser imposta. ‘Mergulhado na solidão, o recluso reflete. Somente na presença de seu crime aprende a odiá-lo e se sua alma não está ainda estragada pelo mal, será no isolamento que o remorso virá assalta-lo’, diria Alexis de Tocqueville, quando de sua viagem aos Estados Unidos. Mas esse isolamento deveria estar acompanhado por uma segunda norma: o trabalho - fosse em oficinas (sistema Auburn) ou individualmente na cela (sistema Pensilvânia), mas sempre em silêncio. Alternando este trabalho com refeições e orações noturnas, o delinquente aprenderia a disciplina que ordem burguesa requeria para a produção (DEL OMO, 2004, p. 64).

Já no início do século XX, as observações sociais sobre o crime e o criminoso foram tomando espaço. Tanto na sociologia estadunidense, *Chicago School*, como na sociologia francesa, a partir do pensamento funcionalista de Émile Durkheim. A origem da delinquência passou da natureza do ser humano para a sociedade em que ele vive, deslocando o centro do debate para as observações sociais. A organização e desorganização da sociedade passam a ter fator preponderante na compreensão da violência e delinquência. As áreas desorganizadas de uma cidade são áreas propícias de delinquência. A comunicação das relações sociais entre aqueles que vivem numa determinada área produz uma cultura para o crime. A delinquência é ensinada e aprendida pela comunidade pobre, num processo de construção comunicativa com os costumes sociais.

Este mesmo pensamento também realiza observações sobre as classes dominantes e seu processo de comunicação e ensinamento para delitos próprios dessas classes, os chamados crimes de colarinho branco (*the white-collar crimes*). Shecaira (2013, p. 150) explica que para o pensamento de Chicago, os problemas sociais, psicológicos, de saúde pública até criminais estavam relacionados com a distribuição da população por aquelas áreas, áreas de delinquência ligadas à degradação física, econômica, racial, étnica e social^[3].

³ Edwin SUTHERLAND critica a análise de crimes somente relacionados à classes sociais e destaca: “A tese deste trabalho é a de que o conceito e explicações para o crime, como descritos, são inadequados e incorretos, que o crime, de fato, não está estritamente correlacionado com a pobreza ou com condições psicopáticas e sociopáticas associadas com a pobreza e que uma explicação adequada do comportamento criminoso deve proceder por caminhos diversos. As explicações convencionais são inválidas, sobretudo porque derivadas de amostras enviesadas. Elas são enviesadas porque não incluem vastas áreas do comportamento criminoso de pessoas que não pertencem à classe baixa. Uma das áreas negligenciadas é o comportamento criminoso de empresários e outros profissionais, a qual será objeto de análise neste trabalho” (SHUERLAND, 2014, p. 94).

O pensamento dominante da teoria sociológica criminal estadunidense e francesa tem como base a defesa da sociedade de classes, criando justificativas para a compreensão desse sistema.

CRIMINOLOGIA CRÍTICA: OBSERVANDO O SISTEMA PENAL NO CAPITALISMO

A criminologia crítica surge a partir de uma base teórica marxista, de observações das relações da violência, delinquência e controle social com fundamento numa sociedade de classes. Tal sociedade compõe um sistema político, ideológico e econômico, conectado com outros subsistemas, como jurídico, educacional, familiar entre outros, que consolidam o domínio de uma determinada classe sobre outra.

A corrente crítica, como também é denominada a Criminologia Crítica, compreende que o pensamento criminológico anterior, desde a Escola Clássica do Direito Penal, passando pela *Scuola Positivista* italiana até as escolas sociológicas no século XX, fundamentam suas posições na Defesa Social, observando o direito penal, o processo penal e a execução penal como instrumento para defender a sociedade.

A ideologia da Defesa Social nasce com o desenvolvimento da Revolução Burguesa, da economia liberal burguesa e enquanto ideologia burguesa fundamenta a construção do direito penal burguês e seu sistema jurídico punitivo (BARATTA, 2014, p. 41). Para os pensadores críticos, a defesa social permanece dominante no pensamento jurídico europeu até meados do século XX, influenciando a construção do punitivismo penal não só no continente europeu, mas em todo mundo ocidental, principalmente na América do sul. As escolas sociológicas do pensamento

estadunidense e francês, por exemplo, continuam a reproduzir a ideologia da Defesa Social, mesmo tendo objetos de estudos diferentes da *Scuola Positivista*.

A ideologia da Defesa Social possui sua importância para fundamento do direito penal atual, como um progresso (BARATTA, 2014, p. 47) na construção de importantes princípios constitucionais atuais. Explica BARATTA (2014, p. 49) que conceito de defesa social corresponde a “uma ideologia caracterizada por uma concepção abstrata e aistórica de *sociedade*, entendida como uma totalidade de valores e interesses”. Para este mesmo autor, nasce a necessidade de compreender o sistema jurídico penal moderno de forma macro, como um sistema ideológico de classes, um sistema integrado da ciência do direito penal, capaz de analisar antitéticos à ideologia da Defesa Social, às contradições inerentes a este modelo e às abstrações referentes ao sistema econômico-social no qual está inserido (BARATTA, 2014. P. 48).

A Defesa Social aprofundou a concepção já existente de inimigo da sociedade, inimigo da lei, que deve ser combatido e afastado do meio social. A sociedade burguesa, com normas fundamentadas em lei, é justa. Aquele que descumpra tais normas é o injusto e, portanto, deve ser combatido. A supremacia da lei na modernidade é ensinada como limitadora da força estatal sobre o indivíduo, mas ela também atua em defesa de uma classe social, que ocupa o parlamento, o executivo e os bancos do Poder Judiciário. Ela cria suas normas, elege seus tipos penais, rotulando assim as condutas das classes trabalhadoras. Zaffaroni (2016, p. 11) dissertando sobre o inimigo no direito penal, observa que sociedade moderna despersonaliza o inimigo da sociedade, rotulando como injusto, perigoso e sem cidadania, conferindo-lhe um tratamento punitivo que não corresponde à condição de pessoa.

Explica Zaffaroni:

No plano da teoria política, é intolerável a categoria jurídica de inimigo ou estranho no direito ordinário (penal ou de qualquer outro ramo) de um Estado constitucional de Direito, que só poder admiti-lo nas previsões de seu direito de guerra e com as limitações que são impostas pelo direito internacional dos direitos humanos em seu ramo de direito humanitário (legislação de Genebra), levando-se em conta que nem este priva o inimigo bélico da condição de pessoa (ZAFFARONI, 2016, p. 12).

A ideologia da Defesa Social, da sociedade de classes, dominada pela classe burguesa, atribuiu à classe trabalhadora seu punitivismo penal, sob a roupa da legalidade, criminalizando condutas típicas da cultura das camadas marginalizadas da sociedade. Ao eleger e rotular seus inimigos, o poder dominante reproduz seus subsistemas na reprimenda de condutas, que assemelham ao punitivismo estatal. A construção da prisão como pena temporária é a solução perfeita encontrada para punir a classe trabalhadora e prevenir futuros delitos.

Discorrendo sobre o desenvolvimento do punitivismo na Europa do século XIX, Foucault (2003, p. 81) observa o surgimento da definição de criminoso, como aquele que danifica, perturba a sociedade, o inimigo social:

Se o crime é um dano social, se o criminoso é o inimigo da sociedade, como a lei penal deve tratar esse criminoso ou deve reagir a esse crime? Se o crime é uma perturbação para a sociedade, se o crime não tem mais nada a ver com a falta, com a lei natural, divina, religiosa, etc. é claro que a lei penal não pode prescrever uma vingança, a redenção de um pecado. A lei penal deve apenas permitir a reparação da perturbação causada à sociedade. A lei penal feita de tal maneira que o dano causado pelo indivíduo à sociedade seja apagado; (...) A lei penal deve reparar o mal ou impedir que males semelhantes possam ser cometidos contra o corpo social (FOUCAULT, 2003, p. 81 – 82).

O inimigo social, para a sociedade burguesa em desenvolvimento no século XIX, como nos dias atuais, é o inimigo de classe. A classe burguesa para manter e sustentar a permanência do sistema de relações cria normas punitivistas, buscando regular o inimigo social, o trabalhador, explorado, marginalizado, desprovido de condições materiais sociais.

A Escola da Criminologia Crítica compreende que a sociedade possuem mecanismos, sistemas ou subestruturas, que reproduzem o modo de reprimir desenvolvido pela sociedade capitalista moderna. A escola, a família e o sistema penitenciário, por exemplo, tem sido matéria de estudo dessa escola de pensamento. Para esses autores, o sistema educacional reproduz a forma de castigar os alunos que ousam a desafiar o poder dos professores. O estudante questionador, que desafia a opinião do professor sofrerá o castigo devido com a avaliação da disciplina. Esta é a mesma lógica da necessidade do sistema penitenciário no sistema capitalista.

Quando alguém, elemento da classe explorada, a classe dominada, que é marginalizado pela sociedade, o inimigo de classe, desafia a norma posta pela classe dominante, ou seja, a lei, é punido com a força do direito penal e seu castigo é ficar na prisão. A penitenciária serve de exemplo para aqueles outros que pretendem desafiar o poder no Estado. O sistema punitivo além de buscar vingar os males produzidos pelas classes dominadas serve como um sistema de prevenção ao controle exercido em sociedade pela classe dominante, deixando claro que a tentativa de não obediência às normas postas terá como consequência a punição prevista em lei.

Barrata explica:

As relações sociais e de poder da subcultura carcerária têm uma série de características que a distinguem da sociedade externa, e que dependem da particular função do universo carcerário, mas na sua estrutura mais elementar elas não são mais do que a ampliação, em forma menos mistificada e mais “pura”, das características típicas da sociedade capitalista: são relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos socialmente mais débeis são constrangidos a papéis de submissão e de exploração (BARATTA, 2014, p. 186).

O sistema penitenciário, criado com o intuito de favorecer a execução de penas mais humanas que a pena capital e banimento, no intuito de ressocializar o cidadão para a disciplina individual e própria para o retorno à fábrica, como trabalhador, também cumpre seu papel de dominação da classe trabalhadora,

controlando suas reivindicações e seus questionamentos como classe. O punitivismo de classe marginaliza as condutas da classe trabalhadora, transformando seus pares em inimigos de classe^[4]. Para a Criminologia Crítica é preciso modificar a sociedade excludente e não seus indivíduos marginalizados (BARATTA, 2014, p. 186). Dessa forma, faz-se necessário implementar instrumentos alternativos à pena de prisão, com o intuito de abolir esta. O acesso à justiça, ao Poder Judiciário, é reflexo da luta de classes da sociedade excludente.

DESATIVAÇÃO DE COMARCAS NA PARAÍBA: JUSTIÇA PARA QUEM?

Em outubro de 2019, o Pleno do Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB) decidiu pela desinstalação de 15 (quinze) comarcas e 04 (quatro) varas no Estado. A justificativa do presidente do TJPB é que o fechamento promoverá economia e agilidade nos processos^[5].

De imediato várias categorias do judiciário reagiram, como associações de servidores da justiça, políticos e a Seccional Paraíba da Ordem dos Advogados do Brasil. A argumentação dessas

⁴ Aponta Rosa Del Omo: “A ideologia punitiva de uma sociedade responde à ideologia dominante em um momento histórico determinado, subordinando-se às leis do mercado de trabalho, que implica a constatação de importantes transformações dessa ideologia em diferentes instâncias históricas e de acordo com as necessidades de cada sociedade. (...) Por isso, não se pode afirmar que o sistema penal de qualquer sociedade seja um fenômeno isolado e sujeito a suas próprias leis. Ele é parte de todo o sistema social e compartilha de suas aspirações e defeitos” (DEL OMO, 2004, p. 60).

⁵ Disponível em: <http://www.jornaldaparaiba.com.br/politica/pleno-do-tribunal-de-justica-decide-desinstalar-15-comarcas-da-paraiba.html>. Acessado em: 01 jan 2020.

entidades é que o fechamento só prejudicaria a efetividade do Poder Judiciário, permitindo menos acesso à população aos serviços da justiça, acumulando um maior número de processos por juiz e aumentando a morosidade do judiciário.

O Tribunal de Justiça da Paraíba possui 302 juízos, divididos em 78 comarcas, conforme Lei Estadual de Organização do Judiciário^[6]. Apesar de existirem de fato estes juízos, a ausência de magistrados é evidente em todas as comarcas, com acúmulo de juízos e comarcas por vários juizes. A redução para 63 comarcas ainda não resolve o problema, pois vários magistrados continuam acumulando juízos, atuando, na maioria das vezes um dia por semana em uma comarca que abrange vários municípios.

Em agosto de 2019, portanto, dois meses antes da desinstalação das comarcas pelo Tribunal de Justiça da Paraíba, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou relatório Justiça em Números 2019 onde apontou que o TJPB possuiu no ano de 2018 a menor produtividade por magistrado de todo Brasil^[7].

Afirma o relatório do Conselho Nacional de Justiça:

São notáveis as diferenças de produtividade dentro de cada ramo de justiça. Na Justiça Estadual, a maior produtividade está no TJRJ, com 3.339, enquanto a menor, no TJPB, com 828, ou seja, uma diferença de 2.511 casos baixados por magistrado. Diferenças significativas também são encontradas na Justiça

⁶ A organização das comarcas no âmbito do Tribunal de Justiça da Paraíba pode ser encontrada no sítio do Tribunal. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/comarcas/lista>. Acessado em: 01 jan 2020.

⁷ Justiça em Números 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acessado em: 01 jan 2020.

Federal: a variação entre o TRF mais produtivo e menos produtivo é de 1.131 processos. Na Justiça do Trabalho existem diferenças, mas em menor magnitude. Nesse segmento, o maior valor foi alcançado no TRT22: 1.983, e o menor, no TRT14: 642. (BRASIL, 2019, p. 89).

O relatório produzido para fundamentar a desativação dos juízos pelo Pleno do Tribunal de Justiça da Paraíba ressalta o relatório de produtividade do Conselho Nacional de Justiça. Para o TJPB, diminuir comarcas é o caminho para aumentar a produtividade do Poder Judiciário no Estado.

O acesso à justiça é para a sociedade moderna uma garantia fundamental. Ter a garantia da possibilidade de provocar um dos poderes da república e ter resposta de uma determinada provocação é imprescindível para a democracia. Contudo, há que se questionar: ter acesso ao judiciário garante o exercício da cidadania democrática? O direito de acesso à justiça se resume a possibilidade de peticionar ao Poder Judiciário? Acredita-se aqui que não!

Garantir acesso aos poderes de uma república é mais que garantir a possibilidade de petição. Da mesma forma que garantir direitos fundamentais para uma democracia é mais que apresentar tais direitos em um texto constitucional. A crítica marxista do século XIX tem por base este entendimento. O debate segue mais profundo sobre a atuação e função política e sociológica do papel do judiciário e seus atores nas relações de classe do sistema capitalista. Em matéria penal, o judiciário cumpre sua missão de punir. Não de hoje que este Poder busca aprimorar suas formas de punição. “Não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma serenidade atenuada; mas para punir com mais universalidade e

necessidade, inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir” (FOUCAULT, 2014, p. 81 - 82).

A ausência de comarcas e juízos próximos da população em geral fere diretamente o constitucional direito de acesso à justiça. Além de dificultar geograficamente e fisicamente o acesso, também dificulta a celeridade processual, tardando mais ainda a resolução de garantia de direitos ao povo pobre. Sem falar que quanto menos autoridades existirem mais poder e menos democrático se torna o Poder Judiciário, pois a possibilidade de se formar grupos oligárquicos é maior. Faz-se necessário também reafirmar a posição de instrumento de controle social de classe e de Defesa Social do Poder Judiciário na sociedade.

Sendo assim, a redução das comarcas e juízos pelo Tribunal de Justiça da Paraíba somente piora as condições de acesso do povo pobre e trabalhador aos seus direitos, ferindo diretamente o acesso ao Judiciário, garantido como direito fundamental. Com menos juízes a sociedade terá procedimentos mais morosos, menos atenção às suas demandas, mais burocracia e mais privilégio para quem tem mais condições materiais de acesso. Tal situação contribui mais ainda para um punitivismo exacerbado, priorizando prisões cautelares à procedimento céleres, aumentando, assim, as cifras do sistema penitenciário de um lado e mantendo os mecanismos de repressão sem limites de fiscalização democráticas e legal, à sombra da impunidade e benevolência Estatal, consubstanciando uma polícia sob um viés autoritário^[8].

⁸ Explica Zaffaroni: “La estructura policial latinoamericana conserva la característica de policía de ocupación territorial que proviene de la colonia. Copiamos la constitución estadounidense pero non su policía comunitaria. La *cooperación* de este país aconseja e hasta impone a Latinoamérica policías centralizadas y únicas, a diferencia de sus propias policías, cuyos cuerpos llegan a caso dos mil. El poder financiero prefiere policías únicas porque ideológicamente piensa que puede reproducir con las policías el mismo esquema colonialista com que infectó a las fuerza armadas desde la *Escuela de las Américas* (ZAFFARONI, 2015, p. 113 – 114).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Criminologia Crítica tem desenvolvido fortes observações sobre a delinquência e classes sociais. Faz opção abertamente pela compreensão da sociedade de forma marxista, como fenômeno de controle social da classe que domina politicamente e economicamente a sociedade capitalista sobre a classe explorada de trabalhadores pobres. Compreende o Direito, principalmente o Direito Penal, como instrumento a favor da manutenção do *statu quo* da classe detentora do poder, por meio de suas estruturas e sistemas que reproduzem esse controle, especificamente o sistema carcerário, elegendo os marginalizados dos bens de consumo na sociedade como inimigos sociais, que devem ser combatidos.

O processo penal como norma criada pelo poder dominante, também cumpre sua missão de controle social. Reproduz o punitivismo estatal sobre os pobres marginalizados, na compreensão antiga das teorias da Defesa Social. O Poder Judiciário se apresenta como uma instituição garantidora de direitos alentadores para diminuir os efeitos da luta entre classes, garantindo acesso ao mesmo Judiciário. A classe dominada enxerga no Direito acesso aos direitos básicos.

Contudo, o mesmo judiciário que se apresenta como garantidor de condições mínimas ao povo pobre sem direitos é o principal instrumento de punitivismo sobre essa massa pobre. Prende, julga e pune conforme a criação de leis elaboradas pelos outros poderes, nos quais as camadas excluídas não desenvolvem participação política efetiva. Dessa forma, ao fechar 15 comarcas e 04 varas, o Tribunal de Justiça da Paraíba aprofunda a atuação de punitivismo que o Poder Judiciário exerce sobre o povo marginalizado na sociedade.

Com menos comarcas, maior serão as distâncias e menos acesso à população terá deste Poder e, conseqüentemente, mais processos acumulados e mais morosidade processual, trazendo mais necessidade de prisões cautelares mais demoradas, com mais pessoas encarceradas. A decisão de reduzir comarcas serve aos interesses de controle social daqueles que possuem o poder político e jurídico na sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítico do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito. Trad. Juarez Cirino Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2014.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr; Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Justiça em números 2019/Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: CNJ, 2019.

DEL OMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Morestzsohn. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

KANT, Immanuel. **Sobre la paz perpetua**. Trad. Joaquin Abellan. Madri: Editorial Tecnos, 2005.

LENIN, Vladimir Ilitch. **O Estado e a revolução**: o que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução. Trad. Aristides Lobo. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. Trad. Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

SUTHERLAND, Edwin. **A criminalidade de colarinho branco**. Trad. Lucas Mironelli. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS, Vol. 2, nº 2, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo**. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016.



**EXPANSÃO DA
JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL:
EXAME A
PARTIR DOS
FUNDAMENTOS
TEÓRICOS**

ROBERTO LEONARDO DA SILVA RAMOS

ROBERTO LEONARDO DA SILVA RAMOS

Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor da Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA). Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade, CNPq. Advogado.
robertoleonardo@mouramos.com.br



INTRODUÇÃO

A ATUAÇÃO JURISDICIONAL TEM SIDO OBJETO DE DEBATES ACADÊMICOS e da sociedade de maneira geral, tendo em vista sua ingerência em atribuições típicas dos Poderes Executivo e Legislativo, o que, para o senso comum, depõe em desfavor de um poder contramajoritário como é o caso do Poder Judiciário.

Entende-se como jurisdição constitucional a aplicação e interpretação da constituição e a análise de compatibilidade de normas infraconstitucionais com a ordem constitucional, empreendida pelo Poder Judiciário. As decisões de maior repercussão correspondem àquelas que intervêm principalmente em duas áreas, da realização do direito à saúde e da interferência na atividade política, mas a estas não se limitam.

A pretensão do presente capítulo é saber se a expansão da jurisdição constitucional possui fundamentos jurídicos plausíveis ou se é apenas uma tendência de excesso de atividade do judiciário, criando desequilíbrio/hierarquização entre os poderes. A hipótese é a de que o Poder Judiciário atualmente ocupa um protagonismo na sociedade em decorrência do estágio do constitucionalismo vivenciado e da recorrente inércia dos poderes majoritários frente às reais e urgentes necessidades da população.

Para lograr êxito nessa empreitada, faz-se uso de produção textual de Luís Roberto Barroso, Ingo Wolfgang Sarlet, Robert Alexy, Konrad Hesse dentre outros. O texto transita entre as áreas do direito constitucional, filosofia e sociologia do direito a fim de se compreender o pensamento jurídico preponderante contemporâneo.

Desenvolvem-se as categorias do neoconstitucionalismo a fim de demonstrar a conjuntura que a atuação jurisdicional está

inserida, a fundamentalidade material das normas constitucionais como ampliação de direitos tutelados pela Constituição Federal (CF) e as ações constitucionais, notadamente as de controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF), o manejo do recurso extraordinário e os remédios constitucionais. Os temas do ativismo judicial e judicialização da sociedade é uma constante no debate proposto, sendo abordado de modo transversal.

NEOCONSTITUCIONALISMO COMO CONJUNTURA DA EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O termo “jurisdição constitucional” corresponde ao modo como o Poder Judiciário interpreta e aplica a constituição. Pode ocorrer tanto pela realização direta das normas constitucionais imperativas ou pelo cotejo entre ato normativo infraconstitucional e a constituição ao buscar a formação do juízo de compatibilidade entre ambas as espécies normativas.

Luís Roberto Barroso (2018) expõe o que vem a ser jurisdição constitucional nos termos que seguem:

Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição (BARROSO, 2018, p. 232).

Em outros termos, Barroso (2018) enfatiza tanto o controle de constitucionalidade, que pode ocorrer na modalidade

concentrada ou difusa, como a aplicação direta das normas constitucionais ao caso concreto, fazendo uso das regras de subsunção. É com esta atuação, que o Poder Judiciário amplia sua interferência junto às relações sociais, o que apenas é possível em decorrência do momento histórico, político e jurídico o qual está inserido.

O referencial histórico é dado a partir do término da Segunda Guerra Mundial, em meados do século XX, que inaugura, no campo político, uma época de rompimento da estrutura de Estados autoritários, na seara jurídica a valorização da pessoa humana e a superação da centralidade do parlamento no sistema jurídico pela centralização da constituição, ou seja, suplantação do modelo da Inglaterra pelo dos Estados Unidos.

Com fundamento nos referenciais acima, apontam-se como causas da expansão da jurisdição constitucional: a supremacia da constituição, constitucionalização dos direitos fundamentais e amplo sistema de controle de constitucionalidade, o que se dá pelo contexto do constitucionalismo prevalecente, qual seja, o novo direito constitucional, conhecido como neoconstitucionalismo, que será abordado a seguir.

O neoconstitucionalismo inova em não se restringir apenas à limitação do poder político, mas objetiva a realização das normas constitucionais, notadamente os direitos fundamentais. Logo, as constituições não devem se reduzir a um modelo exclusivamente procedimentalista - disciplina o modo de participação popular, sendo atribuição da maioria de cada época eleger os valores a serem reconhecidos pela ordem jurídica – mas sim substancialista – atende ao mínimo de consenso da sociedade ao fazer escolhas axiológicas presentes na constituição. A constitucionalização dos direitos fundamentais é resguardada pela convergência valorativa preservadora de um mínimo existencial inerente ao ser humano.

Marcelo Novelino (2021) identifica o neoconstitucionalismo em três acepções, como transcrito abaixo.

Há três acepções nas quais o termo costuma ser usualmente empregado: I) como modelo específico de organização jurídico-política, cujos traços característicos, esboçados a partir da Segunda Guerra Mundial, ganham contornos mais definitivos no final do século XX (neoconstitucionalismo como modelo constitucional); II) como teoria do direito utilizada para descrever e operacionalizar este novo modelo constitucional (neoconstitucionalismo teórico); e III) como ideologia que valora positivamente as transformações ocorridas nos sistemas constitucionais (neoconstitucionalismo ideológico) (NOVELINO, 2021, p. 63).

São significações que caracterizam com precisão o momento do constitucionalismo vivenciado na presente época, apontando a essência do novo modelo constitucional instaurado, resultado da evolução histórico-constitucional capaz de atender as demandas tanto do tempo atual como futuro.

Em artigo sobre a temática em apreço, Barroso (2005) desenvolve três marcos fundamentais do neoconstitucionalismo, a saber, o histórico, o filosófico e o teórico, detalhados a seguir.

O marco histórico remonta ao Pós-Segunda Guerra Mundial (1945), com o processo de redemocratização dos Estados, sobretudo, na Europa, da Alemanha (Constituição de Bonn/1949) e Itália (Constituição de 1947) com a superação do nazismo e fascismo, respectivamente. No Brasil, registra-se a promulgação da Constituição de 1988, representativa do rompimento com o

estado de exceção vivido por 21 anos. Com a reconstitucionalização vivenciada, opera-se a confluência entre constitucionalismo e democracia, inaugurando um novo modelo de organização política, que é o Estado constitucional democrático de direito.

O marco filosófico apontado por Barroso é o pós-positivismo, sendo a justaposição entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. O jusnaturalismo moderno (iniciado no século XVI) baseia-se na ideia de universalidade da justiça, legitimadora das revoluções liberais, sendo superado pelo positivismo jurídico ao ser considerado anticientífico e metafísico.

Já o positivismo, filosofia dominante na primeira metade do século XX, caracteriza-se pela busca da objetividade, igualando direito e lei. Sob o fundamento da legalidade positivista, desenvolveram-se o nazismo e o fascismo, com as suas arbitrariedades perpetradas em desfavor de grupos específicos. A decadência destes regimes é seguida também pela derrocada do positivismo, iniciando um movimento de retorno da aproximação entre direito e ética.

O pós-positivismo leva em consideração o direito posto, todavia a ele não se restringe, busca assimilar a moral ao direito, mas afastando-se da metafísica. A aplicação e interpretação do direito consideram uma teoria da justiça, entretanto sem margem para voluntarismos. Também se caracteriza pela normatividade dos princípios e a valorização da argumentação jurídica, bem como uma teoria dos direitos fundamentais baseada na dignidade humana.

Barroso (2005) compreende o pós-positivismo ainda como um pensamento jusfilosófico em construção, ao discorrer que “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.” (BARROSO, 2005, p. 6). Talvez esta reflexão seja

em decorrência da análise de uma corrente de pensamento atual, exposta ao debate e argumentações contemporâneas e passíveis de adaptações caras às modificações sociais.

O terceiro marco é o teórico, caracterizado pela força normativa da constituição, expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional. É exatamente neste ponto em que se situa o objeto em exame do presente texto, como mencionado nas linhas iniciais deste capítulo, repita-se, o neoconstitucionalismo é a conjuntura jurídica pela qual a ampliação da jurisdição constitucional ocorreu.

A força normativa da constituição rompe com a tradição, que prevaleceu na Europa até meados do século XX, da constituição enquanto uma carta política (de intenções), realidade em que era atribuição tão somente do Legislativo e do Executivo sua concretização, não cabendo ao Judiciário nenhuma função destacada. Com o reconhecimento da norma constitucional como norma jurídica, isto é, preceitos dotados do caráter de imperatividade, ao Judiciário também passa a competência de realização da constituição em hipótese de sua inobservância. No Brasil, a Constituição de 1988 representa esta transformação de modelo constitucional e que predomina até hoje.

Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser

diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (HESSE, 1991, p. 15).

Konrad Hesse (1991), na passagem acima, ao tempo que reconhece a força normativa da Constituição, esclarece a relação de bilateralidade com o contexto social do qual está inserida.

A expansão da jurisdição constitucional decorre da mudança do padrão inglês de supremacia do Poder Legislativo e do francês da lei como expressão da vontade geral. A partir de 1945 com o advento de novas constituições, surge um novo modelo constitucional, baseado na ordem jurídica presente nos Estados Unidos, que é o da supremacia da constituição. Acerca desta inovação, abaixo as palavras de Barroso (2005).

A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais (BARROSO, 2005, p. 8).

O autor segue mencionado países que criaram os tribunais constitucionais, e conseqüentemente o controle de constitucionalidade, a exemplo da Alemanha (1951), Itália (1956), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Menciona que na Europa nos dias atuais, apenas o Reino Unido, Holanda e Luxemburgo ainda adotam o sistema de supremacia parlamentar. Ainda menciona a gênese do modelo no Brasil, entretanto aborda-se no presente texto, com mais destaque em tópico oportuno.

Para encerrar o marco teórico, Barroso (2005) cita a nova interpretação constitucional, decorrente da força normativa das normas constitucionais, que por serem normas jurídicas, desafiam uma hermenêutica própria. Faz-se uso das técnicas tradicionais, quais sejam, a gramatical, histórica, sistemática e a teleológica, bem como as estratégias de solução de eventuais conflitos entre as normas, sendo o hierárquico, temporal e o especial. Assim, para aplicação do direito é essencial o uso de técnicas hermenêuticas, e para a jurisdição constitucional especificamente a hermenêutica constitucional caudatária do neoconstitucionalismo.

Valendo-se da especialidade das normas, a doutrina e jurisprudência desenvolveu princípios instrumentais balizares da hermenêutica constitucional, que segundo Barroso (2005) são os da “[...] supremacia da constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade” (BARROSO, 2005, p. 10-11).

Feitas as considerações acima, passa-se a abordar a constitucionalização dos direitos fundamentais, sua dificuldade de concretização e a função da jurisdição constitucional nesta temática.

CONEXÃO ENTRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Fator essencial à expansão da jurisdição constitucional se deu com a incorporação dos direitos fundamentais à constituição, sendo tendência marcante da fase contemporânea do constitucionalismo, ao ponto da própria ideia de constituição estar relacionada aos direitos fundamentais.

Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político (CANOTILHO, 1993, p. 12).

Normas dotadas de fundamentalidade e inerentes à definição de constituição, torna mais robusta a tutela jurídica ao sujeito de direito, pois os direitos fundamentais são intrínsecos ao ser humano, conforme tratado abaixo por Ferrajoli (2006).

[...] son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de suidoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (FERRAJOLI, 2006, p. 37).

Apesar de Ferrajoli (2006) relacionar os direitos fundamentais ao ser humano por meio de seu caráter universalizante, compreende-se que as variadas inclinações culturais, econômicas, políticas e sociais orientadoras de ordens constitucionais distintas, podem expor um conjunto diversificado da fundamentalidade

material de direitos. Ademais, sua concretização depende de movimentações políticas e jurídicas, sob pena de ostentar um mero rol de direitos sem efeitos sólidos, de caráter retórico e abstrato.

Portanto, ao se adotar os direitos fundamentais como parte integrante da definição de constituição (Canotilho, 1993), é estabelecido um impacto prático nas relações sociais, visto que os cidadãos passam a ter a faculdade de exigir judicialmente seu cumprimento, caso haja inobservância por meio de condutas omissivas ou comissivas do poder público ou de particulares.

A aplicação direta dos direitos fundamentais, ou seja, sem a necessidade de norma regulamentadora que autorize eficácia plena, é fator primordial de busca a instâncias jurisdicionais com o fito de se obter efetividade de direito subjetivo fundamental, tendo em vista que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”, conforme expresso no art. 5º, §1º da Constituição Federal.

A ampliação da jurisdição constitucional além de resultar da aplicação imediata, justifica-se também no alargamento da lista dos direitos fundamentais. Em atenção ao art. 5º, §2º da CF, não se limita a aparição dos direitos em apreço ao capítulo I do Título II da CF, podendo ser encontrado em diversos pontos do texto constitucional, bem como fora da Constituição, como é o caso de tratados internacionais em direitos humanos. No que diz respeito a abrangência da fundamentalidade material (e formal, quando presente na carta constitucional), explica-se a seguir.

Sarlet; Marinoni; Mitidiero (2017) classificam os direitos fundamentais, com base na abertura material do catálogo constitucional, em duas categorias “[...] (a) direitos expressamente positivados, seja na Constituição, seja em outros diplomas jurídico-normativos de natureza constitucional; (b) direitos implicitamente

positivados [...] podendo também ser designados de direitos não escritos” (Sarlet et al, 2017, p. 353). Quanto à primeira categoria, há um desdobramento em três, quais sejam, os direitos arrolados no Título II da CF, os direitos espalhados pelo texto constitucional e os expressos nos tratados internacionais de direitos humanos. Passa-se a detalhar cada uma com base na obra referenciada.

A primeira subcategoria dos direitos fundamentais expressamente positivados são aqueles pautados no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da CF. A discussão que se trava neste ponto é sobre o reconhecimento ou não da fundamentalidade constitucional de todos os direitos deste título. A doutrina majoritária (a exemplo de Sarlet et al, 2017) e o STF posicionam-se no sentido mais abrangente, ou seja, inclui os capítulos referentes aos direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, da nacionalidade, direitos políticos e dos partidos políticos.

A segunda subcategoria dos direitos fundamentais expressamente positivados são os que estão fora do Título II, mas disperso no texto constitucional. Seu reconhecimento resulta de atividade interpretativa, tendo como critério a equiparação com algum dos direitos arrolados no catálogo de fundamentalidade, levando em consideração sua substancialidade e relevância. É um método derivado, por analogia, do art. 5º, §2º da CF, que prevê o reconhecimento da fundamentalidade material aos direitos decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição.

Sarlet et al (2017, p. 361) pontua como exemplos o direito isonômico de ingresso aos cargos públicos (art. 37, I, CF) e direito à estabilidade dos servidores públicos (art. 41, CF), sendo garantias de cidadania. Também a iniciativa popular legislativa (art. 61, §2º, CF) correspondendo ao direito de participação política (art.

14, III, CF). Liberdade de pesquisa e ensino (art. 206, II, CF) com respaldo no direito à educação (art. 6º, CF).

A terceira subcategoria dos direitos fundamentais expressamente positivados são os tratados internacionais prevista no art. 5º, §2º da CF. Ao termo “tratado internacional”, para fins interpretativos do comando normativo em análise, é atribuído significado amplo, sendo gênero dos múltiplos instrumentos internacionais, consistindo, deste modo, em um ajuste entre sujeitos internacionais com o fim de produção de efeitos jurídicos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 não se enquadra na classe de tratado, haja vista a ausência de força vinculativa, sendo adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) como uma resolução. No entanto, a orientação mais adequada é no sentido de que a DUDH integra o direito internacional consuetudinário, isto é, são fontes do direito internacional e revestindo-se de caráter vinculativo aos sujeitos internacionais. Por esta razão, considera-se o rol de direitos fundamentais carreados pela DUDH contemplados pelo art. 5º, §2º da CF.

A segunda categoria de direitos fundamentais são aqueles implicitamente positivados ou não escritos, consistindo no uso de métodos hermenêuticos, partindo do art. 5º, §2º da CF, para “[...] redefinição do campo de incidência de determinado direito fundamental já expressamente positivado” (Sarlet et al, 2017, p. 355). São exemplos elencados por Sarlet et al (2017) o direito à resistência/desobediência civil (não será problematizada as suas diferenças), identidade genética da pessoa humana, direito à boa administração pública e o direito à felicidade.

Após discorrer sobre a constitucionalização dos direitos fundamentais, resta evidenciado um rol ampliado e com especial atenção no texto constitucional. Isto implica em uma dificuldade

de implementação, pelo Estado, de políticas públicas satisfatórias aos cidadãos com recursos financeiros insuficientes para satisfazer suas necessidades, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais.

Robert Alexy (2015) reconhece que a efetivação dos direitos fundamentais sociais, está diretamente relacionada à destinação econômica de recursos financeiros.

Por causa dos grandes custos financeiros associados à sua realização, a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária (ALEXY, 2015, p. 508).

O referido autor suscita problema presente no campo jurídico que é a exigibilidade judicial dos referidos direitos e por consequência a interferência do judiciário no âmbito orçamentário do Estado (principalmente do Poder Executivo), o que origina alegações de desequilíbrio da harmonia dos poderes. Como “Todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos.” (ALEXY, 2015, p. 510), quanto mais carente de recursos financeiros for a população, maior será a busca judicial pela promoção dos direitos em exame. É nesse contexto que se visualiza claramente a expansão da jurisdição constitucional e a relação entre direito, economia e política.

A judicialização das relações sociais é uma constante, não só em decorrência da omissão estatal na promoção de direitos fundamentais sociais, mas também nos conflitos entre normas constitucionais fundamentais, das mais variadas classes, e entre sujeitos

não estatais no exercício de suas liberdades, haja vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Os recursos hermenêuticos de solução destes confrontos não serão abordados no presente texto.

Além da constitucionalização dos direitos fundamentais, é responsável também pela expansão da jurisdição constitucional a verificação de compatibilidade entre uma norma com a Constituição Federal, tema objeto de análise do tópico seguinte.

AÇÕES CONSTITUCIONAIS E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A constituição no atual estágio do constitucionalismo, ocupa posição central na ordem jurídica, sendo o padrão normativo a ser seguido pelas normas não constitucionais. Há uma série de mecanismos adequados para a manutenção do sistema jurídico e que coopera para a expansividade da jurisdição constitucional, dada a amplitude de ações, ressaltando-se os remédios constitucionais e o controle de constitucionalidade. Inicia-se a exposição pelos remédios constitucionais que são: habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular.

O habeas corpus (HC) é uma garantia individual ao direito de locomoção, realizada pela ordem do Poder Judiciário ao coator, objetivando a cessação da ameaça ou da coação à liberdade de locomoção. O referido remédio e o direito fundamental de locomoção estão previstos no art. 5º, LXVIII e XV da CF, respectivamente. O *write* em apreço é de fácil manejo, tendo em vista não precisar de nenhuma formalidade processual ou instrumental, nem de advogado e por ser gratuito.

Já o habeas data é o direito de “solicitar judicialmente a exibição dos registros públicos ou privados, nos quais estejam incluídos

seus dados pessoais, para que deles se tome conhecimento [...]” (MORAES, 2018, p. 319). Está previsto no art. 5º, LXXII da CF e tem basicamente três finalidades, quais sejam, acesso às informações da própria pessoa, retificação de dados pessoais e “Anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.” (art. 7º, III, Lei 9.507/1997).

O Mandado de Segurança é amplamente utilizado, estando previsto no art. 5º, LXIX e regulamentado pela Lei Nº 12.016/2009, consistindo no instrumento de tutela de direito líquido e certo contra ato ilícito praticado por autoridade pública ou quem atua em nome de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Pode ser impetrado individualmente por sujeito em benefício de seus direitos (Mandado de Segurança Individual) ou por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação em função de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (Mandado de Segurança Coletivo - art. 5º, LXX da CF).

O Mandado de Injunção (MI) é cabível para suprir ausência de norma regulamentadora que inviabilize o exercício de direitos, liberdade e prerrogativas, conforme disposto no art. 5º inciso LXXI da CF e pela Lei Nº 13.300/2016. Tem como objeto normas constitucionais de eficácia limitada, isto é, que para adquirirem eficácia plena necessitam obrigatoriamente de regulamentação. Não se confunde com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), pois, apesar de ambas combaterem a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, a ADO enquadra-se em controle abstrato de constitucionalidade e o MI em controle concreto/incidental de constitucionalidade.

A ação popular está prevista no art. 5º, LXIII e regulamentado pela Lei Nº 4.717/1965, sendo um mecanismo constitucional

que o cidadão pode manejar objetivando a invalidação de atos ou contratos administrativos, ou a estes equiparados, ilegais e lesivos ao patrimônio público (federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos), conforme expressa Hely Lopes Meirelles (2008).

A legitimidade ativa na ação popular abrange qualquer brasileiro nato ou naturalizado, incluindo os que estão entre 16 e 18 anos de idade (sem necessidade de assistência, por se tratar de exercício de direitos políticos), além de português equiparado no gozo de seus direitos políticos (art. 12, §1º, CF), caso haja reciprocidade, sendo que na prática não há.

Após uma breve apresentação dos remédios constitucionais e sua abrangência aliada ao amplo rol de normas constitucionais fundamentais, o sistema de controle de constitucionalidade também implica na expansão da jurisdição constitucional, pois “A Constituição de 1988 amplia significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1002), como passa-se a expor.

A atribuição de supremacia da Constituição desafia uma estrutura capaz de protegê-la de investidas que a fragilizem, dada a possíveis incompatibilidades, o que ocorre através de sanções que reconheçam a nulidade de atos em desacordo com as normas constitucionais.

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de

controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos (MENDES; BRANCO, 2017, p. 938).

Esse controle de constitucionalidade garantidor da supremacia constitucional, pode se dar por meio jurisdicional de dois modos, o difuso e o concentrado. O difuso é o sistema de controle em que qualquer órgão jurisdicional pode declarar a nulidade de atos violadores da Constituição, desde que seja de maneira incidental, isto é, que seja em apreciação de pleito de direito subjetivo. Sabe-se da vasta capilaridade do Poder Judiciário pelo país, o que provoca o efeito da expansividade da jurisdição constitucional. O STF é competente para analisar o recurso extraordinário, que é um instrumento de controle difuso, manifestando-se acerca de matéria constitucional presente em decisão judicial.

O controle concentrado é mais restrito, já que é exercido por apenas um órgão jurisdicional, no Brasil o Supremo Tribunal Federal (STF), podendo ser provocado pela Ação Direita de Inconstitucionalidade Genérica (ADI), Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva ou Representação Interventiva (RI), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

O rol taxativo de legitimados ativos para propor as ações acima referenciadas é demasiado extenso, conforme previsto no art. 103 da CF, competindo ao Presidente da República, Mesas do Senado e da Câmara, Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), partido político,

confederação sindical e entidade de classe. Não teceremos comentários a cada um dos legitimados para evitar o distanciamento de conteúdo prioritário ao objeto do texto.

A ADI é mecanismo de controle de constitucionalidade de norma em tese, caracterizado pela abstração, generalidade e impessoalidade, busca o posicionamento do judiciário sobre a constitucionalidade ou não de uma lei (*lato sensu*) federal ou estadual, visando expulsar do ordenamento um ato normativo viciado. Seu fundamento legal é o art. 102, I, “a” da CF e a lei 9.868/1999. A ADO está prevista no art. 103, §2º da CF e pelos arts. 12-A até 12-H da Lei Nº 9.868/99, sua finalidade é tornar efetiva norma constitucional, ou seja, atinge as normas de eficácia limitada. A principal diferença com o MI já foi mencionada oportunamente.

A Representação Interventiva busca coibir a violação de princípios constitucionais sensíveis praticados por entes federativos. Realiza-se por meio de intervenção da União nos Estados e dos Estados nos Municípios, exceto Municípios situados em Territórios Federais, situação em que a intervenção se dará diretamente pela União. Única ação que cabe apenas ao Procurador-Geral da República a propositura. Fundamenta-se nos arts. 36, III; art. 34, VII, CF e pela Lei Nº 12.562/2011.

A ADPF está prevista no art. 102, §2º da CF e na Lei Nº 9.882/1999, entendendo a doutrina e jurisprudência que “preceito fundamental” são normas balizares da ordem constitucional. Tem como objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, decorrente de qualquer ato administrativo, inclusive decretos regulamentares (art. 1º, caput da Lei Nº 9.882/1999) e “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.” (art. 1º, PU, I, Lei Nº 9.882/1999).

A última ação tratada é a ADC, tendo como finalidade declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, convertendo a presunção relativa (*juris tantum*) de constitucionalidade em absoluta (*jure et de jure*). Seu respaldo legal está no art. 102, I, “a”, CF; art. 102, §2º, CF e Lei 9.868/1999.

Assim, verifica-se um quantitativo considerável de ações, juntamente com os legitimados ativos, propício ao debate de matérias constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela exposição acima, compreende-se os múltiplos fatores que justificam a ampliação da jurisdição constitucional. Entretanto, na medida em que a sociedade segue a extremismos políticos e instabilidade jurídica, a atuação do Poder Judiciário é questionada com maior intensidade.

Adeptos a correntes contrárias ao fenômeno em apreço, busca basicamente se fundamentar no princípio da independência dos poderes, alegando constante interferência do Poder Judiciário nas funções típicas dos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, os poderes além de serem independentes são harmônicos, fazendo uso do sistema de freios e contrapesos com o objetivo de se evitar o desequilíbrio e conseqüentemente severas crises institucionais.

Portanto, em excessos e omissões indevidas dos poderes majoritários, cabe ao judiciário a garantia da concretização de bens jurídicos fundamentais, além de valorar a conformação de normas infraconstitucionais com a Constituição Federal.

O juízo de equidade e razoabilidade são balizas inerentes a atuação da jurisdição constitucional, notadamente pelas decisões da Suprema Corte em decorrência do seu largo impacto, pois

apesar de ser um Poder contramajoritário, a aderência social não deve ser desprezada, ao tempo que não deve ser o único/principal fator a ser levado em consideração.

Deste modo, ressalte-se a imprescindibilidade da expansão da jurisdição constitucional, sendo consectário do desenvolvimento sociopolítico e total compatibilização com a ordem pátria.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista De Direito Administrativo, v. 240, p. 1–42. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley do más débil**. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez Y Andrea Greppi. 5ª Edição. Madrid: Trotta, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data.** 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 34ª Edição. São Paulo: Atlas, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 16ª Edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.



**A RESPON-
SABILIDADE
PENAL DA
PESSOA
JURÍDICA
NOS CRIMES
AMBIENTAIS
NO BRASIL**

MARCELO FERNANDEZ C. DE M. URANI

MARCELO FERNANDEZ C. DE M. URANI

Doutorando em Ciências Jurídicas (UFPB).
Professor de Direito da Universidade
Federal de Sergipe. Advogado.



INTRODUÇÃO

O TRABALHO VISA FAZER UMA ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIDADE penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, responsabilidade que iniciou em meados do século XIX na Inglaterra, quando essa foi aceita, mas persiste questionável até o presente, sendo tema de constantes debates, razão pela qual o texto pretende contribuir com a problemática da capacidade penal da pessoa jurídica, especificamente nos crimes ambientais no Brasil.

E o estudo examinará as correntes relacionadas com o problema. Num primeiro momento, os argumentos que justificam a responsabilidade penal aceita em diversos países. Dentre os principais argumentos, estão as novas formas de criminalidade corporativa, com a utilização de pessoas jurídicas para o cometimento de delitos, a falência dos demais ramos do direito na tutela do meio ambiente e a necessidade de autorregulação das pessoas jurídicas em função da deficiência do Estado na prevenção de crimes.

Na segunda etapa será feito um confronto dos argumentos favoráveis a capacidade penal e os principais aspectos da teoria do delito e da pena no sentido da incapacidade da pessoa jurídica.

Assim, é questionada a possibilidade da pessoa jurídica ser autora, coautora ou partícipe de um crime sem ter capacidade de ação. Neste sentido, é inadequada a teoria do dolo, com seus aspectos volitivos e cognitivos em relação a pessoa física, quanto a culpabilidade, não há adequação com seus elementos e os fins da pena. Por fim, ainda temos a problemática quanto as excludentes de ilicitude.

Ao final, são apresentadas as considerações finais, mas não em caráter conclusivo e sim provisório, em face da continuidade da pesquisa e amadurecimento do tema.

PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL APLICÁVEIS A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA.

O direito penal pode ser considerado como um conjunto normativo que estabelece as ações e/ou omissões passíveis de sanções penais, entendido assim como o limite ao direito punitivo do Estado. Daí advém a conhecida e atemporal lição de que “O Código Penal é a Carta Magna do delinquente”, ou seja, além do Código Penal, nenhuma pessoa sofrerá sanção de natureza penal (FRANZ VON LISZT, 2006).

Para além de ser o limite da intervenção estatal penal, o direito penal tem por função a tutela de bens jurídicos considerados essenciais para a sociedade, num determinado período e merecedor de proteção penal, são valores ético-culturais e jurídicos mais importantes, como explica (PRADO, 2019).

Em um Estado democrático e social de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana.

Advirta-se, então, que a perspectiva tratada acima deriva de um modelo do Estado Democrático de Direito (caput do art. 1º da CF), pautado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e na prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II da CF).

De tal forma que o Estado seja realmente tolerante, e não proíba condutas socialmente irrelevantes e que estejam na esfera íntima do cidadão (art. 13, 1 CADH), pois essas não geram qualquer dano social.

As colocações acima precisam ser relacionadas e complementadas com os princípios do direito penal, os quais possuem uma função interpretativa e orientadora da política legislativa criminal, delimitando o poder punitivo estatal (PRADO, 2019). E, tendo em vista que tratamos da responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais, examinaremos os princípios que têm maior importância para o recorte do tema, sem desconsiderar a relevância dos demais princípios. Acrescentando que os princípios podem ter fundamento na Constituição, nos Tratados Internacionais e na legislação infraconstitucional.

Pontuados os aspectos interpretativos e orientadores, Mello esclarece a relevância do princípio por ser o mandamento nuclear de um sistema, “verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas”. Daí o relevo de compreender o estudo dos princípios como filtro interpretativo, pois como sustenta o autor “violiar um princípio é muito mais grave que violiar uma norma” (MELLO, 2019).

Examinaremos os princípios que têm mais relação com o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica, sem desconsiderar a importância dos demais. Iniciando a abordagem principiológica a partir da legalidade, sem que isto implique na sobreposição de importância de um princípio em relação ao outro, até porque muitos estão relacionados entre si.

O princípio da legalidade ou da reserva legal tem suas origens nas Constituições da Virginia e Maryland (1776), sendo recolocado

na Constituição americana (1787) e na Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão (1789). No plano infraconstitucional, encontramos a reserva legal no Código Penal da Bavária (1813), da Prússia (1851) e Alemanha (1871), demonstrando, assim, sua trajetória em outros períodos (Cirino 2008) e que sua existência não foi algo pontual.

No Brasil, o princípio da legalidade foi inscrito na Constituição do Império (1824), no Código Criminal (1830), passando pelos demais textos constitucionais e Códigos Penais, chegando até aos vigentes. Em relação ao âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a legalidade é encontrada, por exemplo, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 9), além de outros sistemas internacionais de proteção, dentre os quais o europeu e africano.

Neste caso, há nítida relação entre o princípio da legalidade e o Estado Democrático de Direito, especialmente por este pressupor a submissão à legalidade e não o arbítrio do soberano, possibilitando ao cidadão a segurança jurídica, liberdade e igualdade. Como ponderam (BRANCO; MENDES; INOCÊNCIO 2010).

Essas disposições encontram fundamento vinculados à própria ideia do Estado, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democrático e da separação de Poderes. De um lado enuncia-se que qualquer intervenção no âmbito das liberdades há de lastrar se em uma lei.

No entanto, a legalidade não se esgota em si, e dela decorrem quatro consequências (CIRINO, 2008) num Estado Democrático de Direito. i) proibição da irretroatividade da lei penal, ii) vedação do uso de costume, iii) proibição de analogia in malam partem e iv) proibição de tipos penais indeterminados.

A irretroatividade da lei penal (art. 2º do CP) é uma garantia do cidadão que não será punido após uma ação ou omissão se ao tempo dessa não estiverem em vigência a lei penal, logo a conduta tida por delituosa deve ser contemporânea a vigência a da lei. Isto significa que a lei não pode retroagir para alcançar atos pretéritos àquela. Entretanto, a normativa pode produzir seus efeitos mesmo não havendo contemporaneidade entre a conduta e a vigência da lei, isto quando for o caso de ser mais favorável ao acusado ou condenado, pois há uma mudança de política criminal e com ela, também, os efeitos dos delitos.

Desse modo, a lei poderá retroagir se for uma norma mais benéfica do que aquela que vigia à época do crime, assim como também deve produzir efeitos, mesmo tendo sido revogada, se quando o crime cometido tinha em vigor uma norma mais branda do que a posterior. É a denominada ultratividade da lei penal, em função da segurança jurídica.

Por sua vez, na legislação processual penal a sistemática é diferente, pois vigora o princípio da imediatidade da lei processual penal (art. 2º do CPP). Portanto, os atos processuais devem atender a lei vigente no tempo de sua prática, independente de quando o crime foi cometido e mesmo se o processo está em andamento, registrando que há críticas quanto a esta linha de pensamento (SILVA; URANI, 2017).

O segundo efeito da legalidade é a vedação do uso dos costumes, sendo esse compreendido como a prática reiterada e costumeira da sociedade. Mesmo sendo aceito no direito brasileiro (art. 4º da LINDB), para a esfera penal o costume não pode ser usado para incriminar uma pessoa, dentre outras razões, pela segurança jurídica.

Todavia, o costume deve ser utilizado para favorecer o acusado, e aqui deve ser relacionado o princípio da adequação social, criado por (WELZEL, 1997), o qual não considera típica uma conduta caso seja aceita pela sociedade, já que não há desvalor do resultado da ação. Um exemplo corriqueiro da aplicação desses princípios é o crime de casa de prostituição (art. 229 do CP), cuja hipótese é aceita pela sociedade e aqui trazendo para o âmbito do direito ambiental, podemos relacionar o delito de maus tratos de animais (art. 32 da Lei 9605/98) com a vaquejada.

A proibição de *analogia in malam partem* decorre, ainda da legalidade e seu papel garantidor. Assim, se a lei penal deve ser certa e precisa, não há possibilidade para uma analogia incriminadora, pois se assim quisesse o legislador haveria tipificado a ação humana que se pretendesse fazer a analogia. Contudo, em face do caráter severo do direito penal e do limite imposto pela dignidade da pessoa humana, é possível a analogia *in bonam partem*, a exemplo do que ocorre na excludente para o crime aborto para a mulher vítima de violação sexual mediante fraude, quando a rigor o Código Penal brasileiro trata da excludente em função do estupro.

O último reflexo da legalidade é a proibição de tipos indeterminados, de maneira que não basta a existência de uma lei, é necessário que esta seja ao máximo possível taxativa, ainda que em alguns casos não possa ser tão precisa ou então tenha que conter elementos normativos. É necessário, ainda que em alguns casos tenha elementos normativos, a exigência da lei certa afasta conteúdos indeterminados, possibilitando que seus destinatários possam conhecê-las e poder se motivar adequadamente com o comando normativo penal.

Assim, tomando por base a *lex certa*, buscará ser evitado o arbítrio judicial no juízo de subsunção do tipo a conduta humana, como ocorreu na Alemanha no período nazista (ZAFFARONI, 2019).

Em função da tutela de bens jurídicos que cabe ao direito penal, surge o princípio da exclusividade da proteção dos bens jurídicos ou lesividade, o qual se direciona especialmente ao legislador. Como função deste princípio, temos quatro efeitos (BATISTA, 1997).

Proibição da criminalização de atitudes internas, tais como o pensamento e sentimentos, daí a *cogitatio* ser impunível. A segunda é a ação que se passa apenas no âmbito do agente sem atingir terceiros, citando o autor a autolesão e o uso de drogas como hipóteses das quais não deveria incidir a tipificação.

O terceiro efeito do princípio da exclusividade da proteção é a vedação de incriminação de estados ou condições existenciais. Logo, o direito penal deve respeitar o (ser) humano do agente, numa clara relação com a Ética da alteridade, razão pela qual é incompatível, também, com o direito a intimidade, privacidade e a perspectiva do direito penal do autor que pune a pessoa pelo seu ser e não conduta.

O último efeito é a proibição de conduta desviada e sem qualquer ofensa a bem jurídico. Assim, não pode ser tipificada a simples forma de ser ou de agir sem ofensa a terceiros, como, tatuagens, cabelos tidos por fora do padrão, práticas sexuais reputadas anormais e até mesmo atividades esportivas, como um dia foi incriminada a capoeira.

Relacionado com o princípio anterior e dentro de uma política criminal restritiva, aparece a intervenção mínima ou subsidiariedade. De tal forma que o direito penal só se torna instrumento legítimo de sanção quando os demais ramos do direito se mostram deficitários, ou seja, quando exemplificativamente, o

direito administrativo, civil, tributário e ambiental se mostrarem reguladores insuficientes e assim justifiquem a intervenção do direito penal como salvaguarda.

A fragmentariedade coloca um filtro na seletividade do direito penal, de modo que possam ser eleitos somente os bens jurídicos que sejam merecedores de tutela penal, deixando aos demais bens a regulamentação pelos outros ramos do direito, o que é possível concluir o nexo entre a fragmentariedade com a intervenção mínima e a lesividade. Em suma, essa é a representação do direito penal com um ordenamento descontínuo de seleção de bens, dentre os quais merecem a tutela penal.

Dentro de um direito penal mínimo, há o princípio da bagatela ou insignificância, que diferente da lesividade que se direciona ao legislador e ao juiz, o da bagatela se direciona ao Ministério Público e ao juiz. Aqui a conduta formalmente é considerada penalmente merecedora de tutela penal, mas no plano concreto inexistente relevância material da conduta. Em outros termos, há tipicidade formal, no entanto, não há tipicidade material, significa dizer que a ação não tem danosidade penal que justifique a aplicação da lei, apesar de sua existência.

Como exemplo, pode ser citado o crime de pesca (art. 34 da LCA). No aspecto de tutela penal do bem jurídico (fauna) a lesividade é indiscutível, mas quando analisado no caso concreto, é preciso examinar as circunstâncias materiais, além do aspecto formal. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* nº 112563, entendeu não haver relevância material na conduta do pescador flagrado com doze camarões e uma rede de pesca.

E o direito penal primitivo era caracterizado pela responsabilidade objetiva, no Código de Hamurabi bastava a demonstração

do nexu causal, sem qualquer liame psicológico na produção de um resultado lesivo para que o gente fosse punido. Porém, a evolução do direito penal trouxe uma modificação nesse aspecto, de modo que a possibilidade de incriminação ao cidadão passou a ser condicionada a responsabilidade subjetiva (arts. 18 e 19 do CP).

Desse modo, a punição de qualquer pessoa estava condicionada, dentre outros fatores, pela produção do resultado por dolo ou culpa, esses últimos nos crimes que admitem a modalidade culposa, sem a qual não há possibilidade de incriminação.

A *contrário sensu*, a responsabilidade subjetiva é a antítese da responsabilidade objetiva. Por efeito, o simples fato de alguém ser diretor ou gestor de uma pessoa jurídica não é o bastante para a responsabilização desse, é indispensável a demonstração do nexu de causalidade (art. 13 do CP), adjetivado pelo dolo ou culpa, e mesmo assim quando for admissível a forma culposa.

Na temática da responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais, tal princípio ganha mais destaque pela problemática se a pessoa jurídica pode ser autora, coautora ou partícipe (art. 29 do CP) da ação ou omissão delitiva.

Ligado ao princípio anterior, temos a intranscendência da pena (art. 5º XLV da CF), também expresso nas Constituições anteriores, assim é assegurado que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. É uma decorrência da responsabilidade subjetiva, afinal somente quem deu causa dolosa ou culposamente poderá ser responsabilizado, sob pena de responsabilidade objetiva.

Ademais, até o caráter da prevenção geral e especial perderiam o sentido dissuasório, pois se a pessoa pudesse ser responsabilizada pelo ato de outro, haveria uma incongruência dentro do próprio direito penal.

Deve ser pontuado, que a obrigação de reparar o dano segue a herança, cabendo a cada um dos herdeiros responder na proporção daquilo que herdaram, contudo jamais poderá passar deste limite (art. 1.997 do CC), pois se ocorresse haveria a transcendência da pena.

Como aspecto crítico, deve ser ressaltado à luz da criminologia, que na prática a pena passa da pessoa do condenado, basta constatar que muitos apenados são pais e mães de menores que dependem dos seus cuidados e que acabam sofrendo a pena, também. Assim, este foi um dos motivos da concessão do habeas corpus coletivo 143.641, em favor das mães e gestante pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, temos o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI da CF), no qual são estabelecidos os parâmetros mínimos e máximos da pena dentro da relevância do bem jurídico tutelado pelo tipo, e a censurabilidade pela prática da conduta delitiva do sujeito.

Tal princípio é estabelecido em três níveis, o primeiro no plano legislativo, no qual o legislador, atendendo a relevância do bem jurídico tutelado pela figura penal determina quais os limites da pena abstratamente considerada, trata-se de uma questão de política criminal. O segundo nível compete ao juiz no momento da dosimetria da pena, transformando a sanção abstrata em concreta, levando, em suma, o grau de censurabilidade do crime, aqui é obedecido o sistema trifásico de aplicação da pena (HUNGRIA, 1954). No último aspecto, há a individualização administrativa, quando na fase de execução da pena o apenado cumpre sua pena de acordo com os seus antecedentes e personalidade (art. 5º da LEP).

Em linhas gerais, esses são os princípios penais que possuem uma maior relação com a responsabilidade penal da pessoa jurídica e sem os quais a compreensão do tema seria deficitária.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Explica Marinucci (2008) o equívoco da difusão histórica em atribuir a responsabilidade da pessoa jurídica aos países anglo-saxônicos e posteriormente aos países de tradição do *civil law*, quando o correto é o inverso. Destacando (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2020) que a responsabilização da pessoa jurídica só foi aceita em meados do século XIX na Inglaterra e começo do século XX nos Estados Unidos dentro de um contexto de industrialização, diferente do *civil law*, quando foi acolhida desde a era medieval, sendo abandonada após o Iluminismo e o fim das corporações, com o crescimento do livre comércio.

Desse modo, pode ser citado como exemplo nos Estados Unidos, e o caso emblemático sobre a responsabilização da pessoa jurídica foi a decisão da Suprema Corte de New York Central and Hudson River Railroad vs. US em 1909, oportunidade na qual acabou sendo admitida a responsabilidade da pessoa jurídica.

Fazendo uma breve colocação sobre a distinção das tradições acima, (CIRINO, 2008) aponta que os países aderentes ao *civil law*, tendem a não aceitarem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois seus sistemas de justiça são baseados em normas codificadas que geram problemas dogmáticos intransponíveis. No entanto, a regra não é geral como pontua o autor, tanto que mesmo dentro de um país, como os Estados Unidos,

há Estados com posições divergentes sobre a capacidade penal da pessoa jurídica.

O certo é que a responsabilidade criminal da pessoa jurídica é aceita nos Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Noruega, Portugal, Venezuela, Espanha e na França. O último como fonte inspiradora para a Lei de Crimes Ambientais no Brasil, através do Código Penal de 1992.

Dentre as justificativas para adotar a responsabilidade, destaca (MACHADO, 2013) que “O acolhimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/1998 mostrou que houve atualizada percepção do papel das empresas no mundo antropocêntrico”, é uma perspectiva da nova criminalidade, agora com a utilização das pessoas jurídicas como instrumento de crime ou meio para se proteger das práticas delitivas. E muitos países acolheram a responsabilidade, não só na área ambiental, como econômica e financeira.

Porém, para o recorte do trabalho, a exposição está centrada no direito ambiental, e a responsabilização é justificada por (MACHADO, 2013), pelo fato de que “O crime ambiental é principalmente corporativo”.

Portanto, em face das novas formas de criminalidade, surgem inovações legislativas, a exemplo da Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/13), Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98). E diversos acordos de cooperação internacional em matéria penal, como foram os realizados junto ao Canadá, China, Bélgica, Colômbia, Dinamarca e outros, tudo como forma combativa de uma política-criminal.

Essas novas modalidades de criminalidade e com destaque as que envolvem a pessoa jurídica e o meio ambiente, tornaram difíceis a descoberta e responsabilização das pessoas físicas autoras

dos crimes (SHECAIRA, 2003), que utilizam as pessoas jurídicas como escudo em ações criminosas. Portanto, a possibilidade de punir as pessoas jurídicas será um meio de enfrentamento a tais práticas.

Outro ponto importante a justificar a corrente exposta no momento, está no princípio da intervenção mínima ou subsidiariedade. Afinal, a intervenção do direito penal somente se legitima em razão da falência dos demais ramos do direito na tutela do bem jurídico (ambiental). No caso, se os demais ramos não estão sendo suficientes, torna-se necessária a tipificação e tutela penal, isto é uma avaliação de natureza político-criminal e direcionada ao legislador num primeiro instante.

Expondo o problema (BOLDOVA; PASAMER, 2014), apresenta que na sociedade globalizada é preciso a regulamentação em torno da responsabilidade penal da pessoa jurídica. E assim, aponta a existência de um direito administrativo sancionador em face das pessoas jurídicas, podendo esse ser usado como parâmetro para ilícitos penais, cuja diferença seria apenas quantitativa. Ademais, poderia ser utilizado para reforçar o argumento, o fato de que tanto o direito administrativo sancionador, como o direito penal dependem, necessariamente, do respeito ao devido processo legal e seus princípios integrantes para a aplicação de penas (SILVA; URANI, 2010).

Outro ponto favorável a responsabilização, seria a necessidade de equiparar as pessoas jurídicas e físicas em direitos e deveres, principalmente no aspecto econômico. Portanto, sendo a pessoa jurídica titular de direitos e deveres, não teria razão para não ter deveres penais e conseqüentemente capacidade penal (BOLDOVA; PASAMER, 2014).

Como principal justificativa para a capacidade penal da pessoa jurídica, (BOLDOVA; PASAMER, 2014) seria fomentar a autorregulação das pessoas jurídicas na prevenção de crimes interna corporis, frente a ineficácia do Estado. Neste sentido expõe o autor, “La existencia ou inexistencia de responsabilidade penal de las empresas seria, en última instancia un indicador del poder corporativo”.

No plano jurisprudencial, vigora desde 2003 o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no RE 548.181, que cabe a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Um dos pontos destacados na decisão foi que essa independeria de concurso entre a pessoa jurídica com a pessoa física, logo, não mais prevalecendo a teoria da dupla imputação.

Dentre os fundamentos, o acórdão do STF destacou a inexistência de restrição a responsabilidade pela Constituição Federal e que assim caberia ao legislador decidir, fato que ocorreu com a Lei 9.606/98 e a dificuldade de responsabilizar a pessoa física nos crimes corporativos. Ressaltou a decisão que a não responsabilização da pessoa jurídica seria inutilizar o mandado de criminalização da Constituição em face dos crimes ambientais. Por fim, o Supremo Tribunal apontou a necessidade de elaboração de novos conceitos de ação e culpabilidade para a pessoa jurídica.

IRRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

O direito penal como foi concebido, tem sua estrutura centrada na pessoa física e aqui encontramos a maior dificuldade na responsabilização penal da pessoa jurídica, a começar pela capacidade de ação. E no Brasil, grande parcela dos autores defendem que a *societas delinquere non potest*.

Nestes termos, explica (BITENCOURT, 2012) “O Direito Penal atual estabelece que o único sujeito com capacidade de ação é o indivíduo”, ou seja, a perspectiva da ação e no mesmo sentido a omissão são inatas ao ser humano, é característica exclusiva humana, dotada de autonomia e motivação. Tal questão já torna questionável a capacidade das pessoas jurídicas e o quadro fica mais complicado quando se analisa a teoria finalista da ação.

Assim, é considerada que “o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta”, como explica (WELZEL, 1997) e após conclui o autor que a finalidade é “vidente”.

Daí surgirem os primeiros questionamentos sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, como poderia ser punida se ela, por si, não tem capacidade de ação? Como teria movimento corporal positivo ou negativo dirigido a um fim delitivo que resultasse numa lesão?

Relacionando a ação, a problemática persiste no dolo, que na atual concepção não se adequa a pessoa jurídica. Assim, se constata que este é composto de dois elementos, cognitivo e volitivo, o primeiro é a ciência do fato com todas as suas circunstâncias fáticas e jurídicas, é consciência da ação pretendida, enquanto o volitivo expressa a vontade dirigida a um fim, relaciona ação, resultado e nexos causal, como esclarece (BITENCOURT, 2012). Neste, a vontade, conforme a teoria finalista é direcionada a um fim, daí ser “vidente”, a representação mental do que foi desejado pelo sujeito.

Contudo, como elemento da vontade de ação e representação mental de um resultado, seriam aplicáveis na pessoa jurídica?

Ainda mais quando o crime é resultado de uma ação ou omissão penalmente relevante.

Sem o exame de tais fatores, não será possível decidir se o resultado foi fruto de uma conduta dolosa, culposa, preterdolosa ou até mesmo involuntária, a exemplo do ato reflexo. Afastar tal contexto é incidir em reponsabilidade penal objetiva, o que foi rejeitado pelo direito penal minimamente racional.

Prosseguindo na teoria do delito, chegamos a culpabilidade, sendo esta constituída pela imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Em outros termos, a culpabilidade é um juízo de censurabilidade pessoal e a medida equitativa da pena para (WELZEL, 1997), a “culpabilidade é a ‘reprovabilidade’ da configuração da vontade e toda culpabilidade é, segundo isso, ‘culpabilidade’ de vontade.

A culpabilidade na concepção desenvolvida é vista em relação a pessoa física. Neste aspecto, a imputabilidade depende do lado intelectual, a higidez biopsicológica e o volitivo, a vontade, e em ambos parece não haver compatibilidade com a pessoa jurídica, ou então, seria possível falar em integridade biopsicológica da pessoa jurídica? Como seria um exame de sanidade mental?

Em relação ao aspecto volitivo, retomamos as críticas expostas na ação humana e teoria finalista e que servem no mesmo sentido aqui.

Quanto a consciência da ilicitude, também há barreiras. A consciência deve ser potencial, de forma que o sujeito tenha possibilidade da consciência da ilicitude do injusto, mas de que modo isto seria aplicado na pessoa jurídica? Poderia ser pela expertise ou não em determinado segmento empresarial? Pelo registro de natureza de atividades?

A exigibilidade de conduta diversa ainda guarda pontos impeditivos da responsabilidade aqui tratada. Por exemplo, como adequar tal parâmetro com aspectos da emoção, paixão e embriaguez?

Em suma, de que maneira seria adequado o critério biopsicológica (art. 26 do CP) às pessoas jurídicas?

Chegando na teoria da pena, temos esta com fins de reprovação e prevenção (art. 59 do CP). De que forma ocorreria a adequação da prevenção geral negativa como fator desestimulante coletivamente à prática de delitos, se a pessoa jurídica não pode ser intimidada? A problemática persiste na prevenção especial negativa, pois a pessoa jurídica não pode ser neutralizada, diferente da pessoa física.

Também não fica claro como funcionariam as excludentes (art. 23 do CP) em favor das pessoas jurídicas, especialmente, por conta das questões apontadas sobre a ação e consciência.

Ainda que as objeções relacionadas a responsabilidade penal ao direito penal material sejam superadas, o problema ainda persiste sob a perspectiva do direito processual penal.

Da mesma forma que o direito penal, o direito processual penal foi estruturado tendo como imputado a pessoa física e atos processuais que lhe é próprio, por exemplo, interrogatório (autodefesa), acareação, prisão preventiva e muito claramente no habeas corpus, onde se discute o direito de locomoção, dentre outros atos processuais típicos de pessoas físicas e inconciliáveis com pessoa jurídica.

Na França, por sua vez, o direito processual penal foi preparado para ter, além das pessoas físicas como sujeito passivo, também a pessoa jurídica. Havendo, no caso, uma readaptação do processo e seus atos para as pessoas jurídicas e não uma aplicação do clássico processo, pensado para a pessoa física, nas pessoas jurídicas.

Tal refundação demonstra uma mudança dogmática francesa na capacidade penal da pessoa jurídica. Quanto ao processo penal brasileiro, o debate sobre esta visão é escasso, estando mais voltado para questões como regras de competência, prisões, efeito dos recursos e execução penal.

Desse modo, mesmo quando confrontado o direito processual penal com o direito penal material, se percebe um descompasso nos debates acadêmicos e na jurisprudência sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, como se este fosse próprio do direito penal. Estando o direito material num estágio mais avançado do que o processual, ponto a mais para dificultar e responsabilidade penal da pessoa jurídica, e que por consequência acaba retornando a problemática inicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos delitos ambientais parece ser um tema um pouco distante de um desfecho permanente. Os argumentos favoráveis e contrários são devidamente justificados em bases racionais. Então, apontar uma corrente como certa e outra como equivocada em caráter definitivo, ainda não é a melhor resposta ao que parece.

É preciso aguardar o amadurecimento dos debates, com a confirmação das hipóteses ou não, e este desenvolvimento vai ocorrer através dos constantes debates, principalmente os acadêmicos.

Um ponto, no entanto, surge incontroverso, a necessidade de readequar a legislação penal material e processual penal brasileira para a responsabilidade penal, como já ocorreu na França com o Código Penal de 1992 que entrou em vigência em 1994, ao qual o Brasil teve como inspiração, como esclarecem (GUEIROS; JAPIASSÚ, 2020).

É certo, porém, que a Lei n 9.605/1998 pecou pela falta de sistematização. Nesse sentido, tem-se que antes da mudança da sistemática de não punição do ente moral, feito, como dito, pelo *Code Pènal* de 1992, os franceses tiveram a cautela de elaborar e por em vigor uma Lei de Adaptação. Isso não ocorreu no Brasil, gerando, no âmbito doutrinário, intenso debate sobre a aplicabilidade dos dispositivos da citada Lei no 9.605/1998, com reflexo nos casos levados ao conhecimento da nossa jurisprudência.

Enquanto o tema está em desenvolvimento, o que é cabível afirmar é a necessidade de adequação da legislação a responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois até então àquela é centrada na pessoa física, não sendo possível permanecer no atual estágio.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial dos crimes contra a pessoa. 12 ed rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. **La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española**. Revista dos tribunais.v. 945. p. 199 e ss, 2014.

CIRINO, Juarez. **Direito penal. parte geral**. 3 Ed revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Direito penal**. 2 Ed. São Paulo: Gen, 2020.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. v. I, t. I. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1954.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARINUCCI, Giorgio. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**: un bosquejo histórico-dogmático. In: Valdés Garcia et al. (org). *Estudios penales em homenagem a Enrique Gimbernat Ordeig*. Madrid: Edisofer, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34 Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

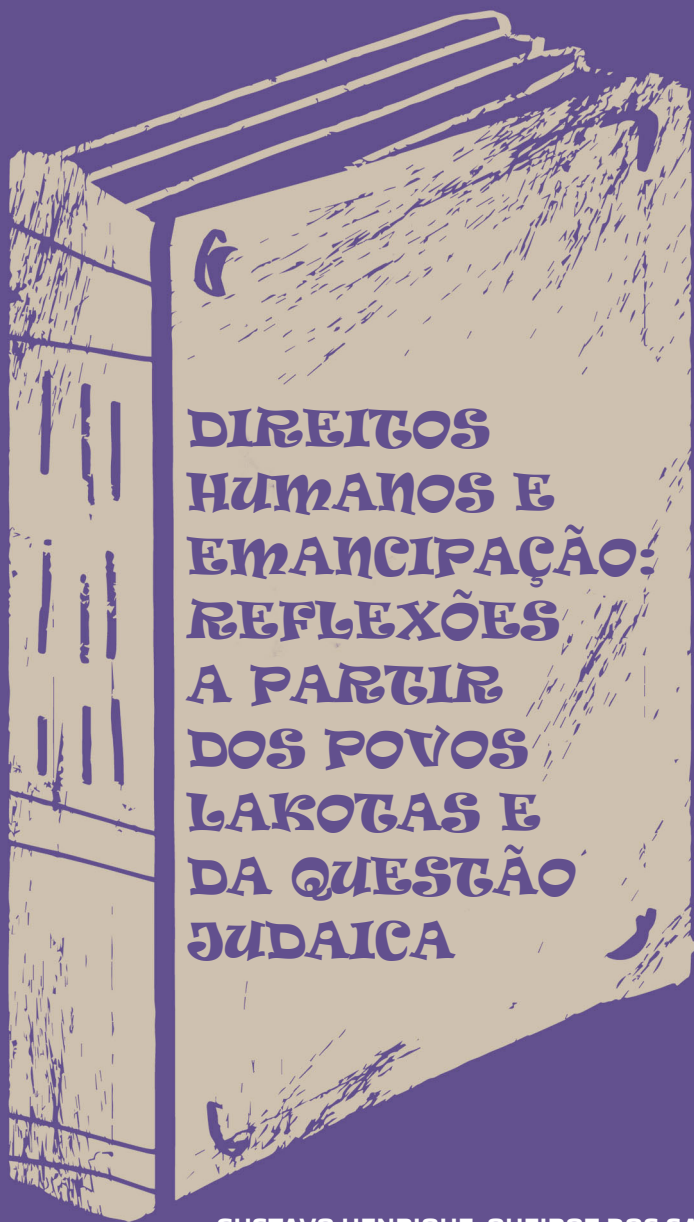
PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. 8 Ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

SILVA, Edimar Carmo; URANI, Marcelo Fernandez. **Manual de direito processual penal acusatório**. doutrina e jurisprudência. 2 Ed. Curitiba: Juruá, 2017.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**: parte general. Tradução Bustos Ramirez. 11 ed. Santiago: Ed. Jurídica, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista**: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945. Tradução e comentários Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Ed. Tirant lo blanc, 2019.



**DIREITOS
HUMANOS E
EMANCIPAÇÃO:
REFLEXÕES
A PARTIR
DOS POVOS
LAKOTAS E
DA QUESTÃO
JUDAICA**

**GUSTAVO HENRIQUE QUEIROZ DOS SANTOS
PATRÍCIA LUCIANA PEREIRA DA SILVA**

**GUSTAVO HENRIQUE
QUEIROZ DOS SANTOS**

Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB).
Professor da Faculdade Sucesso - FACSU. Advogado.

PATRÍCIA LUCIANA PEREIRA DA SILVA

Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Católica
Santa Teresinha. E-mail: paty.cruzeta@gmail.com



INTRODUÇÃO

ESTE ARTIGO TEM COMO OBJETO A ANÁLISE DO CONCEITO DE EMANCIPIÇÃO como aspecto inerente às sociedades ocidentais vítimas de perseguição étnica. Para isso, utiliza-se o conceito de emancipação oriundo da obra “Sobre a questão judaica”, apropriando-se desse conceito para pensá-lo como um direito humano, nos moldes da declaração universal de 1948 – DUDH.

A problemática é construída a partir de duas narrativas: A realidade dos povos Lakota, nativos americanos perseguidos na corrida para o oeste durante os séculos XVII e XVIII e a comunidade judaica trazida por Marx na obra supracitada. Esta escolha metodológica se dá por pensarmos que a emancipação é um tema fundamental e comum às duas sociedades descritas, tornando mais simples a visualização da categoria em cada caso concreto. Apesar da distância geográfica e cultural entre o povo lakota e os judeus, ambos representam a busca por emancipação, cada uma ao seu modo.

A metodologia utilizada para a construção do estudo terá caráter qualitativo no sentido de que “não se preocupa com representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento de um grupo social” (GERHARDT, SILVEIRA, 2009, p. 31). Dessa forma, considera a análise de aspectos subjetivos relacionados ao comportamento humano. Além disso, é de natureza básica por gerar um conhecimento novo visando ser útil para a ciência (GERHARDT, SILVEIRA, 2009) e possui procedimento bibliográfico, significando assim ser “desenvolvido a partir de material já elaborado”. (GIL, 2012, p. 51).

Deste modo, nesse momento introdutório da pesquisa, podemos trazer o seguinte problema: Como é possível observar a

emancipação em sociedades etnicamente perseguidas? Visto ser, de acordo com Gil (2012, p. 33), uma “questão não solvida, com um objeto de discussão”. Em outras palavras, teremos um aspecto a ser estudando visando esclarecer tal questionamento.

O ponto de partida para pensar os Direitos Humanos será a DUDH, especificamente no que tange as diferenças entre as previsões quanto à liberdade do indivíduo e quanto ao conceito de emancipação, palavra que não aparece uma única vez em todo o corpo do texto e que, ao nosso ver, é fundamental para os debates estudos sobre direitos humanos. A capacidade do indivíduo em se emancipar é uma afirmação de sua própria dignidade humana.

EMANCIPAÇÃO: CONCEITO E CONTEXTO HISTÓRICO

O termo emancipação, de acordo com o Dicionário Online de Português, diz respeito à “ação de ser ou de se tornar independente, livre”. Nesse caso, é necessário tomar como base algum aspecto específico ou parâmetro, para só assim se considerar livre de acordo com uma determinada perspectiva. Cabe perceber que mesmo que do ponto de vista linguístico, a emancipação exige um “tornar-se”. Há movimento na transformação do indivíduo e emancipar-se é, obrigatoriamente, superar um estado da própria individualidade.

Ainda neste sentido, no Dicionário do Pensamento Marxista (2013), temos que a emancipação é vista como a liberdade relacionada à eliminação dos obstáculos que interferem na concretização da emancipação humana, assim como ao múltiplo desenvolvimento das possibilidades humanas e à criação de uma forma de associação digna da condição humana.

Entendemos que um dos exemplos dessas barreiras seriam as condições impostas pela burguesia para com o trabalho assalariado, onde, nesse caso, existe uma submissão dos indivíduos e consequentemente, uma privação à liberdade. Mas não somente, há um verdadeiro mecanismo que impede a emancipação humana. O indivíduo é subvertido às condições de trabalho que o impedem de buscar outra coisa senão a subsistência.

Este tipo de configuração histórica do trabalho é comum na modernidade ocidental e se perpetua até os dias atuais. Não é à toa que o direito a um trabalho com condições dignas é um dos focos do debate hodierno dos direitos humanos e fundamenta, inclusive, a criação de organizações internacionais que tutelam o tema, a exemplo da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Utilizando-se do conceito acima exposto é possível perceber que a emancipação humana se coloca em um sentido extra individual – Apesar de se iniciar no âmbito de cada indivíduo – se tornando uma realização coletiva. Igualmente, parte-se de uma realização coletiva para se alcançar novas liberdades individuais para assim se chegar à liberdade individual. Em outras palavras, entendemos a necessidade do ir além do limite da compreensão dos direitos humanos como característica de individualidade.

Primeiramente, é importante situar a especificidade do tema inserindo-o num breve contexto histórico, tendo em vista que uma das obras estudadas para a produção em tela foi sobre a questão judaica, escrita por Marx em 1843, na qual um caminho longo foi percorrido, bem como uma luta desencadeada para se chegar ao resultado do que realmente se tratava da tão sonhada emancipação humana:

[...] desde 1844, não se trata mais de refazer o caminho da Revolução Francesa, de marchar sobre seus rastros, mas de empreender uma revolução inédita, inaudita, sem precedente. Não se trata de obter somente a emancipação política, mas de atingir a “emancipação humana” (MARX, 2010, p. 16).

Dessa forma, compreendemos que a busca esteve em não traçar um caminho já percorrido, mas de propor um novo olhar, uma nova proposta de liberdade, ao buscar o entendimento de que a emancipação humana está além da separação entre a sociedade civil e o Estado, ou seja, a proposta é atingir a distinção entre o cidadão membro do Estado, politicamente falando, e o ser humano enquanto digno e detentor de direitos.

Podemos ainda mencionar que, nesse momento histórico, Marx esteve sobre a influência do Iluminismo por volta do século XIX. Por exemplo, em 1848, sua opinião demonstrava uma contradição relacionada à emancipação burguesa, tendo em vista entender que a diferença entre as classes seria um motivo para impedir a emancipação humana.

Sendo assim, Marx (2010), demonstra a necessidade de o indivíduo produzir uma ruptura para consigo mesmo. Nesse sentido, é possível compreender a necessidade do ser humano romper as barreiras que estejam impedindo-o de se libertar de alguma ideologia já imposta, sob o aspecto de que existia uma classe social dominante em confronto com outra dominada e dessa maneira, se concretiza a possibilidade de analisar fenômenos sociais de um modo diferente do que já vinha sendo realizado.

Vale salientar que podemos acrescentar a busca de Marx em demonstrar a possibilidade da existência de um novo exemplo de

sociedade a partir da emancipação humana em que pudesse haver a mudança do que se considerava como submissão para o surgimento de um indivíduo novo, independente, livre.

Talvez, na sociedade contemporânea, a emancipação tenha encontrado espaço no discurso dos Direitos Humanos como um conjunto de diretrizes para a liberdade humana, na órbita dos indivíduos. Para os Estados nacionais é a tônica utilizada para reconstrução da sociedade ocidental no século XX. Após as duas grandes guerras mundiais o ocidente percebeu que a promessa abstrata da modernidade precisava ser implantada o quanto antes.

Sem entrar no mérito de trabalhar de forma crítica se os Direitos Humanos deixaram, ou não, de ser uma promessa do idealismo iluminista, queremos apontar quem em 1948 alguns Estados nacionais se uniram e promulgaram a declaração universal dos Direitos Humanos.

Além disso, os atos posteriores, principalmente a criação das cortes e comissões de Direitos Humanos no mundo ocidental, inauguraram uma nova forma de observar o próprio direito e o seus destinatários. Mas o sentimento de que falta alguma coisa ainda impera o intelecto do homem contemporâneo. Será que a tão sonhada liberdade foi finalmente alcançada?

O trabalho escravo ainda existe, bem como a tortura e o extermínio étnico. Para o século que mais se falou em Direitos Humanos, nenhum outro viu tantas vidas serem tiradas, ou viu tantos conflitos armados acontecerem. Na história recente da América há registros de grandes violações a direitos e também extermínio étnicos distintos do holocausto. A busca pela emancipação não é romântica, mas cruel, violenta e muitas vezes independe de uma concepção puramente intelectual. Com essa perspectiva,

trazemos alguns aspectos da história dos Lakota, nos Estados Unidos do século XVII.

Os Lakotas viveram o período da Guerra Civil Americana e, embora o conflito não os envolva diretamente, foram vítimas diretas de uma de suas consequências, a marcha para o oeste. A guerra civil americana foi um conflito armado entre os estados do Sul, Estados Confederados da América, e os estados do norte dos Estados Unidos. Aaron Hall (2017), ao escrever sobre a Constituição Confederada elenca a escravidão como um ponto chave para a eclosão da Guerra de Secessão. Os estados no sul visualizavam na escravidão uma forma de manutenção econômica e não abriam mão de lutar contra a abolição. O conflito se estendeu de 1861 a 1865, mas o que sinalizou o fim da guerra de secessão para alguns se tornou o início do terror para os Lakotas e outros nativos americanos.

Após a guerra, em sua “ilíada” ao oeste, os americanos acabaram por invadir os locais onde viviam os nativos americanos que compunham as mais vastas e diversas tribos. De acordo com REIS:

Esse episódio da história do Oeste estadunidense é narrado por Dee Brown em *Enterrem meu coração na curva do rio*, um livro publicado originalmente nos Estados Unidos, em 1970. Brown diz na introdução do seu livro que a voz do índio, vítima do processo colonizador dos homens do Leste, quase sempre foi silenciada pela voz do homem branco. O objetivo de seu livro, então, é – armar uma narrativa da conquista do Oeste Americano segundo suas vítimas, usando suas palavras sempre que possível. Para isso, esse autor lança mão de vários tipos de documentos

que registraram a voz dos sioux, dos cheyennes, dos comanches, dos apaches, dos navajos: ele se utiliza de registros de conselhos de tratados, de relatos escritos por índios publicados em jornais e panfletos, além de entrevistas com alguns indígenas feitas no final do século XIX por repórteres interessados nas histórias dos guerreiros e chefes do Oeste (REIS, 2017. p. 82).

Do fragmento acima narrado, percebe-se que o pouco que se conseguiu da história dos nativos americanos se deu através de recortes, fragmentos e relatos. Isso aconteceu pela violência como os Sioux e outras tribos foram dizimados. Nesse contexto, o presidente americano era Ulisses Grant, o qual governou os Estados Unidos de 1869 a 1877. Grant precisou administrar com o risco dos ânimos se alterarem e reacenderem a guerra de secessão, ao mesmo tempo em que teve que lidar com a persistência e coragem dos nativos americanos em manterem suas terras e suas culturas contra a invasão dos americanos.

Passou, a partir de então, a utilizar uma política de reservas onde os nativos americanos seriam movidos de suas terras para locais escolhidos pelo governo. Esse tipo de ordenamento gerou grande insatisfação entre os Lakotas, pois o governo desconhecia sua filosofia e espiritualidade de pertencimento à terra. Na tentativa de pacificar a situação com os índios, ele se valeu de um tratado de 1868 que garantia aos Sioux, inclusos aqui os Lakotas, a propriedade de domínio daquelas montanhas. Dentre as montanhas havia uma em especial, Black Hills, as quais supostamente continham ouro.

Para averiguar o assunto foi escalado um “herói” americano condecorado na Guerra Civil chamado Georg Armstrong Custer.

O general Custer tinha a missão de somente averiguar se de fato havia ouro ou não, no entanto, a fim de promover sua corrida presidencial e “destronar” Ulisses Grant deixou sua vaidade falar mais alto e espalhou “nacionalmente” a notícia de que as montanhas estavam cheias de ouro, o que atraiu os mineiros.

Os Sioux, na figura de seu ancião e líder red cloud (nuvem vermelha) acreditando no tratado de amizade, aguardaram a posição do governo americano, mas os jovens Sioux que estavam com nuvem vermelha marcharam para o norte enquanto seus guerreiros encontravam em Sitting Bull (Touro sentado) e Crazy Horse (Cavalo louco) as figuras da resistência Lakotas. Os Lakotas, no entanto, foram massacrados e, com um artifício ardiloso, Crazy Horse, o último resistente, foi morto. A partir de então a cultura dos nativos americanos perdeu um dos seus maiores representantes e foi, por muito tempo, deixada de lado na história americana. Todavia, há Lakotas que resistiram. Alguns sobreviveram para presenciar o nascimento de Direitos ditos universais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prescreve no seu art. 1º que “Todos os seres humanos 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.”. Entendemos que este artigo é mais relacionado ao campo da esperança que ao da realidade.

Isto porque apesar dos anos se debruçando sobre este tema, a doutrina jurídica não resolveu de forma pacífica se o termo liberdade – Com suas facetas na expressão, crença, locomoção – é suficiente para entender que o indivíduo tem direito a emancipação. É neste sentido que queremos tratar a emancipação no presente trabalho.

Na obra em questão Marx traz críticas a emancipação política daquela época no sentido em que observa a busca dos judeus para reconhecer seus direitos políticos – Direitos estes também negados aos Lakota – assim como a relação com a religiosidade e conseqüentemente, chegar à busca pelos direitos humanos.

A questão judaica era, conseqüentemente, apenas um aspecto da “grande questão universal que nossa época trabalha para resolver” e os judeus somente seriam verdadeiramente emancipados quando tivessem renunciado ao judaísmo – e o Estado constitucional, ao cristianismo. O judaísmo não poderia exigir a abolição de outros privilégios sem renunciar ao de sua própria “eleição” (MARX, 2010, p. 18).

No entanto, o posicionamento a respeito da religião também contempla uma nova abordagem com o decorrer do tempo, tendo em vista a descoberta de que não é tão necessário assim o rompimento com a religiosidade propriamente dita, mas sim “a religião aparece, então, como um fenômeno contraditório, ‘ao mesmo tempo expressão da miséria real e protesto contra essa miséria’”. (MARX, 2020, p. 15).

Sobre tal perspectiva compreendemos que a emancipação humana somente poderia se configurar quando primeiramente fosse possível separar as próprias vontades dos indivíduos das imposições determinadas pelo Estado constitucional, bem como acontecesse um desprendimento da religiosidade, ou seja, do judaísmo.

Assim, passamos a compreender que essa “miseria” não seria decorrente dos direitos naturais, mas sim das condições impostas

ao proletariado, ou seja, aos indivíduos enquanto elementos sociais e dotados de direitos políticos e humanos.

Ainda podemos complementar, conforme Santos (2018), que a emancipação humana não é considerada apenas pela emancipação relacionada à religião, mas também pela emancipação do egoísmo da sociedade burguesa. Neste ponto, retomamos o debate sobre liberdade. Pode-se dizer que a liberdade estava contemplada pela sociedade da época, mas emancipação ainda era um sonho distante.

Em tal caso, constatamos que a emancipação da classe operária deveria ser fruto de sua própria luta, embora não fosse algo fácil de concretizar. Era necessário, por exemplo, um desprendimento das imposições burguesas.

Também devemos entender, conforme elucidada Marx:

Que a emancipação política de fato representa um grande progresso; não chega a ser a forma definitiva da emancipação humana em geral, mas constitui a forma definitiva da emancipação humana dentro da ordem mundial vigente até aqui. Que fique claro: estamos falando aqui de emancipação real, de emancipação prática (Marx, 2020, p. 41).

Observamos assim, que a referida emancipação real estaria sendo contraditória à prática, por não conseguir ser totalmente efetivada. Acontece um progresso, no entanto, ele ainda é insuficiente para prolongar o movimento de emancipação para a sua plenitude, ou seja, a busca por um novo conceito de sociedade tende a ser um desafio do próprio indivíduo.

EMANCIPAÇÃO COMO DIREITO HUMANO

Diante do debate proposto ao longo do texto, demonstramos o quanto Marx explora a emancipação até chegar à proposta de realizá-la enquanto direito humano como uma forma de libertação. Marx menciona que:

Se a emancipação universalmente humana requer uma revolução das necessidades radicais e não mais uma revolução parcial ou somente política, que deixaria em pé os pilares da casa é preciso realmente que exista o agente desse “escândalo universal” (Marx, 2020, p. 92).

Diante disso, entendemos que para acontecer a emancipação humana, em outras palavras, essa revolução radical, é necessária que uma classe específica inicie esse processo para assim ser refletida na sociedade como um todo, porém deve acontecer em decorrência de uma situação particular.

Nesse contexto, podemos constatar de acordo com Santos (2018), que essa luta emancipatória pode ser considerada como uma expressão na conquista de direitos, visto que o valor atribuído através da reprodução da força do trabalho é estabelecido socialmente, a partir das determinações socioespaciais, históricas e das lutas dos trabalhadores por melhores condições de vida.

Inclusive, também podemos mencionar tal emancipação relacionada à democracia. Para Marx (2020, p. 87) “O futuro do homem não gravita mais em torno do céu estatal ofuscante. Muito além dos limites do Estado político, a dinâmica da emancipação ganha o nome de verdadeira democracia.”

A emancipação nesse caso seria no sentido de que as barreiras impostas pelo Estado começam a ser quebradas de modo que surge a democracia enquanto realidade emancipadora.

Além disso, vale salientar que o Estado, ao impor o seu poder de forma parcial para com a sociedade, acaba cometendo atitudes antidemocráticas no que diz respeito às condições para a efetivação dos direitos humanos. Dessa forma, a partir do momento em que passou a se falar em democracia, a possibilidade de uma revolução na busca pela emancipação humana foi se tornando algo mais concreto de se realizar, mesmo que não fosse de forma total.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do debate elencado no decorrer do texto, chegamos à conclusão de que para falar em emancipação humana é importante relacioná-la a alguns fatores, como por exemplo: a influência histórica para com o comportamento dos indivíduos, a libertação de ideologias anteriores, assim como a capacidade do homem de se encontrar consigo mesmo e romper com as imposições burguesas e do Estado.

Dessa forma, podemos dizer que a emancipação como direito humano consiste em se desprender de imposições impostas pelo Estado, porém entendendo existir um limite de atitudes a serem permitidas, sejam no que tange aos direitos políticos, religiosos e humanos. Emancipar-se é insistir na sua própria história, não em um sentido romântico, mas prático.

No que tange aos povos Lakota, podemos perceber hoje em dia iniciativas que buscam emancipação quanto ao domínio intelectual e cultural do Estado Americano, a exemplo de institutos como faculdades e universidades que disseminam a cultura lakota.

A Oglala Lakota College, por exemplo, é uma universidade que tem por lema a reconstrução da nação Lakota através da educação. Situada em South Dakota, a Oglala Lakota College é uma instituição licenciada e reconhecida pela tribo Oglala Sioux. Tem como objetivo fornecer oportunidades educacionais que melhorem a vida dos lakotas. Essas oportunidades incluem serviços comunitários, certificados, além de bacharelados e também pós-graduação.

Essa instituição é fruto de um esforço coletivo de um povo em resgatar sua cultura e seus costumes, além de sua religião, sua espiritualidade e sua identidade. A hipótese dessa pesquisa é de que este tipo de instituição simboliza uma verdadeira tentativa de emancipação humana, tendo em vista que os seus frequentadores tem ciência de que aquele espaço visa o resgate de parte da história do mundo e sua apreensão a fim de não repetir a barbárie sofrida pelos lakota.

O homem deve se voltar para si mesmo, compreendendo que faz parte de uma sociedade, no entanto, não se considerar somente como produtor de algo enquanto integrante da classe proletária.

Sendo assim, compreendemos que a emancipação humana somente seria possível a partir do momento em que existir um rompimento entre o homem burguês com o homem proletário. Dessa forma, a luta pelos direitos humanos estará mais enfatizada e essa exploração existente por parte da burguesia será combatida.

Importante também frisar a democracia enquanto característica da emancipação humana, ou seja, a busca por uma liberdade de escolha, como uma perspectiva de ultrapassar os limites do próprio mundo.

Portanto, é possível interpretar que a emancipação, nos dias de hoje, pode ser considerada como um direito humano a partir da leitura em Marx e consiste na luta do próprio indivíduo para

consigo mesmo na busca do rompimento de barreiras que o impedem de buscar seus direitos, sejam ele políticos, sociais e humanos.

Não se trata de iniciar uma revolução individual, mas sim de forma coletiva, onde enquanto ser humano que convive em sociedade é necessário procurar vencer imposições burguesas que privem a sua dignidade humana. A liberdade democrática também deve ser levada em consideração, visto ser uma ferramenta importante no que tange a procura por melhores condições de vida em sociedade e por melhores garantias de direitos.

REFERÊNCIAS

Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (217 [III] A). Paris. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> . Acesso em: 03 abr 2022.

Dicionário online de português. **Significado de emancipação**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/emancipacao/>>. Acesso em: 09 jun 2021.

GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. T. (organizadores). **Métodos de pesquisa**. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e SEAD/UFRGS. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. 5. reimpr. São Paulo: Atlas, 2012.

HALL, Aaron. **Reframing the Fathers Constitution: The Centralized State and Centrality of Slavery in the Confederate Constitutional Order,**” in *Journal of Southern History*, Vol. 83, Nº. 2. 2017. pp. 255-296.

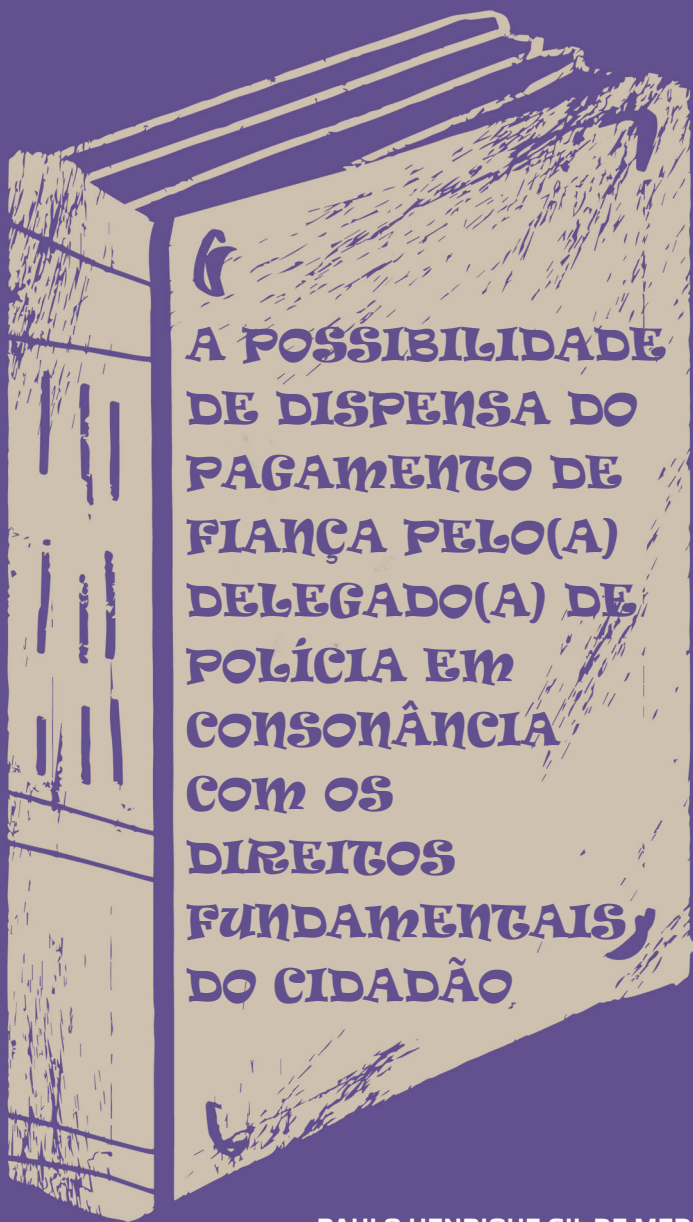
MARX, K. **Sobre a questão judaica**. Apresentação e posfácio Daniel Besaid. Traduzido por: Nélio Scheneider; Wanda Caldeira Blant. São Paulo: Boitempo, 2010.

REIS, Luis Henrique dos. **Memórias conflituosas no oeste estadunidense**. in *Temporalidades – Revista de História*, ISSN 1984-6150, Edição 23, V. 9, N. 1. Minas Gerais, 2017). pp. 81 – 95.

SANTOS, L. M. dos. **Os direitos humanos em sobre a questão judaica de Karl Marx**. Revista em pauta. DOI: 10.12957/rep.2018.36697. 1º Semestre/2018 - n. 41, v. 16, p. 188 – 203. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/327048392_Os_Direitos_Humanos_em_Sobre_a_questao_judaica_de_Karl_Marx_Human_rights_in_Karl_Marx's_On_the_Jewish_Question>. Acesso em: 17 jun 2021.

SILVA, P. L. P. da. Emancipação, In: BOTTMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. Editora: Zahar. Trad. Waltensir Dutra. Edição digital: abril 2013. ISBN: 978-85-378-0611-1.

TRIBAL COLLEGE: **Journal of American Indian Higher Education**. Disponível em <https://tribalcollegejournal.org/oglala-lakota-college-celebrates-44th-graduation-ceremony/> Acesso em: 10 de maio de 2022 às 19h12m.



**A POSSIBILIDADE
DE DISPENSA DO
PAGAMENTO DE
FIANÇA PELO(A)
DELEGADO(A) DE
POLÍCIA EM
CONSONÂNCIA
COM OS
DIREITOS
FUNDAMENTAIS
DO CIDADÃO**

**PAULO HENRIQUE GIL DE MEDEIROS
TIAGO MEDEIROS LEITE**

PAULO HENRIQUE GIL DE MEDEIROS

Graduado em Direito pela UFCG. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UNIFIP. Especialista em Segurança Pública e Polícia Judiciária pela Faculdade Supremo. Delegado de Polícia Civil em Pernambuco.
E-mail: paulohenriquedpc@gmail.com.

TIAGO MEDEIROS LEITE

Doutor em Ciências Jurídicas (UEPB).
Mestre em Direitos Humanos (UEPB). Professor do Curso de Direito na UNIFIP e FACSU. Advogado.
adv.medeirosleite@gmail.com



INTRODUÇÃO

O DELEGADO OU A DELEGADA DE POLÍCIA⁹, AO EXERCER SUAS FUNÇÕES técnico-jurídicas, depara-se hodiernamente com situações em que a liberdade do cidadão depende, embora momentaneamente, da sua decisão, a qual está adstrita à legislação pátria, não olvidando, no entanto, os princípios que fornecem sustentáculos, sejam expressos ou implícitos. Nessa esteira, verifica-se que a autoridade policial se apresenta como o primeiro garantidor dos direitos fundamentais, devendo, destarte, ponderar as situações trazidas à sua deliberação, de forma em que a lei seja aplicada de forma geral, eficaz, sem que haja uma seletividade no sistema de persecução penal.

Como é cediço, com o advento da Lei 12.403/2001 à autoridade policial é concedido o arbitramento de fiança ao investigado/autuado que cometer infração cuja pena não ultrapasse a quatro anos, podendo ser aumentada em mil vezes, ou reduzida ao limite de dois terços, montantes baseados no salário mínimo. Tal possibilidade de atuação do delegado de polícia é conferida pela lei com o intuito de privar a liberdade do cidadão, mesmo que temporariamente, apenas de maneira excepcional, caso outra cautelar não se apresente ao caso concreto. Noutra giro, o Inquérito Policial também se apresenta, no seu conceito moderno, como uma característica preservadora, objetivando um filtro processual, sem que haja um intuito de orientação à defesa ou acusação, mas centralizando o(s) investigado(s) como sujeito(s) de direito(s), inviabilizando a violação aos direitos fundamentais.

⁹ A denominação Delegado de Polícia é aqui adotada para representar os delegados e as delegadas de polícia, sem desprezar a importância da denominação delegada de polícia para a linguagem de gênero.

A pesquisa aqui apresentada se justifica no fato de que a autoridade policial, aqui delegado ou delegada de polícia, inúmeras vezes, debruça-se em circunstâncias de autuação por infrações que admitem fiança, figurando como autuados indivíduos com escassez de recursos financeiros, suportando estes com o cerceamento de liberdade por suas respectivas condições mencionadas, mesmo em situações que fatalmente suas prisões em flagrante delito não serão convertidas em prisões preventivas *a posteriori*. A presente pesquisa visa analisar a possibilidade da dispensa do arbitramento de fiança pelo delegado de polícia e suas consequências jurídicas, revelando-se como problema da pesquisa o seguinte: a referida dispensa pelo delegado de polícia, como ocorre à autoridade judiciária, afronta o ordenamento jurídico e sua eficácia à realidade social?

O presente trabalho foi realizado através de uma pesquisa bibliográfica e de jurisprudência. A pesquisa bibliográfica, utilizada nas áreas do Direito, Filosofia e Literatura, é elaborada com base em material que já foi publicado, incluindo materiais impressos (como livros, revistas, jornais, teses) e aqueles publicados em formato digital, como textos em páginas online e artigos científicos. As pesquisas de jurisprudência são investigações científicas que objetivam responder a uma pergunta de pesquisa. Esta resposta somente poderá ser dada mediante a análise de jugado, orientada por uma metodologia de investigação. O estudo foi desenvolvido por meio da análise de artigos coletados em bases de pesquisa de jurisprudência com foco nas doutrinas abalizadas no Direito Processual Penal, no Direito Constitucional, Introdução ao Estudo do Direito e entendimentos do Tribunal da Cidadania (Superior Tribunal de Justiça).

BREVE HISTÓRICO ACERCA DA AFIANÇABILIDADE PELO(A) DELEGADO(A) DE POLÍCIA

O capítulo em curso irá tecer um sintético apanhado acerca da liberdade provisória mediante fiança, a figura do delegado de polícia como ator da persecução penal, os princípios constitucionais e processuais penais a que se sujeitam as autoridades policiais e a interpretação sistemática-teleológica, com o fito de analisar a possibilidade de dispensa de fiança pela autoridade policial.

A cautelar fiança trata-se de uma medida de substituição à prisão em flagrante do investigado, com o escopo de assegurar ao supracitado o cumprimento de obrigações processuais.

Consoante ensina Lima, a fiança é conceituada como:

Uma caução real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu. Já não existe mais a chamada fiança fidejussória, consubstanciada em garantia pessoal do preso, pelo empenho de sua palavra, de que ia acompanhar a instrução e se apresentar, em caso de condenação (LIMA, 2016, p. 1037).

Anteriormente, entretanto, a fiança era analisada exclusivamente como caução em substituição à liberdade do autuado em flagrante delito (medida de contracautela), passando a figurar, após a vigência da Lei 12.403/2011, como uma medida cautelar autônoma, podendo ser aplicada para assegurar o comparecimento do investigado a atos processuais futuros (evitando a obstrução do regular andamento da persecução penal), garantir o pagamento de custas, aplicação de multa, indenização e dano causado pelo crime.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIIS APLICÁVEIS

Há princípios que orientam os institutos e possibilidades estudados no artigo corrente, apresentando-se como fontes e sustentáculos que dão eficácia aos direitos fundamentais dos cidadãos. Sem o intuito de hierarquizar os princípios abaixo citados, no tocante a ordem apresentada, ressalta-se a complementariedade destes, subsidiando a essência exalada pelo legislador originário, quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O princípio do devido processo legal, expresso no artigo 5º, inciso LIV da Constituição da República apresenta ditames a serem seguidos tanto na fase processual como no momento pré-processual, em que a investigação busca elementos que possibilitem o ajuizamento da ação penal.

Conceituando o princípio norteador mencionado, Piovesan assim o define:

O due process of law é corolário de suma importância para se atingir os direitos individuais e a busca dos deveres do Estado de Direito, extirpando-se o autoritarismo, o arbítrio e, por consequência, as injustiças. Além de assegurar o princípio da legalidade, resume diversos outros princípios como o da presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, da igualdade, de economia processual etc. É uma base sólida para ordem jurídica atual e vigente, tendo ampla aplicação, o que garante os indivíduos contra os atos concretos estatais equivocados ou quaisquer interpretações de lacunas de legislações positivas (PIOVESAN, 2008, p. 9).

Resta patente, logo, que o princípio em análise impõe limitações aos agentes estatais, impedindo-os de agirem com ações arbitrárias e promovendo iniquidades frente aos cidadãos que estão sujeitos ao poder de polícia.

Como um dos corolários do princípio anterior, o princípio da presunção de inocência, capitulado no ordenamento pátrio (art. 5º, inciso LVII da CRFB/88) e expresso em organismos internacionais (v.g. art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789; e Convenção Americana sobre Direitos Humanos), dispõe, em suma, que todo indivíduo deve ter sua presunção de inocência até que (o órgão acusador) comprove sua culpa.

Nos dizeres de Tourinho Filho, a respeito do princípio supra:

A expressão presunção de inocência não deve ter o seu conteúdo semântico interpretado literalmente – caso contrário ninguém poderia ser processado –, mas no sentido em que foi concebido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798: nenhuma pena pode ser imposta ao réu antecipadamente. E a melhor doutrina acrescenta: a prisão antecipada se justifica como providência exclusivamente cautelar, vale dizer, para impedir que a instrução criminal seja perturbada ou, então, para assegurar a efetivação da pena (TOURINHO FILHO, 2013, p. 88).

Ademais, o princípio em estudo tem por escopo impedir a condenação célere e temerária, bem como a estigmatização prematura, típica dos investigados em inquéritos policiais e/ou acusados no curso de ações penais, como no caso de prisões em que outras medidas cautelares se fariam suficientes.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da 6ª Turma, julgando o Habeas Corpus nº 154636, oriundo de Santa Catarina, que teve como relator o Ministro Og Fernandes, assentou a jurisprudência colacionada abaixo:

Por força do princípio constitucional da presunção da inocência, as prisões de natureza cautelar – assim entendidas as que antecedem o trânsito em julgado da decisão condenatória – são medidas de índole excepcional, que somente podem ser decretadas (ou mantidas) caso venham acompanhadas de efetiva fundamentação a demonstrar a imprescindibilidade da medida.

Por fim, no tocante ao princípio em observação, após sua inserção na CRFB/88 passou-se a existir a presunção relativa, ou *juris tamtum*, da não culpabilidade daqueles que figuram como réus nos processos penais condenatórios (BULOS, 2015, p. 714), sendo a presunção de inocência antes de tudo, um princípio político, caracterizando-se como uma garantia política do cidadão (LOPES JUNIOR, 2020, p. 135).

Arrematando, imprescindível mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o orientador basilar, bem como cláusula pétrea implícita do texto constitucional, caracterizando, em síntese, como um direito subjetivo do indivíduo, pelo simples fato de existir, devendo ser merecedor de respeito e tutela estatal, independente da sua condição.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana enceta os direitos fundamentais, consagrando-se como “um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Seu significado jurídico é servir

de orientação para a forma de aplicação e interpretação de todo o sistema legal, inclusive quanto aos outros princípios” (DEZEM, 2016, p. 27). Com base na dignidade da pessoa humana, inadmissível a seletividade do processo penal (seja por condição financeira do preso, por exemplo), o que acarretaria fatalmente numa violação aos direitos humanos ao espírito do legislador constituinte originário, além de se caracterizar como uma afronta a todos os direitos fundamentais do cidadão.

LIBERDADE PROVISÓRIA E SUA RELAÇÃO COM A FINÇA

O instituto da liberdade provisória já pairava na legislação processual penal antes da vigência da Lei nº 12.403/2011 que, como já visto, trouxe modificações substanciais, precipuamente no que se refere às medidas cautelares. A medida cautelar da liberdade provisória, antes da vigência da citada Lei, apresentava-se como uma exceção, vez que a regra era, uma vez preso em flagrante delito, só após a sentença seria determinado sobre a situação de encarceramento do indivíduo.

Hodiernamente, no entanto, a liberdade provisória se caracteriza como regra, frente a exceção da prisão provisória, o que motivou crítica da doutrina à nomenclatura, pois “em verdade o que é provisória é a prisão. A prisão é provisória e somente se tornará definitiva com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (DEZEM, 2016, p. 337). Dessa forma, a liberdade provisória é conceituada como uma medida alternativa à prisão cautelar (preventiva), em que o indivíduo se submete ao ser preso em flagrante delito, devendo ser priorizada, sendo o encarceramento

aplicado apenas quando preenchido requisitos e fundamentações para a prisão preventiva (*ultima ratio*).

Esclarece-se, ainda, que a liberdade provisória pode ser concedida mediante caução, ou sem a prestação de fiança, bem como com a inserção cumulativas de outras medidas cautelares ao sujeito ativo do crime, estabelecendo um escalonamento gradativo, em que no topo esteja a liberdade plena e, gradativamente, vai-se descendo, criando restrições à liberdade do réu no curso do processo através da imposição de medidas cautelares diversas (LOPES JUNIOR, 2020, p. 1070).

Em conciliação com os princípios alhures e a Constituição da República, a Lei nº 12.403/2011 trouxe importantes alterações que implicaram nos dispositivos processuais penais, contemplando os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileira, como por exemplo, o princípio da presunção de inocência, bem como assegurando que o encarceramento do investigado/indiciado/acusado/condenado seja a *ultima ratio* no processo penal. Antes do advento da Lei 12.403/2011, entretanto, o sistema processual penal carecia de medidas cautelares de natureza pessoal, restringindo a atuação do magistrado em duas possibilidades, quais sejam, prisão cautelar ou liberdade provisória.

Trazendo luz à assertiva acima, Lima complementa aduzindo que:

Tem-se aí o que a doutrina denominava de bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Significa dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido à liberdade provisória (LIMA, 2016, p. 807).

Destarte, a lei em comento apresentou ao juiz (após se debruçar no caso concreto e observando os critérios da legalidade e proporcionalidade) nove medidas cautelares diversas da prisão, razão pela qual se pontuou no início a importância do advento da citada lei na implementação da natureza excepcional do cerceamento da liberdade do sujeito ativo de um delito. Dentre estas medidas cautelares diversas da prisão está prevista a fiança, inserto no artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal brasileiro (CPP), que impõe ao sujeito ativo obrigações, em alguns casos, que se deve cumprir, sem a imperiosidade da aplicação da privação da liberdade provisória. Ressalta-se que a liberdade provisória pode se dá sem fiança ou com fiança, concedida de forma obrigatória ou proibida, com vinculação de obrigações ou sem esta necessidade.

Antes de adentrar no objeto de estudo do presente tópico, forçoso mencionar a possibilidade em que o sujeito ativo do crime pode fazer *jus* à liberdade provisória sem o pagamento de fiança, devido a sua situação de vulnerabilidade financeira. Na situação em tela, o magistrado (única autoridade estatal a que a lei conferiu este poder) amparado pelo artigo 350 do CPP, após analisar a situação econômica do preso, poderá lhe conceder a cautelar diversa da prisão em análise, conferindo-lhe obrigações que, se descumpridas, podem ensejar a decretação da *ultima ratio*.

Direcionando-se em definitivo ao cerne do tópico acima, tem-se que o fundamento da liberdade provisória com fiança repousa na CRFB/88, que no seu artigo 5º, inciso LXVI anuncia que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança. Dessa forma, percebe-se que a regra será a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança, não obstante a possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão de forma cumulativa.

Vale-se socorrer novamente ao eminente Lima para conceituar a liberdade provisória com fiança, como sendo “direito subjetivo constitucional do acusado, a fim de que, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, possa permanecer em liberdade até a sentença condenatória irrecurável” (LIMA, 2016, p. 1037). Os artigos 323 e 324 do CPP, no entanto, trazem um rol de infrações penais e situações em que se impedem a concessão de fiança, como quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 324, IV, CPP). Por fim, a Lei nº 12.403/2011 ainda atribuiu ao delegado de polícia a possibilidade de arbitrar fiança, quando a pena não ultrapassar quatro anos, como melhor explicitado no tópico a seguir.

O(A) DELEGADO(A) DE POLÍCIA E A POSSIBILIDADE LEGAL DE APLICAÇÃO DE FIANÇA

O delegado de polícia, integrante das polícias judiciárias (estaduais e federal), tem o mister de presidir o Inquérito Policial, objetivando investigar e colher no início da persecução penal (fase pré-processual) os elementos informativos e de prova relacionados à autoria, materialidade e circunstâncias das infrações penais, consoante estabelecido no §4º do artigo 144, da CRFB/88. Nessa senda, tem-se que o inquérito policial, modernamente, além de ser a formalização de uma investigação com o escopo de determinar a autoria, materialidade e circunstâncias de um crime, apresenta-se com uma função preservadora, isto é, servindo como filtro para instauração de ações penais temerárias e arbitrárias, impedindo a estigmatização social do indivíduo inocente, além de eliminar custos estatais desnecessários ou, nos dizeres de Hoffmann (2018,

p. 28) “o inquérito policial traduz uma salvaguarda contra apresados e errôneos juízos”.

Com a promulgação da Lei 12.830/13 (que também dispõe sobre a investigação conduzida pelo delegado de polícia) restou mais do que nunca sedimentado a natureza do cargo de delegado de polícia, como sendo de natureza jurídica, essencial e exclusiva do Estado; bem como detentor exclusivo do sinônimo autoridade policial, exposto largamente no ordenamento jurídico. No primeiro viés, qual seja, cargo de natureza jurídica, essencial e exclusiva do Estado, disposto no artigo 2º, da Lei 12.830/13, consagra que, além da função policial, a autoridade policial é detentora de capacidade técnica para decidir acerca de inúmeras questões no campo jurídico, como a tipificação da infração penal apresentada, representação por medidas cautelares junto ao Poder Judiciário, indiciamento ou não do investigado, por exemplo. Como já exposto, a Lei 12.830/13, no que tange a natureza e expressão autoridade policial, só veio corroborar com as disposições já presentes na legislação pátria, indo ao encontro da Lei nº 12.403/2011, que possibilitou à autoridade policial o arbitramento de fiança.

No que concerne a esta modificação ocorrida pela Lei 12.403/2011, Silva assim preleciona:

A fiança outrora era considerada apenas caução paga em troca da liberdade provisória do indiciado preso em estado de flagrância. Com a edição da Lei 12.403/11, o espectro da abrangência da fiança aumentou consideravelmente. Agora ela pode ser arbitrada para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial (em uma

espécie de sanção processual imposta ao acusado)
(SILVA, 2021, p. 518).

Seguindo essa direção, o artigo 322 do Código de Processo Penal estabelece que a autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) ano. Acrescentando, o artigo 325 do mesmo diploma fixa limites para a fiança arbitrada (pela autoridade policial e judiciária), como sendo de um a cem salários mínimos, podendo ser aumentada em 1.000 (mil) vezes ou reduzida ao limite de $2/3$ (dois terços), no caso do delegado de polícia.

O arbitramento da fiança pelo delegado de polícia nas hipóteses legais, com efeito, apresenta-se como um poder-dever, já que uma vez não agindo desta forma, estará sujeito à responsabilização penal, sem prejuízo de responsabilização pessoal nas esferas civil e administrativa. O artigo 326 do CPP prossegue estabelecendo critérios para o arbitramento da fiança pela autoridade (policial ou judiciária), devendo ser levado em conta a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

Ou seja, ao ser instado a decidir juridicamente numa situação lhe apresentada, a autoridade policial (uma vez que presentes os elementos do crime, ausência de excludentes e situação de flagrância) deve arbitrar, caso a infração penal (somadas qualificadoras, majorantes e concurso de crimes) não ultrapasse quatro anos, fiança nos moldes explicitados no parágrafo anterior. Já em relação à autoridade judiciária, o Código de Processo Penal confere a possibilidade de dispensar a fiança (art. 325, §1º, inciso I), após verificar a situação de vulnerabilidade econômica do preso.

Dessa forma, têm-se como requisitos para a dispensa de fiança, no caso do réu pobre, os seguintes:

a) Estado coercitivo (aliás, o estado coercitivo, ou sua iminência, é pressuposto de toda e qualquer hipótese de liberdade provisória). b) É preciso que a infração comporte fiança, isto é, que a hipótese seja de afiançabilidade. c) É preciso que se trate de indiciado, ou réu, pobre (TOURINHO FILHO, 2009, p. 574).

Ao analisar os artigos anteriores, infere-se que o delegado de polícia se assemelha à autoridade judiciária, em relação ao arbitramento da fiança (inclusive na ponderação da situação econômica do preso), excetuando (além do *quantum* da infração penal) a impossibilidade de dispensa da fiança. Discorda desta exclusividade, entretanto, Nicolitt (2011, p. 95), quando aduz que a própria autoridade policial poderá dispensar a fiança e colocar o réu (*rectius*, indiciado) em liberdade. Tal posição encontra amparo, inclusive numa interpretação histórica, já que na lei 1.060/50, antiga redação do art. 4º, a autoridade policial atestava pobreza.

Acrescenta-se, ainda, que a possibilidade também encontra guarida em outras interpretações, como observado a seguir. Para arrematar outro entendimento acerca da possibilidade de dispensa de fiança pela autoridade policial, transcreve-se o Enunciado n.º 6, do 1º Congresso Jurídico dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, realizado nos dias 17 e 18 de novembro de 2014, “o Delegado de Polícia poderá, mediante decisão fundamentada, dispensar a fiança do preso, para não recolhimento ao cárcere do indiciado pobre”.

Insta esclarecer que todas as normas jurídicas são passíveis de interpretação, ato pelo qual visa esclarecer e dar o significado ao vocábulo em interpretação, apresentando o seu verdadeiro sentido, num campo de observação denominado de hermenêutica.

Segundo essa premissa, pode-se afirmar que:

A ciência que estuda a interpretação é a hermenêutica: este domínio teórico e especulativo tem por objeto sistematizar critérios, métodos, regras, princípios científicos que possibilitem a descoberta do conteúdo, sentido, alcance e significado das normas jurídicas. Foi a hermenêutica, por exemplo, que formulou os diversos processos interpretativos usados para resolver dogmaticamente, os problemas do Direito (gramatical, sistemático, histórico, teleológico, lógico, autêntico, popular etc.) (BULOS, 2015, p.446).

Cabe ao intérprete não apenas analisar o texto em si, mas a relação com o diploma em que está inserido, comparar com as leis em efetivas vigências, bem como a consonância com legislações do Direito comparado.

Ainda em relação à interpretação de normas, Reale salienta que:

O primeiro dever do intérprete é analisar o dispositivo legal para captar o seu pleno valor expressional. A lei é uma declaração de vontade do legislador e, portanto, deve ser reproduzida com exatidão e fidelidade. Para isto, muitas vezes é necessário indagar do exato sentido de um vocábulo ou do valor das proposições do ponto de vista sintático (REALE, 2009, p. 279).

Nessa senda, emergem, além de outros, dois métodos de interpretação: sistemático e teleológico. O primeiro se refere à harmonização da norma ao sistema jurídico, ou seja, deve-se colocar a norma em conjunto com todo o ordenamento jurídico. O segundo, por sua vez, leva em consideração a finalidade normativa, como, nos dizeres de Tourinho Filho “visa precisar a genuína finalidade da lei, a vontade nela manifestada” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 197).

Pelo exposto, finca-se que ao analisar o texto de determinado artigo, deve o intérprete ir além da simples literalidade do vocábulo, sob pena de não contemplar em totalidade o pleno sentido expresso no objeto da interpretação. Nesse viés, o artigo 3º do CPP estabelece que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. A negligência da figura da autoridade policial em dispensar a fiança do preso, assim, não apresenta conformidade com outros dispositivos do mesmo diploma (Código de Processo Penal), bem como junto aos princípios constitucionais, além de promover uma dissociação à realidade social.

Com efeito, quando o artigo 326 do CPP dispõe que ao ser arbitrado a fiança, dentre outras análises, deve-se considerar as condições pessoais de fortuna do preso, na verdade está indo ao encontro do preceituado no posterior artigo 350, que disciplina a possibilidade de dispensa de fiança em virtude da situação econômica do preso. Não obstante, a exclusão da dispensa de fiança pelo delegado de polícia, como já frisado, o próprio CPP afirma no artigo 32, § 2º, que será prova suficiente de pobreza o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido. Além disso, o art. 325 do CPP (que fixa os limites da fiança e possibilita sua dispensa), no caput, afirma os ditames em que a autoridade

pode atuar, não especificando se tratar de autoridade judiciária ou policial (delegado de polícia), apresentando apenas o montante da pena e frações respectivas.

Semelhante colocação é exposta por Vergal:

A partir de uma interpretação sistemático-teleológica, postula-se que quando o legislador dispôs no art. 325 do CPP que o valor da fiança será fixado pela “autoridade”, utilizou o termo para referir-se tanto à autoridade judiciária quanto à autoridade policial, pois o legislador, quanto quer tratar de regra genérica para essas duas autoridades, não adjetiva este termo, e quando quer estabelecer uma ou outra, assim o faz, como ocorre no art. 321 do CPP, em relação ao juiz, e no art. 322 do CPP, no que se refere à autoridade policial (VERGAL, 2020).

Noutro giro, ao mitigar a possibilidade de dispensa de fiança pelo delegado de polícia (a primeira autoridade a analisar o cerceamento de liberdade do investigado), conferindo-lhe apenas a viabilidade de redução em fração, há um notório desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, causando uma menor eficácia aos direitos fundamentais do indivíduo. A referida premissa está assentada no fato de que o indivíduo em situação de vulnerabilidade, ao se deparar como autor em situação de flagrante delito, com pena máxima do crime passível de arbitração pela autoridade policial, deve arcar com a segregação cautelar, devido a sua condição, situação em que fere a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, impedir a cautelar diversa da prisão em estudo, devido à vulnerabilidade financeira e social do indivíduo,

também discrepa da máxima em que o encarceramento deve ser entendimento como a última hipótese, além de oportunizar uma seletividade no sistema de persecução penal e, por fim, dissociar a norma da realidade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de situações concretas em que diuturnamente os delegados e as delegadas de polícia exercem suas funções, onde pessoas capturadas e, posteriormente, autuadas em condições de vulnerabilidade financeira são encarceradas provisoriamente, mesmo sem requisitos para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, é forçoso analisar o espírito do legislador, em comunhão com a Constituição da República e seus princípios orientadores e basilares, bem como a consonância com todo o ordenamento jurídico pátrio e estrangeiro.

O delegado de polícia, detentor de capacidade técnica-jurídica, com atribuições para presidir a fase investigativa (em se tratando de Inquérito Policial), agindo com o escopo de deslindar a verdade real, sem se preocupar com subsidiar, assim, a acusação ou defesa integrante de carreira jurídica e primeiro garantidor dos direitos e garantias fundamentais apresenta atribuição legal e fática para se debruçar juridicamente sobre fatos trazidos à sua deliberação. Para se atingir uma compreensão da possibilidade de dispensa de fiança pelo delegado de polícia, foi necessária trilhar conceitos principiológicos, estudar a legislação em que está inserida a possibilidade de arbitramento de fiança pela autoridade policial e a interpretação da norma jurídica, somando-se, por corolário, com a realidade social, a fim de estabelecer eficácia a norma vigente.

Verificou-se, então, que a prisão, mesmo provisória, na legislação pátria (em uniformidade com os princípios do devido processo legal, da presunção da inocência, e da dignidade da pessoa humana) é medida de excepcionalidade, devendo ser determinada apenas quando outra medida cautelar diversa (arbitramento de fiança, por exemplo) não se fizer possível. Ademais, resta cristalino que a prisão, definitiva ou cautelar, causa no indivíduo uma estigmatização social, razão pela qual o deferimento deve encontrar solução quando houver extrema necessidade.

Depois, inferiu-se que a dispensa da fiança pela autoridade (judiciária) deve levar em conta a situação econômica do preso. Não obstante a exclusividade da lei (artigo 350 do CPP) em atribuir apenas ao juiz essa possibilidade de dispensa, nota-se que o delegado de polícia analisa o mesmo critério quando da fixação de fiança (artigo 326 do CPP) e ao atestar a referida situação de escassez de recursos financeiros (artigo 32, §2º, do CPP). Logo, a possibilidade de dispensa de fiança pelo delegado de polícia, nesse espectro, se confirmou pela interpretação levando em consideração a harmonia do texto da norma jurídica, bem como com a real finalidade/vontade da lei.

Sendo assim, como forma de contemplar os princípios constitucionais orientadores de todo o ordenamento jurídico, *ultima ratio* da prisão, seja ela cautelar ou definitiva, de evitar a seletividade no sistema de persecução penal, impedindo a implementação de cautelares diversas da prisão pelo simples fato de hipossuficiência econômica, de harmonização de leis e sua real finalidade e, por fim, trazer premissas legais ao encontro do anseio social, entende-se não haver óbices legais e razões jurídicas para que o delegado ou delegada de polícia possa conceder a dispensa de fiança e a concessão de liberdade provisória.

REFERÊNCIAS

BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DEZEM. Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JUNIOR. Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2020.

NICOLITT, André. **O novo processo penal cautelar: a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: o Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Processo Penal para carreiras policiais**. São Paulo: Juspodivm, 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VERGAL, Sandro. **A possibilidade de dispensa do pagamento de fiança pela autoridade policial**. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 25, n. 6181, 3 jun. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/82768>>. Acessado em: 13 jul 2022.



CLÁUDIO VALE DE ARAÚJO
RILAWILSON JOSÉ DE AZEVEDO

CLÁUDIO VALE DE ARAÚJO

Graduando do curso de Direito da FCST. Licenciado em História e em pedagogia plena pela UFRN. Licenciado em Educação Física pela UNOPAR. Formado em Gestão Pública pela UERN. Especialista em ensino de Sociologia pela UFRN. Especialista em Gestão Pública pelo IFRN.

RILAWILSON JOSÉ DE AZEVEDO

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Cândido Mendes. Licenciado e Bacharel em História pela UFRN. Bacharel em Direito pela UFRN. Docente da FACSU



INTRODUÇÃO

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA É UM CONJUNTO QUE AGLOMERA DIVERSOS órgãos, serviços e servidores do Estado, os quais têm como objetivo satisfazer de forma eficiente as necessidades da sociedade, ou seja, sua missão está em atender os interesses da sociedade através da prestação de serviços.

Sendo assim, seus agentes e servidores devem sempre buscar oferecer serviços à sociedade de forma transparente e ética em concordância com as normas legais.

Neste contexto, um servidor público poderá incorrer em uma prática que não é legal para a gestão pública, ferindo os princípios da Administração Pública e quando isso ocorrer o servidor deverá ser submetido a um PAD (Processo Administrativo Disciplinar). Segundo Lameu (2016, p.134) o PAD é utilizado: “Como forma apurativa de irregularidade perpetrada pelos servidores públicos, o processo administrativo disciplinar surge como um mecanismo regulador e fiscalizador...”.

Dessa forma, a Administração Pública se utiliza desse mecanismo regulador e fiscalizador para apurar práticas cometidas pelos servidores públicos. Em grande parte dos casos, o resultado do PAD impõe a sanção disciplinar mais grave para o servidor, a demissão. Assim sendo, o servidor demitido recorre ao judiciário e muitas vezes conseguem a sua reintegração ao serviço público.

Com o advento da Súmula Vinculante nº 5 que apregoa o seguinte entendimento: “A falta de defesa técnica por um advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Possibilitou a dispensa de uma defesa técnica durante o PAD, promovendo dessa forma a construção de relatórios do PAD sem

o conhecimento e embasamento técnico, ou seja, uma defesa realizada por um advogado.

Neste sentido, esta pesquisa propõe realizar uma análise sobre advento da súmula vinculante nº 5 e as consequências da questão da não obrigação da defesa técnica no PAD, assim como o prejuízo causado ao servidor por esta falta de defesa técnica. Assim sendo, este estudo é de grande relevância para área do Direito Administrativo, mesmo que já tenhamos estudos sobre a temática súmula vinculante nº 5, esta pesquisa é importante, pois analisará informações, onde servidores foram submetidos a algum tipo de processo administrativo. Dessa forma iremos buscar compreender as consequências da falta de defesa técnica nesses casos.

SÚMULA VINCULANTE TEM FORÇA DE LEI?

A súmula vinculante trata-se de uma forma de decisão judicial que tem por finalidade pacificar determinados entendimentos, dessa forma ela acaba tendo força de lei, pois procura homogeneizar decisões sobre temas polêmicos e divergentes, garantindo assim que ocorra coerência e segurança jurídica no ordenamento positivo brasileiro.

Para Fachini (2019) a súmula vinculante é um instrumento jurídico de grande importância, pois pode proporcionar segurança jurídica, assim como proporciona que as normas constitucionais possam ser interpretadas e aplicadas de forma uniforme. De acordo com autor citado, Fachini (2019), a súmula vinculante ainda traz a seguinte atribuição: “A súmula vinculante, no entanto, não apenas traz a pacificação jurisprudencial a respeito de um tema, mas também obriga todo o Poder Judiciário e a Administração Pública a seguir o que foi determinado por ela”.

Nesta perspectiva, a súmula vinculante pode ser considerada como um instrumento constitucional que possibilita à Corte Suprema organizar normas que tenham o mesmo efeito de leis, pois passam a ter obrigação de ser cumpridas, desempenhando assim um papel que é do Poder Legislativo.

Em 2004 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45/2004, esta Emenda editou diversos dispositivos constitucionais, e implementou na constituição o artigo 103-A.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Nessa conjuntura, a Constituição deu poder para o STF estabelecer normativas para o Poder Judiciário e Executivo, através da Administração Pública. De acordo com Fachini (2019) este artigo possibilitou ao STF legislar.

Embora esse poder normativo seja limitado (deve incidir necessariamente sobre matéria constitucional), ele escapa da divisão comum dos três poderes, uma vez que concede ao órgão máximo do Judiciário a possibilidade de legislar sobre determinado assunto.

É importante destacar que as súmulas vinculantes foram regulamentadas por meio da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, a mesma lei regulamentou também o artigo 103-A da constituição de 1988. Porém, mesmo que esteja na constituição a legalidade da súmula vinculante, ela não poderá ser criada sem um motivo, e mesmo que possua motivo, a súmula vinculante necessita atender certos requisitos para que possa existir.

No artigo 103-A, já citado, diz que apenas o STF poderá criar uma súmula vinculante, assim como é obrigatório estar relacionado a alguma controvérsia que envolva normativas constitucionais, ou seja, esclarecer uma interpretação a respeito do tema constitucional. Portanto, esta controvérsia precisa de alguma forma oferecer algum tipo de insegurança jurídica para que seja necessário pensar em criar uma súmula vinculante. O autor já citado, Fachini (2019) explana a respeito da controvérsia:

Da mesma forma que é necessária a controvérsia, é necessário que essa controvérsia tenha gerado várias decisões distintas sobre o tema, gerando então a insegurança jurídica e a interpretação ambígua do texto constitucional.

Além desses pontos relacionados a criação de uma súmula vinculante, o texto constitucional exposto no artigo 103-A, afirma que a súmula vinculante só será aprovada por meio da concordância de 2/3 dos ministros do STF, esta regra é também direcionada a edições ou cancelamento.

Diante do exposto, podemos perceber que os parâmetros discutidos até aqui a respeito da súmula vinculante refere-se que ela tem força de lei para as esferas jurídicas, assim como o

executivo no que se refere a Administração Pública, porém não atinge o legislativo. Assumindo dessa forma sua principal missão, validar a interpretação e a eficácia das normas.

O QUE A SÚMULA VINCULANTE Nº 5 EXPÕE?

Após discorrer sobre o conceito do que é uma súmula vinculante e respectivamente sobre sua criação, edição e cancelamento, abordaremos neste tópico o conteúdo da súmula vinculante nº 5, o que sua criação trouxe para a esfera da Administração Pública.

De acordo com Ferraz (2017) atualmente as súmulas vinculantes alcançaram força e coerção comparada aos atos legislativos:

Atualmente, as SV parecem ter alcançado força e coerção iguais ou superiores às dos próprios atos legislativos. Por vezes, leis presumidamente válidas deixam de ser aplicadas até que o STF sobre elas se pronuncie; noutros, são adotadas súmulas vinculantes que interpretam diretamente princípios constitucionais sem que haja a necessidade de mediação de atos legislativos propriamente ditos (por exemplo, SV 13 do STF).

Sendo assim, nossa análise sobre a súmula vinculante nº 5 é de grande relevância, uma vez que de acordo com o autor acima citado as súmulas vinculantes alcançaram força de lei.

A súmula vinculante nº 5 expõe o seguinte verbete: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Então quais foram os motivos

que causaram sua edição? Segundo Sombra (2008, p. 01) os motivos foram:

A edição da súmula vinculante n. 5 ocorreu em virtude do julgamento do RE 434.059/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, no qual o INSS e a União Federal impugnam acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu a segurança em benefício de agente público federal, sob o fundamento de violação aos artigos 5.º, inciso LV, e 133 da Constituição Federal, bem como inobservância da súmula 343 do STJ. Por ocasião da aludida assentada, os Ministros do Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento de que, no procedimento administrativo disciplinar, a presença do advogado é uma mera faculdade conferida ao agente público pelos artigos 156 da Lei 8.112/90, 2.º e 3.º, inciso IV, da Lei 9.874/99, todavia não consubstancia uma obrigatoriedade

Podemos perceber que a Corte Suprema, no seu entendimento, julgou pela prescindibilidade da presença do advogado nos processos administrativos disciplinares, ou seja, por meio de decisão unânime através do Recurso Extraordinário – RE n.º 434.059/DF, de acordo com Viera (2012, p.32) o plenário decidiu: “... que a presença de advogado nos processos administrativos disciplinares não é obrigatória, tendo sido aprovado o conteúdo da Súmula Vinculante”.

Assim sendo, esta decisão veio a se tornar a súmula vinculante n.5, e foi uma reação à antiga súmula 343 do STJ, a qual determinava uma presença obrigatória em todas as fases do processo

administrativo disciplinar. É importante destacar, que os principais argumentos para a edição da súmula vinculante são de caráter econômico. Segundo a jurista Irene Nohara em seu canal do *youtube* “ponto controvertido” argumenta a seguinte questão:

A AGU levantou dados que se houvesse aplicação do conteúdo da súmula anterior do STJ, as invalidações que ocorreriam naquele período iriam gerar danos aos cofres públicos com a reintegração de inúmeros servidores da ordem de um bilhão de reais.

Sendo assim, com base em apenas três processos julgados, o STF, editou a súmula vinculante n.5, e determinou que não seria obrigado então a presença de advogado para uma ampla defesa no PAD, mesmo sem a presença de uma defesa técnica o PAD teria validade.

Com essa decisão do STF, foi gerada grande polêmica na esfera jurídica, pois diante da complexidade do PAD, apenas uma defesa técnica poderia compreender e defender de fato o servidor submetido, exercendo dessa forma não apenas o contraditório, mas também a ampla defesa.

Para o professor Meirelles (2003, p.491) é de grande importância a necessidade garantir ao servidor a ampla defesa ao servidor passivo de um PAD.

(...) por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis”.

Portanto, desde sua publicação a súmula vinculante nº.5 vem causando bastante polêmica, pois a existência de uma normativa que desobriga a defesa técnica no PAD e sim por um defensor dativo que não seja advogado, podendo dessa forma suprimir a ampla defesa técnica do servidor, e conseqüentemente resultar em prejuízo para ao servidor, assunto que iremos discutir mais adiante neste artigo.

A FINALIDADE DO PAD

Antes de adentrarmos propriamente na conceituação sobre a finalidade do Processo Administrativo Disciplinar, será importante para nós discutirmos outros tópicos que servirão de arcabouço para compreender a finalidade do PAD.

É relevante que possamos distinguir a diferença entre processo e procedimento, pois segundo Di Pietro (2020, p. 130) o processo é definido como: “Instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo”.

Enquanto procedimento, de acordo com a autora é: “o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo”.

Seguindo nossa discussão sobre a finalidade do PAD, podemos perceber que os processos que envolvam solução controvérsia ou que possam resultar decisão por parte da Administração, de acordo com Di Pietro (2020, p. 130) são compreendidos a partir de quatro fases: “Instauração, instrução, defesa e decisão”.

Nesse ínterim de conhecer a finalidade do Processo Administrativo, será importante para nós distinguir as seguintes modalidades de processo, gracioso e contencioso, pois de acordo com Di Prieto (2020, p. 133):

No processo gracioso, os próprios órgãos da Administração são encarregados de fazer atuar a vontade concreta da lei, com vistas à consecução dos fins estatais que lhe estão confiados e que nem sempre envolvem decisão sobre pretensão do particular.

A autora ainda discorre sobre a modalidade conhecida como contencioso, que segundo Di Prieto (2020, p. 133) esta modalidade:

(...) é o que desenvolve perante um órgão cercado de garantias que asseguram a sua independência e imparcialidade, com competência para proferir decisões com força de coisa julgada sobre as lides surgidas entre Administração e administrado. Esse tipo de processo administrativo só existe nos países que adotam o contencioso administrativo.

Sendo assim, com o advento da Constituição de 1988, foi previsto no direito brasileiro o direito no processo gracioso e não contencioso. Ainda nesse âmbito de se conhecer as modalidades que envolvem o Processo Administrativo, podemos citar o técnico e o jurídico.

Ainda citando Di Prieto (2020, p. 134) essas modalidades, técnico e o jurídico, tem as seguintes classificações:

A primeira é uma fase de escolha de meios, é uma operação técnica, como a que ocorre com os estudos que antecedem a realização de uma obra pública; a segunda coloca a Administração frente aos administrados, sendo, por isso mesmo, uma fase jurídica, porque exige adaptação da vontade da Administração aos interesses dos administrados; surgem relações jurídicas, e a escolha dos meios de ação deve ser feita de acordo com a lei.

É importante destacarmos que os processos administrativos são regidos por princípios, pois tais princípios garante a legalidade do processo. Podemos citar a Lei nº 9.784/99, na qual é mencionado no artigo 2º, caput, alguns princípios: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Portanto, podemos considerar que o Processo Administrativo Disciplinar, de acordo com a doutrina, sendo uma sequência da documentação e das providências necessárias para a obtenção de determinado ato final, e segundo Alves (2021, p.62) pode ser: “instaurado de ofício pela Administração ou a requerimento do interessado, formando um conjunto de atos (com poder decisório) e procedimentos (sem poder decisório) administrativos.

Nesse sentido, podemos perceber que o PAD consiste no mecanismo estatal que buscará solucionar conflitos, nas esferas judiciais e administrativas, buscando aplicar o direito material ora considerado violado, se valendo dos preceitos constitucionais, assim como infraconstitucional.

O DIREITO DE DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Faremos uma análise neste momento sobre o direito de defesa que o agente público tem no processo administrativo. No art. 5º, inc. LV, assegura com muita propriedade o direito ao contraditório e ampla defesa aos litigantes em processos judiciais, assim como no âmbito administrativo: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Podemos perceber que além desse dispositivo do art. 5º, o art. 133 expõe a seguinte norma: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Diante disso, foi reconhecido pelo STJ a indispensabilidade do advogado a fim de que haja uma adequada aplicação do princípio da ampla defesa no âmbito do processo administrativo.

Para o escritor Inácio (2018) o STJ afirmou que: “(...) a presença do advogado colabora com a regularidade do processo, garantindo o equilíbrio entre as partes e a segurança jurídica”. Devido à importância da matéria, ela chegou a ser sumulada estabelecendo o seguinte: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Dessa forma o contraditório e a ampla defesa impedirá que o processo venha se transformar numa luta desigual, na qual apenas uma parte é dada a oportunidade de argumentar e produzir provas. É visto no Processo Administrativo Disciplinar que o agente público é acusado de algum ato ilícito, a fim de que ele possa ser punido, assim sendo este agente terá a garantia constitucional, a qual garante o contraditório e a ampla defesa.

Para Moraes (2000, p.116) a ampla defesa entende-se como:

(...) o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Para o entendimento do autor acima citado, podemos concluir que a ampla defesa é um direito que o réu ou acusado pode mostrar, ou produzir, provas que irá esclarecer os fatos, explicitando dessa forma o princípio da dignidade humana.

O PREJUÍZO CAUSADO AO SERVIDOR POR FALTA DE UMA DEFESA TÉCNICA NO PAD

A fim de discutir esta problemática, “o prejuízo causado ao servidor por falta de uma defesa técnica no PAD”, precisamos nos debruçar novamente sobre a polêmica súmula vinculante nº 5 do STF, “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, no entanto não mais iremos entrar no mérito, pois já analisamos no início deste artigo.

Sendo assim, analisaremos alguns casos práticos, ou seja, PADs que foram instaurados em desfavor de servidores públicos, com o intuito de apurar possíveis irregularidades.

Traremos para discussão a análise de Notas de PADs instaurado no âmbito da Polícia Militar do Rio Grande do Norte, com essas notas podemos encontrar através dos Boletins Gerais, mais conhecidos no meio militar pela sigla BG.

Por meio dessas Notas, as quais se encontram na 4ª parte denominada de Justiça e Disciplina, encontraremos soluções de vários tipos de Processos Disciplinares. Sendo assim, foi possível através destas Notas, fazermos uma amostragem de casos práticos, analisados entre o período de 2012 a 2020, exposta no quadro a seguir:

| Processos Disciplinares analisados: 61 | | |
|---|-----------------------------------|---------------------|
| Item | % de sanções disciplinares | % Arquivados |
| Falta de defesa técnica | 62% | 9,9% |
| Presença de defesa técnica | 6,5% | 21,6% |

Em meio aos dados levantados nas pesquisas de campo, podemos destacar que a falta de defesa técnica resultou em 62% das sanções disciplinares dos 61 processos analisados, significando um percentual elevado, por outro lado o resultado de processos arquivados diante de uma falta de defesa técnica é de apenas 9,9%, uma enorme disparidade entre sanções e processos arquivados.

O que podemos compreender com isso? Podemos entender o quão é grave para o servidor a falta de defesa técnica, pois o servidor é prejudicado, sofrendo sanções por não ter ao seu favor um modo competente e técnico na defesa de suas garantias e direito.

A pesquisa revelou que este entendimento está coerente, ou seja, a falta de defesa técnica pode causar prejuízo ao servidor, pois a falta de defesa técnica resultou em 62% de sanções disciplinares aos policiais militares que foram submetidos ao Processo Disciplinar.

Para corroborar com o nosso entendimento acerca do tema, quando o servidor foi assistido por defesa técnica o percentual de processos arquivados foi bem maior do que as sanções disciplinares, ou seja, a pesquisa revelou que 21,6% foram absorvidos, o que demonstra a *fumus boni iuris* acerca da presença do advogado quando houver ações que possam prejudicar o sindicado.

Outra análise que podemos fazer é que quando o servidor público, no caso policial militar, é assistido por uma defesa técnica o percentual de arquivamento é muito maior do que pela falta de uma defesa técnica.

Assim sendo, a importância do defensor técnico no momento do Processo Disciplinar é de grande relevância, pois o servidor terá a oportunidade de construir sua ampla defesa e contraditório de forma justa e técnica.

Para o policial militar esta defesa técnica se torna ainda mais importante, pois como mostrada na pesquisa o percentual de processos arquivados com defesa técnica é bem maior do que os que não tem defesa técnica. Isso nos mostra que quando o servidor é defendido por um advogado, sua defesa recebe um respaldo especializado na legalidade e justiça, e na opinião de Medauar (2008, p.123): “(...) a presença do advogado evita que o sujeito se deixa guiar por emoções de momento”.

As sanções disciplinares, na legislação castrense denominada de punição, afeta diretamente a carreira do militar, impedindo que

este militar seja promovido, pois estas punições são registradas em fichas disciplinares, assim como de receber condecorações, além do fato de poder ser excluído da corporação.

De acordo com o art. 23 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do RN, as punições podem ser: I- Advertência; II- Repreensão; III- Detenção (máximo de 30 dias)

IV- Prisão e prisão em separado (máximo de 30 dias) e V- Licenciamento e exclusão a bem da disciplina.

Outro prejuízo causado ao policial militar por uma falta de defesa técnica que resulte numa punição é a classificação do comportamento do PM.

Art. 52 do Regulamento da PMRN: I- EXCEPCIONAL, quando no período de 08 anos de efetivo serviço não ter sofrido qualquer punição disciplinar; II- ÓTIMO, quando no período de 04 anos de efetivo serviço tenha sido punido com até uma detenção; III- BOM, quando no período de 02 anos de efetivo serviço tenha sido punida com até duas prisões; IV- INSUFICIENTE, quando no período de 01 ano de efetivo serviço tenha sido punida com até duas prisões; V- MAU, quando no período de 01 ano de efetivo serviço tenha sido punida com mais de 02 prisões.

Portanto, a falta de uma defesa técnica obrigatória, pode causar prejuízo ao servidor. Sendo assim, a súmula nº 5 acabou promovendo uma falta de garantia ao servidor, pois diante da falta da defesa técnica é suprimido ao servidor sua ampla defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou que com o advento da súmula vinculante nº 5, a qual desobriga a necessidade do servidor público ser assistido por uma defesa técnica quando é submetido

a um processo administrativo, este servidor pode ser prejudicado, pois os seus direitos e garantias acabam sendo limitados, no sentido de não ser defendido por uma pessoa que tenha conhecimento especializado, o advogado.

Portanto, no contexto da pesquisa, a súmula vinculante nº 5 trouxe prejuízo ao processo administrativo disciplinar, pois não é suficiente que o servidor seja defendido por alguém, pois este alguém necessita de um conhecimento técnico.

Sendo assim, mesmo sendo matéria já decidida pelo STF, a súmula vinculante nº 5 se dispõe na contramão do que reza a carta maior, Constituição Federal, na qual afirma no art. 5, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Assim sendo, indagamos, onde está ampla defesa do servidor? Se este servidor não é assistido por um advogado, sua ampla defesa é limitada.

Portanto, para que seja observado de forma plena o pressuposto constitucional, dentro da estruturação do Estado Democrático, o qual constitui um dos pilares do Processo, é fundamental a presença e acompanhamento de um advogado. Pois ampla defesa do servidor público só será materialmente propiciada se este servidor puder contar com um profissional que vai muito além de apenas um possuidor de conhecimentos jurídicos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Felipe Dalenogare. **Direito Administrativo**. 1ª ed. São Paulo. Editora Rideel, 2021.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2020.

FERRAZ, Luciano. **Súmula Vinculante 5 do Supremo deveria, no mínimo, ser revista**. Consultor jurídico, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-30/interesse-publico-sumula-vinculante-supremo-deveria-minimo-revista#author>. Acessado em: 02 fev 2022.

INÁCIO, Joabe Ferreira. **A ampla defesa no processo administrativo disciplinar**. Âmbito jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-ampla-defesa-no-procedimento-administrativo-disciplinar/>. Acessado em: 04 mar 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

SOMBRA, Thiago Luís. **Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 32, p. 75-78, 2008.

VIEIRA, Janaína Porto. **A CONFIGURAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR APÓS A EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N.º 5 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. DF, 2012.



**PANDEMIA E
VIDA: UMA
REFLEXÃO
FILOSÓFICA
ENTRE BIOPÓ-
DER E
SUPERACÃO**

MATEUS DA SILVA FERNANDES

MATEUS DA SILVA FERNANDES

Mestre em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba-UEPB. Graduado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras-FAFIC. Pós-graduando em Tutoria em Educação à Distância pela Faculdade Sucesso - FACSU. E-mail: mateusprofilo@gmail.com.



INTRODUÇÃO

NO FINAL DE 2019, A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS) FOI alertada sobre muitos casos de óbito ocasionados por dificuldade respiratória na cidade de Wuhan, na China, os quais foram diagnosticados como consequência de um novo coronavírus. Reconhecido em 11 de fevereiro de 2020, o novo coronavírus chamado de Sars-Cov2 foi o responsável pelo estado de epidemia que começou na China e passou a se espalhar por todo mundo, e em 11 de março de 2020, a OMS eleva o estado de contaminação do novo coronavírus à pandemia.

O Sars-Cov2 é o vírus responsável pela doença Covid-19 que causa, desde um quadro leve e assintomático a um quadro grave, com caos metabólico, dificuldade respiratória e em milhares de casos levando à morte. O rápido crescimento do número de contaminações fez com que todo mundo adotasse medidas que diminuísse os impactos causados pelo surto de Covid-19.

No título, “Pandemia e vida: uma análise filosófica entre biopoder e superação”, fazemos a relação da pandemia, que representa a maior ameaça à vida neste século XXI, com a vida, a mais bela das artes, sob reflexão do ponto de vista filosófico dos problemas trazidos pela pandemia, os quais se estendem além dos números de infectados e mortos aos recursos políticos contornados pelas relações de poder. Este exame é a leitura, a partir da tradição filosófica do século XX que discutiu a biopolítica e a filosofia nietzschiana, de como a vida é usurpada de suas potencialidades por uma lógica que reduz a dinâmica do viver a uma condição rebaixada. Desse modo, nossa pesquisa longe de buscar compreender conceitualmente na tradição do pensamento a amplitude discursiva

dos termos trazidos, propõe delinear um passeio pela pandemia e a discussão filosófica subsidiado por estas reflexões.

A relevância da investigação percorre a incidência efetiva na vida das pessoas a partir da redução da condição de vida a um tipo que detém uma vontade enfraquecida. A importância dos mecanismos de poder na reflexão acerca da pandemia produz a análise de uma perspectiva de sobrevida fortemente investigada no século XX, e que contribuirá com a leitura dos embates hodiernos trazidos pela tragédia pandêmica.

CONTEXTUALIZAÇÃO

O presente artigo é um texto finalizado para esta publicação que durante sua construção ensejou o episódio do evento “Quarentena Filosófica”, promovido pelo Grupo de Estudos em Filosofia e Crítica Social-GEFICS/CNPq no dia 26 de junho de 2020, intitulado “Saúde e Pandemia à luz de Nietzsche”. Esse debate aconteceu através do Youtube e contou com a participação da doutora Marta Faustino, professora da Universidade Nova de Lisboa de Portugal, do doutor Newton Amusquivar, da Universidade Estadual de Campinas-UNICAMP, bem como de Mateus da Silva Fernandes, à época aluno do curso de pós-graduação (mestrado) em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba-UFPB e autor deste trabalho, mediado pelo doutor Wécio Araújo, professor da Universidade Federal da Paraíba-UFPB, à época coordenador do Grupo de Estudos em Filosofia e Crítica Social-GEFICS/CNPq. Nessa oportunidade, discutimos a perspicácia conceitual da filosofia nietzschiana fazendo um exame da pandemia à luz de algumas categorias presentes tanto na produção filosófica de Nietzsche quanto das discussões biopolíticas iniciadas no século XX.

DESENVOLVIMENTO

O Sars-Cov2 e suas variantes, responsáveis pelo estado de pandemia, põem em ameaça a existência da espécie humana, tornando-se divisor de águas para pensar aspectos no que diz respeito à vida contemporânea e alguns mecanismos políticos que lhe são imanentes enquanto vida em sociedade determinada por relações de poder. Diante do presente estado de calamidade sanitária, o objetivo deste ensaio é propor uma reflexão filosófica e crítica da pandemia de Covid-19, à luz de algumas discussões encontradas no pensamento nietzschiano e na tradição crítica influenciada por este na contemporaneidade, sob a cariz da seguinte hipótese: a maneira como o coronavírus afetou o ser humano trouxe questionamentos acerca dos mecanismos políticos utilizados para resistir às ameaças que o vírus impôs, as quais não se resumem à contaminação ocasionada pelo Sars-Cov2.

É preciso considerar também que na dinâmica do isolamento social ocorre uma reviravolta, a partir da qual, o que seria medida de proteção toma outras proporções, e problemas como ansiedade e depressão se agravam provocados pelos efeitos da pandemia (UERJ, 2020)^[10] na subjetividade e nos sentimentos dos indivíduos. Esses problemas se intensificam em razão da sociedade política acionar mecanismos sob os quais as pessoas são submetidas a cumprimentos técnicos para extorsão de sua forma produtiva. Esses mecanismos compõem a forma como o biopoder se produz no tecido sócio-político. Foucault (2008, p. 3), no início do curso que ministrou no Collège de France entre os anos de 1977

¹⁰ Pesquisa da UERJ indica aumento de casos de depressão entre brasileiros durante a quarentena (UERJ, 2020. disponível em: <https://www.uerj.br/noticia/11028/>).

e 1978 aborda como ele define, bem como relaciona o biopoder aos mecanismos de poder:

Este ano gostaria de começar o estudo de algo que eu havia chamado, um pouco no ar, de biopoder, isto é, essa série de fenômenos que me parece bastante importante, a saber, o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo eu, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais vai poder entrar numa política, numa estratégia política, numa estratégia geral de poder.

O francês Michel Foucault, como vimos, examina que o biopoder conduz a vida dos indivíduos numa condição sujeita à inflexão com que o poder se produz nos corpos e também nas subjetividades num contexto contido numa estratégia de poder. O conteúdo vivido dessa relação gera uma condição de sobrevida em que os sujeitos se submetem à conquista da condição de sua própria sobrevida, mantendo-se, com isso, enquanto sobreviventes. Esse processo de produção de sobrevida representa uma ruptura entre os conteúdos sociais e a forma política que caracteriza as condições do ser humano, formatando o distanciamento da dinâmica da vida experimentada nas suas muitas possibilidades.

Cabe-nos agora compreendermos como surge a percepção desta condição de sobreviventes investigando como Agamben dispôs de sua interpretação acerca do Paradoxo de Levi, trazido por ele em “O que resta de Auschwitz” de 1998. Agamben investiga, no campo de concentração, aqueles que foram designados de ‘mulçumanos’. A condição que esses designados mulçumanos viviam no campo de concentração assemelhava-os a uma espécie de cadáver

ainda vivo, em que sua presença no mundo se sustentava nos últimos suspiros de suas forças, numa completa redução ao mínimo biológico, no qual sua pele pálida e resistente já descascava. O mulçumano era aquele em que o esgotamento de sua condição fez com que ele desistisse de resistir ou de qualquer outra esperança. Desse modo, quando a vida é submetida a esse rebaixamento, esse poder que recai sobre os indivíduos não se completa com a morte deles, mas busca manter essas pessoas numa condição que se fixa entre a vida e a morte: na condição de sobreviventes, situado entre o humano e o inumano. Desse modo, o biopoder é um motor de redução da vida à sobrevida biológica, numa produção contínua de sobreviventes (AGAMBEN, 2008, p. 49-91).

Na forma de manutenção biopolítica, surgem aspectos determinantes para sua efetividade. Esse *modus operandi* é garantido por meio de um processo de individuação do sujeito, numa espécie de empreendedorismo do 'eu', e da globalização das estruturas de poder. Nesta direção, o argumento de partida decorrente da nossa hipótese inicial se produz em problemas que acompanham o coronavírus e sua trajetória pandêmica desde a primeira fase do surto, mostrando o quão alarmante são as tensões ocasionadas pela gravidade do vírus à subjetividade das pessoas, pensada à luz dessa forma de promoção da vida submetida a essa condição de sobrevivente.

O estado de pandemia trouxe ao ser humano uma ruptura, que pode ser expressada como desabrochar da passividade do niilismo que passa a se produzir na forma das relações culturais e políticas. Neste sentido, o problema da pandemia não se estreita aos aspectos quantitativos da pandemia, pois a gravidade do Sars-Cov2 se revela também subjetivamente como perda de vontade em sua internalização pelo indivíduo, resultando na simples conservação

da vida que não compreende as forças de sua grandeza limitada pela forma política. Portanto, sob essa chave de leitura, propomos pensar a questão da sobrevida a partir de uma compreensão da vida estagnada entre, de um lado, sua potência de existir, e de outro, a perda dessa potência, produzindo assim, uma espécie de delimitação que é feita da vida à política. Em Giorgio Agamben (2008, p. 3), a delimitação da vida à política pode ser compreendida a partir de uma espécie de subjugação, respectivamente da primeira à segunda, entre essas duas dimensões que ensaiam a estrutura da sobrevida. A sobrevida examinada por Agamben na discussão da biopolítica do século XX, ocupa espaço na vida humana enquanto consequência do distanciamento da vida compreendida em seu emaranhado de possibilidades reduzidas unicamente aos interesses de sobrevivência pelo exercício do biopoder.

Nesta vida que o biopoder unido à pandemia proporciona, o ser humano cansado e portando uma vontade debilitada, cai em uma situação de esgotamento enquanto forma inaudita daquilo que Nietzsche chamou de hóspede da cultura, o niilismo. Assim, nesse sentido, a experiência da vida é fragmentada tanto pelo empreendedorismo do 'eu', o qual reduz o ser humano a uma lógica que se sustenta na conquista do espaço individual na sociedade burguesa, quanto pelo risco à existência causado pela pandemia.

O *modus vivendi* da sociedade, numa discussão filosófica e política, se produz por meio da biopolítica. Assim, como resultado da incidência biopolítica na vida das pessoas, a partir das relações de poder que delimita sua existência, se configura uma forma de vida esgotada, em que a exaustão de viver se mantém sob a condição de sobrevivência. Desse modo, a negação da força da vida se enraíza no *modus vivendi* como lógica da estruturação dessa sobrevida, que identificamos a partir da leitura nietzschiana em sua

formulação do conceito de decadência . Em vista disso, as consequências desse exame revelam a influência das determinações do exercício do biopoder aplicado no contexto da crise pandêmica na potencialização do rebaixamento da condição da vida.

É salutar considerar que o biopoder se produz por meio dos mecanismos de controle exercido pelo Estado, em que os sujeitos são submetidos a cumprimentos técnicos para a extorsão de sua força produtiva na caracterização do que chamamos de sobrevida. O biopoder ao conduzir as pessoas à condição da vida nua, conceito fundamental em Agamben para abordagem do processo de apropriação que a política faz da vida humana, difere do poder soberano, como analisa Foucault na estruturação do conceito de biopoder; de sorte que, com isso, molda a vida para a sua não experimentação autônoma, enquadrando-a à condição de sobrevivente que não resta nada que apenas a produção de mais sobrevida, ou seja, da ruptura entre as forças e potências dos seres humanos e uma vida refém da conquista de sua sobrevida.

A condição decadente de sobrevida que é imposta às pessoas, reforça que, como na vida nua o homem é reduzido à sua força biológica como objeto de manutenção do status quo, é por meio de uma nova instauração de valores que se torna possível a superação desta vida rebaixada, numa outra razão subjetiva, que caracterizaria um outro modo de vivenciar as relações produzidas pelo ser humano, dentre elas, as relações de poder. Ou seja, o avesso da lógica que estrutura as relações de poder por meio do ordenamento moral precedido pela dualidade entre, de um lado, o tipo excelente de cidadão, e de outro, o resto, é a resposta que compreende a forma de resistência à essas imposições. Esse avesso se produz na compreensão da vida a partir de sua pluralidade de forças que atuam sobre si e nunca reduzidas a essa dualidade. Para tanto,

como, pensando o avesso da atual conjuntura, podemos encontrar meios eficazes para superar essa sobrevida?

Pensar o avesso da atual conjuntura, não se sustenta na afirmação de que esse avesso constitui a forma de valoração definitiva, mas nos referimos a uma necessária revisão da forma como atribuímos valor às relações produzidas pelos seres humanos. Nesse sentido, virar do avesso a atual conjuntura representa a suspensão da forma de atribuir valor numa atividade crítica, sob a reflexão que aqui abordamos estruturada no exame da relação entre conteúdo social e forma política. Assim, Nietzsche pode oferecer as concepções gerais para uma crítica das formas de combate ao empobrecimento da vida, sobretudo no sentido de reagir à condição passiva de mero sobrevivente. Essa discussão é situada na intersecção entre a forma de vida e o conteúdo das relações, de sorte que a destacamos a partir da importância de rejeitar a negação da existência, compreendendo-a em seu avesso; dessa maneira, a vida passa então, numa aceitação da existência, a traçar por meio das forças de dominação que caracterizam ela mesma, no interior dos valores, uma perene ressignificação do modo de existir que não é estanque, mas se reinventa sempre como forma de presença atuante no mundo.

Na segunda metade do século XIX encontramos em Nietzsche importante discussão acerca do modo de resistir à fragilidade do corpo, fazendo-nos refletir o problema da saúde enquanto conceito importante para se pensar a relação entre vida e obra de arte. A arte na filosofia de Nietzsche está para além de qualquer produção artística, é compreendida como impulso, instinto criador de valores, de sorte que essa relação incide ao ser humano fazer de sua vida a própria obra de arte, em que ela se desvela no itinerário de superação do ser humano na afirmação da vida como tragédia.

[...] o problema da arte se desdobra sempre no horizonte problemático da relação arte-vida; finalmente, porque a arte é a única força superior a toda vontade de negar a vida é a única força que não somente percebe o caráter terrível da existência, mas que o vive e deseja vivê-lo (GUERVÓS, 2018, p. 14).

A partir dessa chave de leitura, compreendemos que pensar filosoficamente a saúde não é tomá-la enquanto pressuposto da fragilidade somática do corpo, mas entendê-la na relação entre vida e obra, que se produz num afeiçoar-se ao que está sendo na própria dinâmica do viver. Isto nos provoca a refletir filosoficamente sobre uma concepção de saúde não mais determinada unicamente pelo corpo físico. Para Nietzsche o corpo é um composto fisiopsicológico, no qual a vontade de potência exerce o papel determinante de organização das vontades que a compreende.

A vida é, pois, vontade de potência (NIETZSCHE, 2009, p. 62), e sua relação com a arte é traçada por um dizer sim à existência, sim aos acontecimentos, como parte do acolhimento da vida enquanto tragédia. Tal definição pode ser identificada dentro dos textos do próprio Nietzsche como Amor *fati* (NIETZSCHE, 2012, p. 441), que pode ser entendido enquanto a aceitação da necessidade dos acontecimentos, necessidade essa que não tem identidade com qualquer tipo de predestinação, mas que significa os acontecimentos que vêm a ser da maneira como o sejam na realidade mesma, ou seja, é o amor à fatalidade que é e não pode ser de outro modo, porém compreendida dentro do perene processo de criação valorativa de cada ser humano, de modo que estenda à vida suas possibilidades.

A saúde para Nietzsche não se resume a uma questão médica, ou até mesmo fisiológica, mas se estende discursivamente. Desse modo, podemos, no contexto de amor fati, abordar a conflituosa situação pandêmica como antítese para nova compreensão da saúde e, conseqüentemente, das novas formas de atribuição de valor. De acordo com a comentadora, entendemos que essa antítese serve como

[...] traços psicológicos que conduzam à afirmação da existência em todas suas vicissitudes; a doença puramente somática serve de oportunidade, para o sadio funcionamento, de ver a vida através de um ponto de vista superior (MARTON, 2014, p. 370).

A superação das formas de valoração acerca do período pandêmico pressupõe a compreensão de uma nova forma de saúde, e não aquela do senso comum definida como a reta funcionalidade do corpo. A grande saúde é o estado exigido para a superação do ser humano, de modo que isso é efetivado tanto na aceitação do existir quanto na experimentação de todo o existente, em que essa experiência é tomada para si como aceitação do devir e o ser humano como componente fisiopsicológico. A grande saúde e, conseqüentemente, essa aceitação, não garante status de superação definitiva, mas se configura perenemente na experiência da dinâmica do viver, relativizando a concepção de saúde que o senso comum possui.

Tendo pensado essas questões, a partir desta chave de leitura, nos distanciamos da pandemia reduzida num rasteiro entendimento dela como pressuposto para uma evolução moral posterior, para examiná-la como experiência da vida enquanto tragédia, e assim, tomando-a de tal modo, compreender a atividade perene

de valoração a partir da síntese entre o conteúdo social e a forma política da vida contemporânea. Para tanto, incluir a complexidade da vontade de potência é fundamental para esse desenvolvimento, de sorte que ela é a resposta à vida sujeita a fatalidades que não estão compreendidas em sua forma valorativa.

Desse modo, enfrentar os males que acompanham o coronavírus dentro de nossas casas é dizer sim à vida como parte do nosso processo de atribuição de valores; é amar a necessidade dos acontecimentos que nos envolvem e ao mesmo tempo compõem a existência, buscando sempre formas de expansão de nossas forças numa investida por dominação, de sorte que, para tanto, o combate ao vírus possa se travestir como forma de conservar a vida e tomá-la sempre como obra de arte, aceitando os acontecimentos e ao mesmo tempo combatendo aquilo que priva a sanidade numa perene construção axiológica mediada pela experimentação da vida sujeita às fatalidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, concluímos com nossa pesquisa que, além dos prejuízos da pandemia, no que diz respeito ao impacto do distanciamento social e ao alarmante número de óbitos, os mecanismos de poder exercidos ao mesmo tempo em que o vírus aterroriza o mundo deixou claro algumas fragilidades da subjetividade das pessoas. Tais fragilidades subjetivas não se reduzem em qualquer instância a nenhum prejuízo à liberdade em decorrência das quarentenas que foram assumidas durante o combate à pandemia, pois esse é um falso problema que não nos atreveríamos em produzir, sabendo, pois, que a contrapartida às medidas restritivas expôs a vida de milhares de pessoas ao vírus, levando à morte

extrema e irreversível quantidade de vidas em todo mundo. Nessa discussão, examinamos o evidente enquadramento e fragmentação da experiência das formas de vida por meio do biopoder para manutenção do atual ordenamento social, sob a inflexão concreta do cotidiano daqueles que enfrentaram a pandemia.

O prejuízo atual da pandemia que encurrala o ser humano a partir da ameaça a sua existência, encontra forma na subjetividade humana decorrente da manutenção política dos mecanismos de poder que conduzem os próprios indivíduos em uma condição rebaixada de sobrevivência, não permitindo que a vida seja experimentada em suas potencialidades e na pluralidade de suas formas de ser, bem como condicionando a vida como parte mantenedora de uma grande estrutura política e, conseqüentemente, moral. Nesse horizonte político, as pessoas não se realizam enquanto sujeitos livres, mas são determinadas no *modus operandi* da sociedade por uma forma de razão subjetiva que se sobrepõe à individualidade e à coletividade das formas de ser dos próprios sujeitos – ao mesmo tempo em que promove a inviduação do ‘eu’ no modo com o qual totaliza as estruturas de poder por meio da delimitação da vida à política –, em que os conteúdos dessa forma política são vivenciados.

Sob a inferência da pandemia e suas vastas conseqüências, a forma de resposta como enfrentamento se veste na superação das formas de valoração da vida a partir da pandemia e dos mecanismos de poder que a ela precedem, e que se produzem como inflexão. A vida, não mais compreendida como mero pressuposto somático, se estende em sua contínua valoração. Assim, a pandemia não é um acaso perdido no curso dos acontecimentos, mas um momento real experimentado pelas pessoas que, para responder às suas duras conseqüências, precisam compreendê-la como

parte constituinte da experiência da vida na perene atribuição valorativa. Essa característica da vida enquanto vontade de potência toma forma como enfrentamento e como continuidade da dinâmica da vida que não se pode estagnar no modo de existência antes da pandemia ou durante, mas que é uma perene formulação valorativa no momento em que se está vivendo, de sorte que, para tanto, exige a suspensão das atribuições passadas e presentes no confronto com os novos conteúdos vividos.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Saber III)**. São Paulo: Boitempo, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: Curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GEFICS. **QUARENTENA FILOSÓFICA (26/06/2020) – SAÚDE E PANDEMIA À LUZ DE NIETZSCHE**. Youtube, 26 jun. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HaFfpSoDdZA>. Acessado em: 07 mar 2022.

GUERVÓS, Luis Enrique de Santiago. **O antinilismo estético e a superação do nilismo**. Cadernos Nietzsche. Guarulhos/Porto Seguro, 2018.

MARTON, Scarlett (org.). **Dicionário Nietzsche**. São Paulo, Edições Loyola, 2016. (Sendas e veredas).

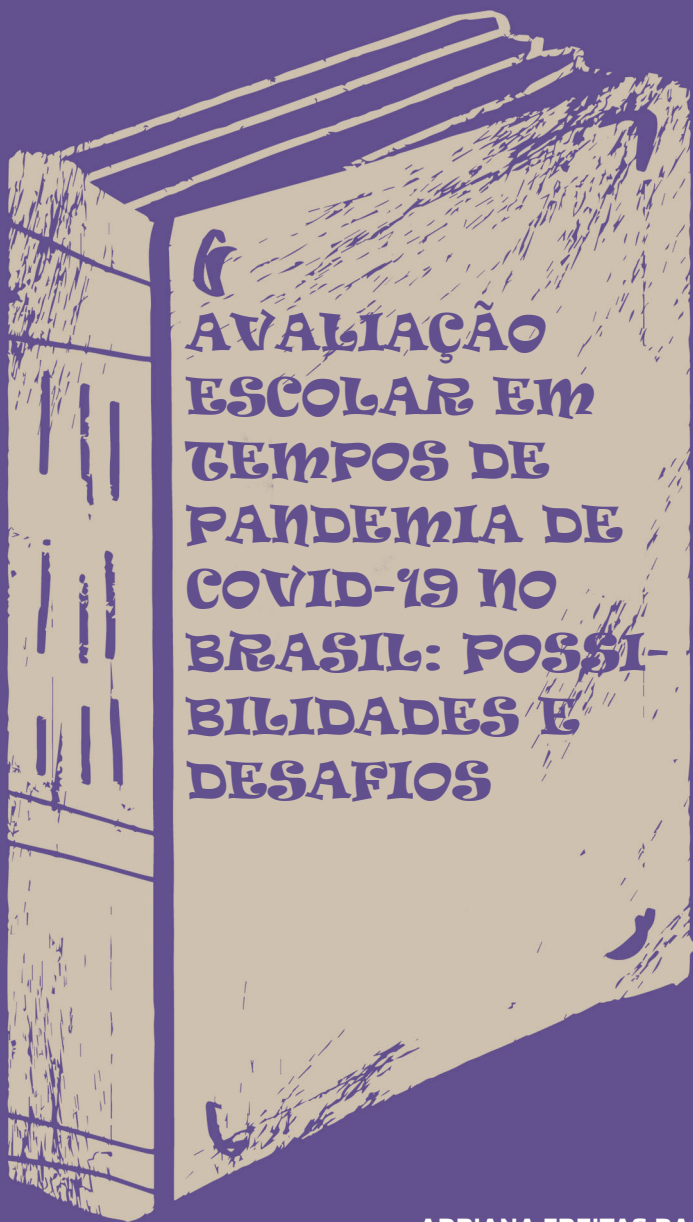
NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. 1. ed. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2018.

NIETZSCHE, Friedrich. **Fragmentos póstumos 1887-1889**. In: KSA VII. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. Nietzsche: **obras escolhidas**. Trad. Renato Zwick, Marcelo Backes. Porto Alegre, RS: L&PM, 2016.

PELBART, Peter Pál. **O avesso do niilismo**: cartografias do esgotamento. São Paulo: N-1 Edições, 2013.



**AVALIAÇÃO
ESCOLAR EM
TEMPOS DE
PANDEMIA DE
COVID-19 NO
BRASIL: POSSI-
BILIDADES E
DESAFIOS**

**ADRIANA FREITAS DA SILVA
FRANCISCA RITA DE OLIVEIRA
TARCIONE FERREIRA DE LIMA**

ADRIANA FREITAS DA SILVA

Mestranda em ciência da educação-FACEM. Pós-graduada em psicopedagogia pela FIP. Possui Licenciatura em Geografia pela Universal Estadual da Paraíba-UEPB. Possui Licenciatura em Pedagogia pela Universidade Estadual Vale do Acaraú. E-mail: adriana_100dias@hotmail.com

FRANCISCA RITA DE OLIVEIRA

Graduada em Pedagogia pelo Instituto Superior de Educação Franciscano Nossa Senhora de Fátima (2018) e graduação em Letras - Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (2014). Pós-graduada em Educação Infantil, pelo Instituto Superior de Educação São Judas Tadeu. Pós-graduada em Docência e Gestão na Educação à distância, pelo o Instituto Superior de Educação do CECAP, pós-graduação em Psicopedagogia Institucional e Clínica pelas Faculdades Integradas de Patos e em Neuro/Psicopedagogia Institucional e Clínica pela Faculdade Sucesso. Mestranda em Ciências em Educação pelo o Instituto Superior de Educação, WORLD UNIVERSITY ECUMENICALPROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO. E-mail: franciscasboliveira@gmail.com

TARCIONE FERREIRA DE LIMA

Graduação em Bacharel em Teologia pela Faculdade de Teologia Integrada (2014). Possui também especialização em Ciência da Religião. Atualmente é professor horista da Faculdade Sucesso. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Educação e Ensino Religioso. E-mail: tarcioneferreira@hotmail.com



INTRODUÇÃO

O NOVO CORONAVÍRUS OU APENAS COVID-19 É UMA DOENÇA INFECCIOSA causada pelo vírus SARS-CoV-2. Este vírus causa infecções respiratórias e sua transmissão ocorre através do nariz e pela boca quando são expelidas pequenas partículas líquidas quando falam, cantam, espirram ou respiram, ou ainda quando uma pessoa toca em alguma superfície que foi infectada pelo vírus e em seguida esfregue os olhos ou a boca com as mãos.

O vírus SARS-CoV-2 foi descoberto, em 31 de dezembro de 2019, após registros de pessoas contaminadas na cidade de Wuhan, na China. Entre os sintomas mais comuns da COVID-19 podemos destacar: febre, tosse, cansaço, perda de paladar ou olfato. A maioria das pessoas tem sintomas leves ou moderados, mas algumas, as chamadas do grupo de risco – os portadores de doenças crônicas, como diabetes e hipertensão, asma, doença pulmonar obstrutiva crônica, e indivíduos fumantes, pessoas acima de 60 anos, gestantes, puérperas e crianças menores de 5 anos – podem ter sintomas graves e, muitas vezes, precisam ser intubadas quando alguns perdem a capacidade de respirar sozinhos.

A COVID-19 se espalhou rapidamente da China para o restante do mundo, evidenciando a alta taxa de contágio, o que levou ao Diretor Geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) em 11 de março de 2020, o biólogo Tedros Adahanom, a declarar o estado de contaminação do novo coronavírus ao estado de pandemia.

Para combater a pandemia foi preciso cooperação internacional e adotar algumas medidas para combater a alta taxa de mortalidade causada pelo vírus. Entre as medidas adotadas: o uso de máscaras se tornou obrigatório, manter cuidados básicos com a higiene e evitar aglomeração.

A adoção do isolamento social afetou a rotina de milhões de pessoas ao redor do mundo, pois atividades não essenciais foram suspensas, atividades como o comércio e as aulas foram suspensas. O sistema de home office foi adotado amplamente nos trabalhos, ou seja, as pessoas passaram a trabalhar em casa. E a suspensão das aulas presenciais pelas aulas remotas foi necessário, pois as escolas eram grandes centros de aglomeração e, assim, bastante suscetíveis ao contágio.

As escolas foram uma das principais instituições afetadas pela pandemia. No Brasil, através da Portaria 343, publicada em 17 de março de 2020, ficou decidido a suspensão das aulas presenciais.

E em 1º de abril de 2020, o Governo Federal divulgou a medida provisória nº 934, que flexibilizou a carga horária escolar. Em seu art. 1º, destaca:

Art. 1º O estabelecimento de ensino de educação básica fica dispensado, em caráter excepcional, da obrigatoriedade de observância ao mínimo de dias de efetivo trabalho escolar, nos termos do disposto no inciso I do caput e no § 1º do art. 24 e no inciso II do caput do art. 31 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, desde que cumprida a carga horária mínima anual estabelecida nos referidos dispositivos, observadas as normas a serem editadas pelos respectivos sistemas de ensino.

Parágrafo único. A dispensa de que trata o caput se aplicará para o ano letivo afetado pelas medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020).

As aulas passaram a ser de forma remota, ou seja, os professores ensinariam de casa e os estudantes estudariam de casa, tudo isso através de plataformas online. Estas plataformas possibilitaram aulas síncronas – os professores e alunos interagem em tempo real – e aulas assíncronas – no qual os alunos assistem aulas gravadas pelo docente.

Para este novo contexto de aulas, o uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's) foram essenciais, pois permitiram o alargamento das possibilidades e da atuação das práticas pedagógicas a distância.

Portanto, este novo cenário levou a comunidade escolar a adotar novas posturas, reavaliar o currículo e implementar novas estratégias pedagógicas. Entre estas novas medidas está o ato de avaliar.

Por conseguinte, temos como objetivo investigar como a avaliação escolar foi afetada pela pandemia de COVID-19, que obrigou as aulas a serem através do acesso remoto. Quais dificuldades os docentes enfrentaram? Quais estratégias adotadas para avaliar de forma eficaz?

Para tanto, procedemos em termos metodológicos nos utilizando da pesquisa bibliográfica, que é caracterizada pela sondagem, escolha e fichamentos de textos sobre o tema supracitado. Pesquisamos trabalhos a partir do Google acadêmico, utilizando palavras-chave como: avaliação, pandemia, educação.

Entre os autores analisados, podemos destacar: Monteiro (2020), Ranis, Sarmiento, Fanfa e Menegat (2021), Santos Junior e Monteiro (2020), e Vieira e Ricci (2020).

Nos empreendemos neste trabalho pela importância da avaliação escolar para o processo de ensino e aprendizagem. Pois, segundo Luckesi (2002, p. 165) “avaliar significa identificar

impasses e buscar soluções”. E segundo Libâneo (2006, p. 195): “a avaliação é uma tarefa complexa que não se resume à realização de provas e atribuição de notas”

É sobretudo, um dos componentes essenciais do ensino-aprendizagem, pois avaliar é dialogar entre o ensino e aprendizagem, é investigar o processo de desenvolvimento do discente, por isso não pode ser específico em um único momento, deve ser contínuo e, assim, fornecer subsídios para readequar o planejamento e escolher as melhores estratégias avaliativas para os alunos. Destarte, “avaliação permeia todos os processos escolares, iniciando-se pelo planejamento, conhecimento do aluno, resposta e a reavaliação dos currículos” (SILVA; MELO, s/p., 2021).

O artigo é dividido duas seções. Na primeira discutimos a avaliação escolar mais detidamente. Na segunda discutimos o processo avaliativo em tempos de pandemia da COVID-19 no Brasil. Ao final do artigo, apresentamos considerações finais sobre a análise aqui promovida.

AVALIAÇÃO ESCOLAR: COMPONENTE IMPOTANTE PARA O ENSINO E APRENDIZAGEM

A avaliação é um processo de suma importância para o ensino-aprendizagem, é um mecanismo que liga estes dos processos, e não deve ser vista apenas como atividade para mensurar notas e, conseqüentemente, indicar o fracasso ou sucesso escolar. Para Anna Maria Salgueiro Caldeira:

A avaliação escolar é um meio e não um fim em si mesma; está delimitada por uma determinada teoria e por uma determinada prática pedagógica. Ela não

ocorre num vazio conceitual, mas está dimensionada por um modelo teórico de sociedade, de homem, de educação e, conseqüentemente, de ensino e de aprendizagem, expresso na teoria e na prática pedagógica (CALDEIRA, 1997, p. 122).

Os modelos avaliativos devem seguir objetivos pré-estabelecidos, devem expressar conceitos teóricos subjacentes sobre as escolhas mais indicadas sobre os tipos de avaliação. Portanto, é imprescindível que os docentes conheçam bem o Projeto Político Pedagógico (PPP) da escola, de modo a integrar os sistemas de avaliações para com o PPP.

A função da avaliação escolar no interior do processo didático do Projeto Político Pedagógico (PPP) da escola deve ser a de contribuir para que os objetivos escolares sejam alcançados, diagnosticando as dificuldades e subsidiando novos formatos avaliativos (SCANTAMBURLO. et al., 2020, s/p.).

Para o educador José Carlos Libâneo avaliar é

uma tarefa didática necessária e permanente do trabalho docente, que deve acompanhar passo a passo o processo de ensino e aprendizagens. Através dela, os resultados que vão sendo obtidos no decorrer do trabalho conjunto do professor e dos alunos são comparados com os objetivos propostos, a fim de constatar progressos, dificuldades, e reorientar o trabalho para as correções necessárias. A avaliação

é uma reflexão sobre o nível de qualidade do trabalho escolar tanto do professor como dos alunos. Os dados coletados no decurso do processo de ensino, quantitativos ou qualitativos, são interpretados em relação a um padrão de desempenho e expressos em juízos de valor (muito bom, bom, satisfatório etc.) acerca do aproveitamento escolar. A avaliação é uma tarefa complexa que não se resume à realização de provas e atribuição de notas. A mensuração apenas proporciona dados que devem ser submetidos a uma apreciação qualitativa. A avaliação, assim, cumpre funções pedagógico-didáticas, de diagnóstico e de controle em relação às quais se recorre a instrumentos de verificação do rendimento escolar (LIBÂNEO, 2006, p. 195).

Para Libâneo (2006) avaliar é um mecanismo para refletir sobre a própria prática pedagógica, para reavaliá-la e, se preciso, readaptá-la. Desta forma, não se resume apenas aos dados quantitativos, mas, sobremaneira, às análises qualitativas, que indiquem o desenvolvimento dos alunos, a percepção da construção do conhecimento destes, bem como suas dificuldades.

Para averiguar o desenvolvimento dos discentes é preciso que a avaliação seja continuada, isto é, não deve ser avaliado apenas ao final do bimestre ou semestre, mas ao longo de todo o ano letivo. Por isso não deve ser específica de um único momento. Para analisar este desenvolvimento é preciso avaliar, pois esta ferramenta pedagógica:

descreve que conhecimentos, atitudes ou aptidões que os alunos adquiriram, ou seja, que objetivos do ensino já atingiram num determinado ponto de percurso e que dificuldades estão a revelar relativamente a outros (SCANTAMBURLO. et al., 2020, s/p.).

Ainda segundo Libâneo (2006), nos diferentes processos de ensino, são tarefas da avaliação: a) Verificação: coleta de dados sobre o aproveitamento dos alunos, através de provas, exercícios e tarefas ou de meios auxiliares, como observação de desempenho, entrevistas etc.; b) Qualificação: comprovação dos resultados alcançados em relação aos objetivos e, conforme o caso, atribuição de notas ou conceitos; c) Apreciação qualitativa: avaliação propriamente dita dos resultados, referindo-os a padrões de desempenho esperados (LIBÂNEO, 2006, p. 196).

Para Rampazzo e Jesus (2011) a avaliação assume três modalidades, de acordo com a necessidade do professor: a) avaliação diagnóstica: usada para identificar os conhecimentos prévios de cada aluno, verificar suas habilidades e/ou dificuldades de aprendizagem. Geralmente este tipo de avaliação é feito nos momentos iniciais de cada ciclo; b) avaliação formativa: busca medir o desempenho escolar dos alunos ao longo do processo de ensino-aprendizagem, buscando acompanhar o desenvolvimento e a construção de conhecimento ao longo do ano letivo, bem como identificar habilidades e dificuldades; c) avaliação somativa: esse tipo de avaliação é realizado para verificar as capacidades e dificuldades de aprendizado que os estudantes adquiriram ao final do ciclo pedagógico.

Considerando os tipos de avaliação, a articulação entre avaliação diagnóstica e somativa são componentes essenciais do processo formativo para o desenvolvimento discente.

Sobre a constituição de provas, estas são organizadas em questões objetivas e subjetivas. As questões objetivas de múltipla escolha trazem no enunciado a possibilidade de repostagem, no qual os estudantes devem escolher a única correta. As questões deste tipo devem ser elaboradas e pensadas com muito cuidado para a escrita de seu enunciado, para não acontecer ambiguidades ou confusões.

Já nas provas com questões subjetivas ou discursivas, permite que o estudante expresse seus conhecimentos da forma como se configurou no seu processo de assimilação do conhecimento.

AVALIAÇÃO ESCOLAR EM TEMPOS DE PANDEMIA

O novo coronavírus ou apenas COVID-19 é uma doença infecciosa causada pelo vírus SARS-CoV-2. Este vírus causa infecções respiratórias e sua transmissão ocorre através do nariz e pela boca quando são expelidas pequenas partículas líquidas contendo o vírus. Mas também pode ocorrer a infecção através de superfícies que foram contaminadas.

O vírus SARS-CoV-2 foi descoberto, em 31 de dezembro de 2019, após registros de pessoas contaminadas na cidade de Wuhan, na China. Entre os sintomas mais comuns da COVID-19 podemos destacar: febre, tosse, cansaço, perda de paladar ou olfato. A maioria das pessoas tem sintomas leves ou moderados, mas algumas, as chamadas do grupo de risco – os portadores de doenças crônicas, como diabetes e hipertensão, asma, doença pulmonar obstrutiva crônica, e indivíduos fumantes, pessoas acima de 60

anos, gestantes, puérperas e crianças menores de 5 anos – podem ter sintomas graves e, muitas vezes, precisam ser intubadas quando alguns perdem a capacidade de respirar sozinhos.

A COVID-19 se espalhou rapidamente da China para o restante do mundo, evidenciando uma alta taxa de contágio, o que levou o biólogo Tedros Adahanom, Diretor Geral da Organização Mundial de Saúde (OMS), em 11 de março de 2020, a declarar o estado de contaminação do novo coronavírus ao estado de pandemia.

Para combater a pandemia foi preciso cooperação internacional e adotar algumas medidas para combater a alta taxa de mortalidade causada pelo vírus. Entre as medidas adotadas: o uso de máscaras se tornou obrigatório, manter cuidados básicos com a higiene e evitar aglomeração.

A adoção do isolamento social afetou a rotina de milhões de pessoas ao redor do mundo, pois atividades não essenciais foram suspensas, atividades como o comércio e as aulas foram suspensas. O sistema de home office foi adotado amplamente nos trabalhos, ou seja, as pessoas passaram a trabalhar em casa. E a suspensão das aulas presenciais pelas aulas remotas foi necessário, pois as escolas eram grandes centros de aglomeração e, assim, bastante suscetíveis ao contágio.

As escolas foram uma das principais instituições afetadas pela pandemia. No Brasil, através da Portaria 343, publicada em 17 de março de 2020, ficou decidido a suspensão das aulas presenciais.

E em 1º de abril de 2020, o Governo Federal divulgou a medida provisória nº 934, que flexibilizou a carga horária escolar. Em seu art. 1º, destaca:

Art. 1º O estabelecimento de ensino de educação básica fica dispensado, em caráter excepcional, da obrigatoriedade de observância ao mínimo de dias de efetivo trabalho escolar, nos termos do disposto no inciso I do caput e no § 1º do art. 24 e no inciso II do caput do art. 31 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, desde que cumprida a carga horária mínima anual estabelecida nos referidos dispositivos, observadas as normas a serem editadas pelos respectivos sistemas de ensino.

Parágrafo único. A dispensa de que trata o caput se aplicará para o ano letivo afetado pelas medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020).

O Informe nº 1 da Fundação Carlos Chagas (2020, p. 1), destaca que “no Brasil, 81,9% dos alunos da Educação Básica deixaram de frequentar as instituições de ensino. São cerca de 39 milhões de pessoas”.

As aulas passaram a ser de forma remota, ou seja, os professores ensinam de casa e os estudantes estudaram de casa, tudo isso através de plataformas online. Estas plataformas possibilitaram aulas síncronas – os professores e alunos interagem em tempo real – e aulas assíncronas – no qual os alunos assistem aulas gravadas pelo docente.

Para este novo contexto de aulas, o uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's) foram essenciais, pois permitiram o alargamento das possibilidades e da atuação das práticas pedagógicas a distância.

Portanto, este novo cenário levou a comunidade escolar a adotar novas posturas, reavaliar o currículo e implementar novas estratégias pedagógicas. Entre estas novas medidas está o ato de avaliar. Como avaliar em tempos de pandemia? Quais estratégias a serem adotadas? Quais dificuldades?

Segundo Estrella e Lima, do portal do Ministério da Educação (MEC),

é importante garantir uma avaliação equilibrada dos estudantes em função das diferentes situações que serão enfrentadas em cada sistema de ensino, assegurando as mesmas oportunidades a todos que participam das avaliações em âmbitos municipal, estadual e nacional (ESTRELLA; LIMA, 2020, s/p.).

O World Bank Group ou Grupo Banco Mundial em português, delimitou estratégias usadas no contexto pandêmico para os conteúdos pedagógicos, de infraestruturas, do papel dos pais e dos docentes. Entre as estratégias destacam-se

Criação de grupos pedagógicos em aplicativos de mensagens, onde professores que lecionam a mesma disciplina desenvolvem conteúdos e estratégias conjuntamente; Criação de um canal de contato direto com os professores para que estes possam fazer perguntas sobre o uso de ferramentas para o ensino EAD; Identificação de docentes-chave que possam apoiar na condução de atividades pedagógicas localmente, junto à comunidade escolar; Estabelecimento de atividades de monitoramento das atividades realizadas pelos estudantes. (WORLD BANK GROUP, 2020, s/p.)

Neste contexto das aulas no formato online “reuniões virtuais, lives, correção virtual, agendamento de aula [...] são termos que passaram a incorporar o cotidiano do educador do século XXI, outrora utilizados de maneira espaçada, quase imperceptível” (MONTEIRO, 2020, p. 18).

Não era mais possível os docentes acompanharem de perto o desenvolvimento dos alunos quando comparamos com as aulas presenciais. Era necessário encontrar novas forma de avaliar o desenvolvimento e a construção de conhecimentos dos discentes. Para isso, a Educação a Distância (EAD) forneceu subsídios para pensar em como ensinar e, principalmente, como a avaliar.

Para Luís Paulo Leopoldo Mercado (2008), entre os recursos avaliativos que envolvem registros via internet que permitem avaliar continuamente os alunos estão: a) Blogs – que permite o registro das observações feitas, situações em que os discentes passaram como, por exemplo, o raciocínio usado para responder atividades, estratégias usadas, participações, etc.; b) Fóruns de Discussão - favorecem a reflexão e a elaboração das participações dos estudantes, permitindo maior interação e participação dos alunos, aplicando metodologias ativas; c) Monitoração da Participação – avaliação sobre a participação dos alunos durante as aulas, na realização de atividades, entre outras.

Foi possível destacar, após as pesquisas realizadas, que entre as principais estratégias usadas pelos professores como métodos avaliativos durante a pandemia destacam-se: a) a utilização de formulários; b) postagem de atividades ou envio de fotos; c) participação dos estudantes durante as aulas online; d) realização das atividades propostas; e) trabalho de pesquisa em grupo ou individual; f) produção de vídeos para apresentação de seminários; g) provas objetivas e discursivas; h) debates.

Essas foram algumas das estratégias utilizadas pelos docentes para avaliar, pensadas a partir da adequação ao novo contexto escola enfrentado.

Entre as principais dificuldades encontradas pelos professores durante as aulas online destacam-se a desmotivação dos alunos em assistir as aulas, o atraso ou a não realização das atividades propostas, a incerteza da aprendizagem gerado por dúvidas nas avaliações, se eram os próprios alunos que faziam ou outras pessoas.

É importante destacar também os problemas enfrentados pelos discentes, pois muitos não tinham um bom pacote de internet ou simplesmente não tinham acesso para acompanhar as aulas online. A solução foi disponibilizar material impresso a estes, mas mesmo assim se mostrou apenas uma medida paliativa, pois a ausência do professor e das aulas não pode ser substituído apenas com material pedagógico.

Portanto, a pandemia agravou a desigualdade entre estudantes de escolas públicas e privadas. Os primeiros tiveram que lidar com a falta de estrutura em casa como, por exemplo, falta de ambiente para estudo, internet insuficiente ou até mesmo a falta, má alimentação, já que muitas vezes a merenda escolar era uma das poucas refeições de várias crianças e adolescentes, e até mesmo o abandono das atividades escolares para ajudar os pais no trabalho, já que a pandemia gerou um alto nível de desemprego. Já os alunos de escolas particulares, em sua maioria, tiveram um ambiente propício para estudo, bom pacote de internet que permitiu acompanhar as aulas remotas e apoio da família nas atividades escolares.

Esta pandemia tem evidenciado a desigualdade que demarca nossa sociedade, pois, enquanto algumas crianças têm acesso à tecnologias de ponta, possuem acesso ilimitado à internet e recebem em casa o apoio dos pais/responsáveis, tantas outras ficam à margem deste processo, seja pela falta de equipamento tecnológico adequado em casa, seja pelo fato de os responsáveis dedicarem-se à outras preocupações, seja por estes não terem a formação escolar adequada para orientá-los em relação à realização das atividades ou, ainda, por situações de extrema pobreza e vulnerabilidade social (Vieira, & Ricci, 2020).

Os dados analisados indicam que o ensino remoto exigiu dos docentes novas formas de realizar a avaliação, utilizando diferentes estratégias e instrumentos, principalmente tecnológicos.

Portanto, as análises apontam para determinados caminhos para o aprimoramento da avaliação e do processo educacional, que já são debatidas há tempos. É preciso que os professores tenham acesso à formação continuada para desenvolver concepções pedagógicas ativas e que possam ser ressignificados dentro da prática escolar; estratégias de ensino-aprendizagem significativas e articuladas à realidade dos discentes; o uso das TIC's deve ser implementados nas escolas a integrar diferentes abordagens pedagógicas, já que o uso das novas tecnologias alarga a atuação escolar

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de COVID-19 modificou significativamente todas as esferas sociais das pessoas, as medidas de isolamento social, a

suspensão do comércio e das aulas, para evitar a propagação do vírus, mudou a rotina de bilhões de pessoas, logicamente por se tratar de uma pandemia.

Estas mudanças levaram ao debate sobre diferentes temas, políticas públicas, saúde e educação. Esta última, que tem nosso foco, gestou diferentes debates e discussões para repensar o ensino em tempos pandêmicos. A suspensão das aulas obrigou a comunidade escolar e aos estudantes e suas famílias a terem uma nova rotina. Ensinar de casa e aprender de casa se tornou comum a partir de março de 2020 no Brasil.

As aulas remotas foram imperativas no cenário da pandemia. Estas aulas só foram possíveis devido as TIC's, com os avanços nas áreas de tecnologia e comunicação como, por exemplo, computadores, celulares, tablets e internet, permitiram que a prática docente fosse levada para as telas de aparelhos eletrônicos.

O uso das novas tecnologias de informação, muitas vezes, não ocorreu a partir de uma transição gradual de implementação, mas de forma abrupta devido ao contexto de emergência.

Utilizando-se de plataformas online os docentes tiveram que repensar sua práxis pedagógica: como ensinar? De que forma atrair o interesse dos estudantes? e, principalmente, como avaliar a aprendizagem?

A avaliação foi alterada devido ao novo formato das aulas, foi preciso os professores pensarem em como avaliar, entendendo que a avaliação não é uma finalidade em si mesma, que não é apenas uma atribuição numérica em relação a quantidade de acertos em uma prova e, assim, definir fracasso – nota baixa – e sucesso escolar – nota alta.

É especialmente uma forma de dialogar com os processos de ensino e aprendizagem, porque avaliar continuamente é indicar o

desenvolvimento e a construção do conhecimento dos discentes. O valor numérico obtido não deve ser analisado apenas por ótica quantitativa, mas também qualitativa, pois permite compreender ganhos e dificuldades dos estudantes avaliados.

Sendo um processo dialógico, a avaliação permite que os docentes possam repensar o planejamento e o currículo para melhor construir uma educação participativa e inclusiva, gerindo melhor os tipos de avaliação mais adequado para cada situação. Pois “avaliar significa identificar impasses e buscar soluções” (LUCKESI, 2002, p. 165).

A impossibilidade de acompanhar de perto o desenvolvimento dos discentes impactou sobremaneira em como avaliar. Levando os docentes a utilizarem diferentes estratégias para identificar a construção do conhecimento e as dificuldades. Entre algumas estratégias usadas pelos professores: a) participação dos discentes durante as aulas online, se tirava dúvidas, se respondia aos questionamentos feitos; b) questionários online; c) provas online; d) produção de apresentações em vídeo; e) entrega de atividades; entre outras.

Entre as várias dificuldades encontradas pelos professores para avaliar durante a pandemia estava o desinteresse dos discentes para assistir as aulas e fazer as atividades, as dificuldades de acesso à internet para acessar as aulas e atividade, é válido citar também a preocupação dos docentes em identificar se eram os próprios alunos que faziam suas atividades e provas ou se eram outras pessoas.

É necessário que diante do cenário da pandemia foi preciso que os docentes repensassem sua prática pedagógica, incluindo o importante ato de avaliar, e para isso foi preciso identificar e escolher estratégias condizentes com o contexto no qual estavam inseridos. Fica assim, dos importantes aspectos deixados por este debate.

A importância de repensar a prática educacional, incluindo novas ferramentas, como as TIC's, para que o processo de ensino-aprendizagem ocorra de forma efetiva em diferentes realidades sociais e culturais, que coloque o aluno no centro da construção educacional.

A compreensão de que o processo educacional é complexo e exige novas abordagens dos docentes, como no ato de avaliar, que seja adequado ao contexto e aos objetivos que foram previamente traçados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Medida Provisória n. 934**, de 1 de abril, 2020.

BRASIL. **Nota técnica: Ensino a distância Educação Básica frente à pandemia da Covid-19**", de Todos Pela Educação. Análise e visão do Todos Pela Educação sobre a adoção de estratégias de ensino remoto frente ao cenário de suspensão provisória das aulas presenciais, 2020.

CALDEIRA, Anna Maria Salgueiro. **Avaliação e processo de ensino aprendizagem**. Presença Pedagógica, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 53-61, set./out. 1997.

ESTRELLA, B.; LIMA, L. **CNE aprova diretrizes para escolas durante a pandemia**. Portal MEC. 2020.

FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS. **Informe n. 1**: Educação escolar em tempos de pandemia. São Paulo: FCC; Unesco, 2020. Disponível em: <https://www.fcc.org.br/fcc/educacao-pesquisa/educacaoescolar-em-tempos-de-pandemia-informe-n-1>. Acesso em: 25 mar. 2022.

HOFFMANN, J. **Avaliação enquanto mediação**. Avaliação: mito e desafio – uma perspectiva construtivista. 45^a ed. Porto Alegre, Mediação, 2003

LIBÂNEO, J. C. **Didática**. Cortez. 2006.

LUCKESI, Cipriano C. **Avaliação da Aprendizagem Escolar**. São Paulo: Cortez, 2002.

MERCADO, Luís Paulo Leopoldo. **Ferramentas de Avaliação na Educação Online**. Programa de Pós-Graduação em Educação – Universidade Federal de Alagoas –Brasil. 2008.

MONTEIRO, Márcio de Oliveira. **Avaliação em tempos de pandemia**: uma abordagem holística do processo. Revista Transformar, Itaperuna, RJ, v. 14, Edição Especial “Covid-19: pesquisa, diálogos transdisciplinares e perspectivas”, p. 6-27, maio/ago. 2020.

MORETTO, Vasco. **Prova**: um momento privilegiado e estudo, não um acerto de contas. 9. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2010.

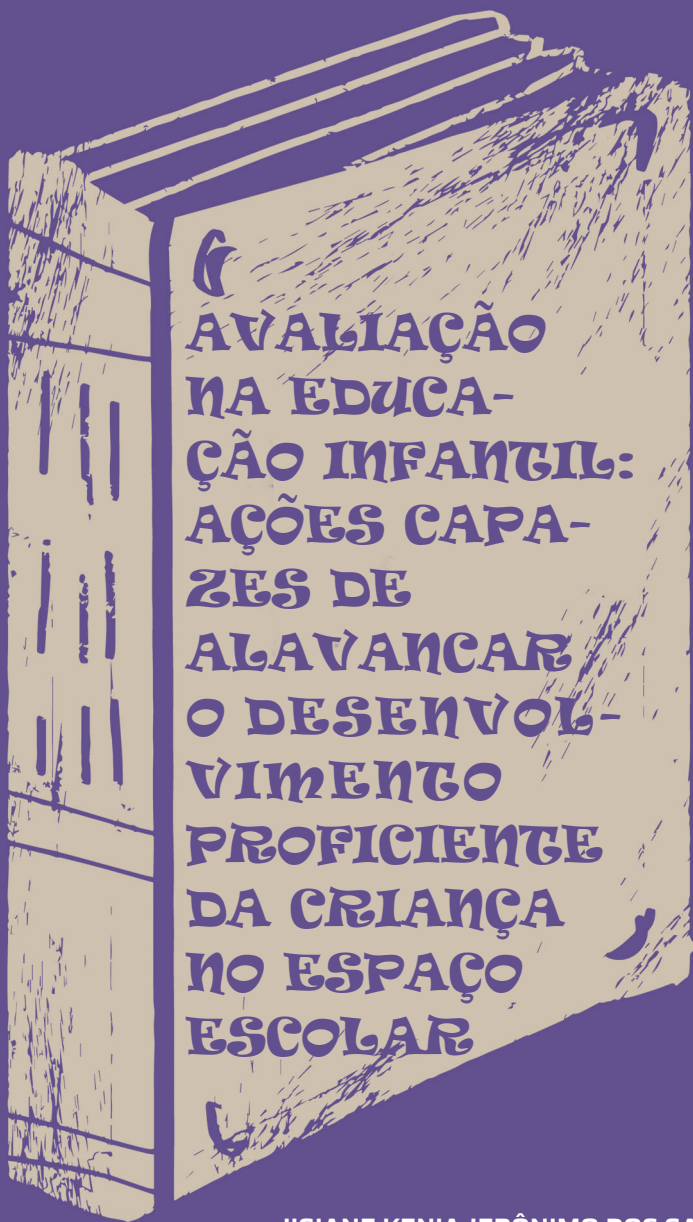
RAMOS, Roberto Carlos.; SARMENTO, Dirléia. FANFA.; MENEGAT, Jardenlino. **Avaliação da aprendizagem no contexto da pandemia**: concepções e práticas docentes. Estud. Aval. Educ., São Paulo, v. 32, 2021.

SANTOS JUNIOR, Verissimo Barros dos; MONTEIRO, Jean Carlos da Silva. **Educação e COVID-19**: as tecnologias digitais mediando a aprendizagem em tempos de pandemia. Revista Encantar - Educação, Cultura e Sociedade - Bom Jesus da Lapa, v. 2, p. 01-15, jan./dez. 2020.

SCANTAMBURLO, Emanuela Laura Razia. et al. **Avaliação de aprendizagem em meio a pandemia do coronavírus no Brasil**. Anuário de Pesquisa e extensão UNOESC São Miguel do Oeste. 2020.

VIEIRA, L., RICCI M.C. C. **A educação em tempos de pandemia:** soluções emergenciais pelo mundo. Observatório do ensino médio em Santa Catarina, Brasil. Editorial, abril, 2020.

WORLD BANK GROUP. **Políticas Educacionais na Pandemia da COVID-19:** o que o Brasil pode aprender com o resto do Mundo? 2020. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-educationpolicy-covid-19-corona-virus-pandemic>. Acessado em: 05 fev 2022.



**AVALIAÇÃO
NA EDUCA-
ÇÃO INFANTIL:
AÇÕES CAPA-
ZES DE
ALAVANCAR
O DESENVOL-
VIMENTO
PROFICIENTE
DA CRIANÇA
NO ESPAÇO
ESCOLAR**

JISIANE KENIA JERÔNIMO DOS SANTOS

JISIANE KENIA JERÔNIMO DOS SANTOS

Mestranda em Ciências da Educação - World Ecumenical EUA. Pós-graduada em Docência e Gestão na Educação À Distância pela Associação do Centro de Formação e Capacitação Técnica Patativa do Assaré, CECAP, Brasil. Possui Licenciatura Plena em História pelas Faculdades Integradas de Patos. Bacharelado em Serviço Social pela Faculdade Católica Santa Teresinha. Professora atuante nos anos finais do Ensino Fundamental a nível municipal. Tutora da disciplina de Direitos Humanos do curso de Serviço Social na Faculdade Sucesso. Professora da disciplina de Ética Profissional do curso de Serviço Social na Faculdade Sucesso. Pós-graduanda em Docência no Ensino Superior e também Tutoria em Educação à Distância. Interessa-se pela área de humanas e apeteço a área das tecnologias de informação e comunicação - TICs.
E-mail: jjianekenia@gmail.com



INTRODUÇÃO

POR MUITO TEMPO A AVALIAÇÃO DA APRENDIZAGEM FOI TIDA POR muitos educadores apenas como sendo uma forma de avaliar o desempenho, classificando os mesmos através de apenas um método avaliativo sem levar em consideração as diferentes habilidades e capacidades daquele aluno.

Mesmo sem perceber o professor ao usar dessa ferramenta, pode excluir aquele aluno considerado incapaz aos olhos dele definitivamente, causando um dano irreparável. A causa pelas quais as avaliações por muitas vezes seguirem a mesma forma tradicionalista, pode ser o costume adquirido por muitos educadores na época que frequentavam a escola. O fato de os educadores terem se submetido aquela forma monótona de avaliação em que era levada em consideração somente as perguntas respondidas corretamente naquela folha de respostas, permitiu que esses professores levassem essa prática como sendo a única capaz de avaliar o aluno e com esse pensamento o professor acaba erroneamente deixando a desejar em seus critérios avaliativos.

CONTRIBUIÇÃO DA BNCC E LDB NO PROCESSO DE AVALIAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL

A Educação Infantil está dentro da educação básica e compreende o atendimento às crianças de 0 a 5 anos de idade, dividida em modalidades: creches (0 a 3 anos) e pré-escolas (4 a 5 anos).

Na atualidade a Educação Infantil tem que dá prioridade aos seguintes requisitos: cuidar, brincar e educar, realizando no seu interior um trabalho que possua caráter educativo, visando

garantir assistência, alimentação, saúde e segurança com condições materiais e humanas que tragam benefícios sociais e culturais para as crianças atendidas.

A avaliação na educação infantil consiste no acompanhamento do desenvolvimento infantil e por isso, precisa ser conduzida de modo a fortalecer a prática docente no sentido de entender que avaliar a aprendizagem e o desenvolvimento infantil implica sintonia com o planejamento e o processo de ensino. Por isso, a forma, os métodos de avaliar e os instrumentos assumem um papel de extrema importância, tendo em vista que contribuem para a reflexão necessária por parte dos profissionais acerca do processo de ensino. (CARNEIRO, 2010, p. 6).

Os professores da educação infantil possuem instrumentos naturais e espontâneos a sua disposição para realizarem a avaliação, de modo que eles podem analisar as observações obtidas a partir da vivência das crianças dentro do ambiente escolar, das brincadeiras que foram propostas pelos docentes ou até mesmo criadas a partir das crianças, dos desenhos produzidos, dos diálogos gerados, por exemplo, a partir das rodas de conversas, entre tantas outras possibilidades existentes através da observação que é um dos pontos cruciais para o desenvolvimento do alunado.

Avaliar o desenvolvimento de uma criança é uma ação complexa e exige da escola um olhar de extrema atenção, um conhecimento sobre o aprender e o desenvolver do aluno, para que assim, através de

metodologias de avaliação ou de instrumentos variados seja possível aferir de maneira mais sistematizada, contemplando o indivíduo e seus avanços (SILVA; URT, 2014, p. 63).

Segundo a LDB, artigo 29, a educação infantil tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade em seus aspectos físicos, psicológicos, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

A BNCC (Base nacional comum curricular) também traz pontos específicos para serem trabalhados e beneficiar o desenvolvimento da criança nessa fase de aprendizagem inicial. De acordo com a BNCC, “parte do trabalho do educador é refletir, selecionar, organizar, planejar, mediar e monitorar o conjunto das práticas e interações, garantindo a pluralidade de situações que promovam o desenvolvimento pleno das crianças”. Deste modo, substituem-se referências herdadas do ensino fundamental e passa-se a pensar em métodos próprios que favoreçam especificamente a educação infantil.

De acordo com os Referenciais Curriculares Nacionais da Educação Infantil (RCNEI), a avaliação é como:

Um conjunto de ações que auxiliam o professor a refletir sobre as condições de aprendizagem oferecidas a ajustar sua prática às necessidades colocadas pelas crianças. É um elemento indissociável do processo educativo que possibilita ao professor definir critérios para planejar as atividades e criar situações que gerem avanços na aprendizagem das crianças. Tem como função acompanhar, orientar, regular e redirecionar esse processo como um todo (BRASIL, 1998. V. I, p. 59).

De acordo com o descrito no documento, onde o mesmo aponta uma concepção de Avaliação na Educação Infantil que busca articular os saberes do professor e a promoção do desenvolvimento integral das crianças, pode-se classificar cinco passos importantes para a ação avaliativa dos professores sendo eles: a) **PLANEJAR**: ver a avaliação como forma para novas e importantes aprendizagens, tanto do educador, quanto das crianças;

b) **OBSERVAR**: a partir da observação e reflexão da própria prática pedagógica, o professor deve pensar, avaliar suas ações e dar continuidade ou propor mudanças no planejamento de acordo com o avanço das crianças em sala de aula, podendo mudar ou aperfeiçoar suas práticas; c) **REGISTRAR**: observar, ouvir e registrar crítica e cuidadosamente as pesquisas da meninada, tendo em vista que todo trabalho deve ser voltado para eles e tentar levar o prazer e interatividade e conseqüentemente a aprendizagem é o maior objetivo do educador; d) **REFLETIR**: utilizar múltiplos instrumentos de registros (diários de bordo, cadernos de anotações, planejamento, fotos, vídeos, entre outros recursos que o professor sentir necessidade de utilizar para dar visibilidade as aprendizagens) as tecnologias presentes em nosso dia a dia podem ajudar muito o professor nesse processo de amostragem e visibilidade; e) **COMUNICAR**: o professor deve propor a criação coletiva de documentação pedagógica que permita a criança e as famílias reconhecer os processos de desenvolvimento e aprendizagens na educação infantil.

Diante do exposto vê-se a importância dos documentos norteadores que facilitam o acesso ao conhecimento e práticas eficientes por parte dos educadores servindo como base para construção de novas formas vivências e aprendizados.

O PAPEL DO PROFESSOR NA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Silva (2002) explica que avaliar é uma ação reflexiva crítica sobre as práticas educativas, no sentido de diagnosticar tanto os aspectos evolutivos quanto às dificuldades e de tomar decisões que lhe são cabíveis. Avaliar é, sobretudo, analisar, interpretar, reorganizar os processos educativos e não apenas, constatar os dados mediante observação e anotações. A interação com as crianças desenvolve-se de modo subjetivo pelo professor. É importante que se promova as inter-relações.

A avaliação envolve observação sensível do aluno, pois entre os princípios da avaliação está a coleta de dados para o planejamento das propostas pedagógicas e sua relação com todos os elementos que proporcionam uma ação educativa eficaz. O olhar avaliativo é o modo que o professor precisa ter na educação infantil de explorar constantemente o mundo da criança, tendo em vista que, observar e compreender o desenvolvimento infantil e suas etapas é fundamental para que o professor possa desenvolver o trabalho pedagógico.

Os estudos de Hoffmann (1996) apontam a ocorrência da avaliação formal na educação infantil. Essa autora constatou a existência de boletins de acompanhamento das crianças, fichas de avaliação e outros mecanismos, até mesmo a ocorrência de avaliação informal, controlando e vigiando o comportamento e a disciplina das crianças pequenas. Segundo esse relato, parece estar em curso um mecanismo de antecipação das maneiras formais e informais de avaliação escolar que acontecem no ensino fundamental para a educação infantil.

Para Hoffmann (1996, p. 12):

[...] o modelo de avaliação classificatória se faz presente nas instituições de educação infantil quando, para elas, avaliar é registrar ao final de um semestre (periodicidade mais freqüente na pré-escola) os comportamentos que a criança apresentou, utilizando-se para isso, de listagens uniformes de comportamentos a serem classificados a partir de escalas comparativas tais como: atingiu, atingiu parcialmente, não atingiu; muitas vezes, poucas vezes, não apresentou; muito bom, bom, fraco ; e outros.

Diante do que foi visto, muitas das vezes os conceitos ou fichas de avaliação não são preparadas por quem está inserida de forma direta com os educandos, sendo que quem a prepara não sabe as competências que devem ser avaliadas.

Hoffmann (2017) orienta:

A organização de um dossiê/portfólio significativo passa pelo entendimento de uma concepção mediadora de avaliação, pois seu significado não é demonstrativo ou ilustrativo de etapas de aprendizagem, mas elucidativo e dependem para tanto de uma escolha adequada e da clareza de seus propósitos (HOFFMANN, 2017, p. 133).

Para Vasconcelos (1996) o processo que propõe à criança conhecer o mundo, é o processo de criação ativa, cuja aprendizagem se dá a partir da ação do sujeito sobre o objeto. Para esse autor “Um sujeito ativo que constrói o conhecimento sobre a ação não é, apenas, uma atividade observável, mas um sujeito que

compara, formula pressupostos e os reorganiza em ação interiorizada” (VASCONCELOS, 1996, p. 05).

Hoffmann (2012) afirma que a avaliação na Educação Infantil é, pois, “um conjunto de procedimentos didáticos que se estendem por um longo tempo e em vários espaços escolares, de caráter processual e visando, sempre, a melhoria do objeto avaliado” (HOFFMANN, 2012, p. 13).

A autora ainda aponta noções importantes para avaliação na educação infantil sendo elas:

a) uma proposta pedagógica que vise levar em conta a diversidade de interesses e possibilidades de exploração do mundo pela criança, respeitando sua própria identidade sociocultural, e proporcionando-lhe um ambiente interativo, rico em materiais e situações a serem experienciadas; b) um professor curioso e investigador do mundo da criança, agindo como mediador de suas conquistas, no sentido de apoiá-la, acompanhá-la e favorecer lhe novos desafios; c) um processo avaliativo permanente de observação, registro e reflexão acerca da ação e do pensamento das crianças, de suas diferenças culturais e de desenvolvimento, embaixador do repensar do educador sobre o seu fazer pedagógico (HOFFMANN, 2010, p. 20).

O professor é o responsável no processo avaliativo e, portanto, compete-lhe conduzir esse processo de modo crítico, reflexivo e democrático no sentido de diagnosticar os avanços e dificuldades das crianças e de tomar decisões necessárias as melhorias das

atividades educativas das crianças, observando os processos de assimilação e acomodação propostos por Piaget (2010).

As dificuldades enfrentadas, os problemas estruturais, a negligência por parte da parte administrativa e mesmo as deficiências cometidas em relação a avaliação na Educação Infantil, ocorrem devido a vários fatores, dentre eles a fragilidade da formação dos professores que não é dada sua devida importância e as orientações pedagógicas que por muitas vezes não ocorre. Os resultados propostos pela escola que em boa parte das vezes a cobrança supera, as expectativas dos pais em relação ao desenvolvimento da criança que quando não acontece o fardo é colocado em cima do professor que muitas vezes não é o culpado. A falta de recursos por parte dos docentes são algumas causas ou situações que podem explicar os muitos erros praticados.

De acordo com o que foi visto, devemos ver que os resultados da avaliação não podem se resumir a apenas um conceito final, mas ser utilizado para:

[...] rever e alterar as condições de ensino, visando ao aprimoramento do processo de apropriação do conhecimento pelo aluno. Somente assim o professor poderá desenvolver as atividades de mediação de forma adequada, no sentido de possibilitar um crescente envolvimento afetivo do sujeito com objetivo em questão. Assim, a avaliação deve ser planejada e desenvolvida como um instrumento sempre a favor do aluno e do processo de apropriação do conhecimento (LUCKESI, 1984 apud LEITE; TASSONI, 2002, p. 19).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considera-se que a avaliação deve ser de forma qualitativa, que contribui para a formação e desenvolvimento da criança. Reconhece-se que avaliar é necessário, visto que o professor necessita acompanhar a evolução da criança quanto à aprendizagem. Na Educação Infantil, a criança se submete a uma observação qualitativa, ou seja, avaliar subjetivamente, o que permite investigar a qualidade do desempenho da criança com o propósito de intervir na melhoria dos resultados.

Refletir sobre a ação da criança observando-a diariamente é o que deve ocorrer nas instituições infantis e; o acompanhamento da ação dessa criança deve vir seguido de observações e registros englobando todos os aspectos conjuntamente: campo afetivo, cognitivo e psicomotor. Estes três campos são indissociáveis no desenvolvimento infantil. Portanto não há como avaliar a criança em um só aspecto ou avaliar separadamente cada campo.

Vale sempre salientar que a avaliação da aprendizagem na educação infantil é de extrema importância para o aluno, para o professor, para a escola e para os pais dos alunos. Entretanto ela jamais deve se resumir num fim por si só, não poderá se resumir a um conceito, uma nota, ou servir só para classificar, aprovar (ou não) o aluno, mas ser utilizada como diagnóstica do processo de ensino e de aprendizagem, e para a tomada de decisão a partir da análise da realidade encontrada.

O professor deve estar aberto sempre para a mediação. Assim, durante todo o processo de ensino e de aprendizagem, ele deverá ser disposto a mediar tais processos e utilizar a avaliação como um recurso rico para analisar o que cada aluno vem aprendendo e como tem se construído o seu conhecimento e desenvolvimento.

O que se pode concluir, com base na discussão sistematizada neste trabalho, é que diversas são as possibilidades para se discutir, avaliar, ou propor padrões de qualidade na educação infantil. Para que os professores possam seguir adiante com mudanças significativas em avaliação, faz-se necessário uma mediação promissora do de equilíbrio que os guie em uma reflexão crítica referente às concepções que embasam seu olhar avaliativo. O que se visualiza como possibilidade de uma futura pesquisa é que muito se tem a fazer para que a educação infantil ofereça melhores condições de atendimento. Para que a avaliação de fato se efetive de maneira correta na educação infantil, tendo sempre em vista que esta etapa de ensino é a base de uma carreira estudantil e que toda a comunidade escolar tem uma grande responsabilidade na vida educacional dessa criança.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

BRASIL, MEC. **Referencial Curricular Nacional para a Educação Infantil**. Brasília: MEC, 1998.

CARNEIRO, M. P. A. K. B. **Processo avaliativo na Educação Infantil 2010**. 45f. Monografia (Pós-graduação em Educação Infantil). Escola Superior Aberta do Brasil, Vila Velha, 2010.

HOFFMANN, J. **Avaliação e Educação Infantil: um olhar sensível e reflexivo sobre a criança**. Editora Mediação. 21. Ed. Porto Alegre, 2017. 152 p.

HOFFMANN, Jussara. **Avaliação na Pré-Escola**. Porto Alegre: Mediação, 1996.

LEITE, S. A. S.; TASSONI, E. C. M. A afetividade em sala de aula: as condições de ensino e a mediação do professor. *In*: AZZI, R. G.; SADALLA, A. M. F. A. **Psicologia e formação docente**: desafios e conversas. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002. p. 113-141.

PIAGET, J. **A formação do símbolo na criança**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

SILVA, Janssen Felipe da. Avaliar... O quê? Quem? Como? Quando? *In*: **Revista TV Escola**, Brasília, MEC, outubro/novembro, 2002.

SILVA, J. P; URT, S. C. **Educação infantil e avaliação**: uma ação mediadora. Nuances: estudos sobre Educação. Presidente Prudente: v. 25, n. 3, p. 56-78, set./dez. 2014.

VASCONCELOS, M.S. **A difusão das ideias de Piaget no Brasil**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1996.



ISBN 978-65-84621-30-5

DIÁLOGOS INTERDISCIPLINARES FACSU

Álvaro Carvalho Dias da Silva
Claudianor Almeida de Figueirêdo
Gustavo Henrique Queiroz dos Santos
Tiago Medeiros Leite

1ª Edição 2022

escolaplural
obras singulares





pluraeditorial.com