



RLEX

GRADUANDO A PESQUISA EM DIREITO

CLEULER BARBOSA DAS NEVES
GISELE GOMES MATOS
GABRIEL MARCONI DE CAMPOS MOURA
(ORGANIZADORES)



CONSELHO EDITORIAL

Presidente

Antonio Almeida (in memoriam)

Coordenação da Editora Kelps

Waldeci Barros

Leandro Almeida

Conselho Editorial

Prof. Dr. Angel Marcos Dios (Universidad Salamanca – Espanha)

Prof. Dr. Antonio Donizeti Cruz (UNIOESTE, PR)

Profa. Dra. Bertha Roja Lopez (Universidade Nacional do Peru)

Profa. Dra. Berta Leni Costa Cardoso (UNEB)

Escritor Brasigóis Felício (AGL)

Prof. Dr. Divino José Pinto (PUC Goiás)

Profa. Dra. Catherine Dumas (Sorbonne Paris 3)

Prof. Dr. Francisco Itami Campos (Universidade Evangélica de Goiás e AGL)

Prof. Dr. Iêdo Oliveira (UFPe)

Profa. Dra. Ivonete Coutinho (Universidade Federal do Pará)

Profa. Dra. Lacy Guaraciaba Machado (PUC Goiás)

Profa. Dra. Maria de Fátima Gonçalves Lima (PUC Goiás e AGL)

Profa. Dra. Maria Isabel do Amaral Antunes Vaz Ponce de Leão

(Universidade Fernando Pessoa. PT)

Escritora Sandra Rosa (AGNL)

Profa. Dra. Simone Gorete Machado (USP)

Escritor Ubirajara Galli (AGL)

Escritor revisor Prof. Dr. Antônio C. M. Lopes

CLEULER BARBOSA DAS NEVES
GISELE GOMES MATOS
GABRIEL MARCONI DE CAMPOS MOURA
ORGANIZADORES

RLEX

GRADUANDO A PESQUISA EM DIREITO



PPGDP

Programa de Pós-Graduação
em Direito e Políticas Públicas



UFG

UNIVERSIDADE
FEDERAL DE GOIÁS

Goiânia, Goiás, Brasil
Kelps, 2021

Copyright © 2021 by RLEX graduando a pesquisa em direito

Editora Kelps

Rua 19 n° 100 — St. Marechal Rondon— CEP 74.560-460 — Goiânia — GO

Fone: (62) 3211-1616 – Fax: (62) 3211-1075

E-mail: kelps@kelps.com.br / homepage: www.kelps.com.br

Diagramação: Marcos Dignes

mcdignes@hotmail.com

CIP – Brasil – Catalogação na Fonte

DARTONY DIOCENT.SANTOS – CRB-I (1ª Região) 3294

R627

RELEX, Graduando a pesquisa em direito. - Cleuler Barbosa das Neves, Gisele Gomes Matos, Gabriel Marconi de Campos Moura, (orgs.) – Goiânia / Kelps, 2021.

377 p.: – il.

ISBN:978-65-84533-83-7

I. Artigo. 2. Estudantes. 3. Pesquisa. 4. Direito. I. Título.

CDU:340

DIREITOS RESERVADOS

É proibida a reprodução total ou parcial da obra, de qualquer forma ou por qualquer meio, sem a autorização prévia e por escrito dos autores. A violação dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

2021

Apresentação:

Este *Ebook* é fruto de pesquisa realizada pelos discentes da graduação da Faculdade de Direito da UFG no ano de 2019, sob orientação do Professor Dr. Cleuler Barbosa das Neves, na disciplina Metodologia da Pesquisa em Direito - MPD.

Nota-se uma carência na produção científica quando se observa a proporção de graduandos da Faculdade de Direito da UFG que participam de programas de iniciação científica, como PIBIC/PIVIC.

Por outro lado, os periódicos científicos mais qualificados costumemente exigem que os autores sejam pelo menos mestres ou mestrandos.

Ou seja, há bem pouco, quase nenhum, estímulo para a produção científica na graduação numa escala mais abrangente, que alcançasse a maioria dos estudantes nessa condição inicial.

Mesmo porque o aprendizado pela prática da pesquisa é daqueles que concorre diretamente para conferir ao graduando autonomia para aprender a aprender, essa habilidade que deveria ser buscada desde o mais fundamental estágio do processo de ensino-aprendizagem.

Buscando reduzir esse abismo concebeu-se um projeto denominado *RLex*, a criação de um periódico voltado para dar vazão à produção científica de qualidade da graduação, ou seja, em que não haveria a exigência de publicar juntamente com alguém já titulado (mestre ou doutor), como mecanismo para estimular os

graduandos a buscarem o profícuo caminho da pesquisa científica.

Outra meta da *RLex* era estimular a pesquisa empírica no campo do Direito, notadamente na sua confluência com as Políticas Públicas.

Esse projeto de extensão mais ousado não logrou êxito.

Todavia, buscou-se um meio de concretizar ao menos uma primeira publicação, não periódica, com o mesmo título *RLex: graduando a pesquisa científica*; como forma de chamar a atenção para esse projeto e sua proposta, na esperança que se espraie.

Foi assim que, no ano de 2019, quando ministrei a disciplina Metodologia da Pesquisa em Direito - MPD, matutino e noturno, na Faculdade de Direito da UFG, que contemplei a proposta de confecção de um projeto de pesquisa e de sua execução, em grupo, para redação de um artigo científico.

O presente livro é fruto desse plano de ensino em que a prática da pesquisa foi privilegiada; daí a variedade dos assuntos, temas e problemas, sendo que os treze melhores artigos foram por mim selecionados.

A demora na publicação decorreu da falta de recursos, que só saiu porque decorreu de autofinanciamento.

Espero que esse contributo sirva de estímulo para seguirmos *graduando a pesquisa científica* e de esperança para que *RLex* venha tornar-se um periódico, radicado na presente proposta.

Prof. Dr. Cleuler Barbosa das Neves

Goiânia, 19 de novembro de 2021

Organizadores:

Cleuler Barbosa das Neves

Doutor em Ciências Ambientais pela UFG. Mestre em Direito Agrário pela UFG. Professor permanente no Programa de Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas - PPGDP da UFG e na graduação em Direito da UFG. Procurador do Estado de Goiás.

Gisele Gomes Matos

Doutoranda em Direito pelo UniCeub. Mestre em Direito e Políticas Públicas pela UFG. Oficiala de Justiça TJGO.

Gabriel Marconi de Campos Moura

Graduando em Direito UFG. Monitor na disciplina Metodologia da Pesquisa em Direito na Faculdade de Direito da UFG. Assistente Jurídico da Datalawyer.

Autores:

Alexandre Montagnini de Santana: Graduando em Direito na UFG. Gerente de Projetos da Ex Lege Júnior, Empresa Júnior da Faculdade de Direito da UFG.

Allan Bentley: Graduando em Direito na UFG. Estagiário na Defensoria Pública do Estado de Goiás.

Ana Alice Borges Camelo Bueno: Graduanda em Direito na UFG.

Ana Carolina Carvalho Alba Gomes: Graduanda em Direito na UFG. Estagiária no Núcleo de Família e Sucessões da Defensoria Pública de Goiás (Aparecida de Goiânia).

Auzerina Melo Duarte Ribeiro: Graduanda em Direito na UFG.

Bárbara Soares Peres: Graduanda em Direito na UFG. Estagiária nas áreas de Direito Cível e Tributário.

Breno Gomes Dutra: Graduando em Direito na UFG.

Bruna Vander Medeiros da Silva: Graduando em Direito na UFG. Estagiária na Defensoria Pública de Goiás.

Bruno José de Moraes: Graduando em Direito na UFG. Integrante do núcleo de Estudo em Mediação e Negociação e do Time de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFG. Estagiário no IBS (escritório de advocacia).

Carlos Alberto Vaz de Vilhena Coelho Júnior: Graduando em Direito na UFG. Homenageado com o Prêmio Calouro Destaque (2018).

Carlos Hiago da Silva Ferreira: Graduando em Direito na UFG.

Caroline Marques Rodrigues: Graduanda em Direito na UFG.

Cynthia Rosa: Graduanda em Direito na UFG. Estagiária na Defensoria Pública do Estado de Goiás.

Daniel Neves de Rezende Rodrigues: Graduando em Direito na UFG. Membro competidor do Grupo de Estudos em Direito Arbitral da UFG.

Déborah Borges Ribeiro: Graduanda em Direito na UFG.

Fhelipe Oliveira de Almeida Souza: Graduando em Direito na UFG.

Gabriel Braga Ribeiro Baleeiro: Graduando em Direito na UFG. Membro do Núcleo de Assessoria Universitária Popular Pedro Nascimento (NAJUP PN). Estagiário do Núcleo de Execução Penal da Defensoria Pública de Goiás. Membro do Centro Acadêmico XI de Maio.

Gabriela Borges Barbosa: Graduanda em Direito na UFG. Membro do Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular (NA-JUP - Pedro Nascimento).

Gabriela Nascimento de Souza: Graduanda em Direito na UFG. Estagiária na Defensoria Pública do Estado de Goiás.

Henrique Segatto Mota: Graduando em Direito na UFG. Estagiário da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Goiás.

Igor Oliveira Gomes: Graduando em Direito na UFG.

Isabella Bueno Soares: Graduanda em Direito na UFG.

Isabella Santana Léda: Graduanda em Direito na UFG. Estagiária na Diretoria Jurídica da Confederação Nacional das Indústrias.

Janaina Gonçalves Mendes: Graduanda em Direito na UFG.

Juliana de Pádua Peleja: Graduanda em Direito na UFG. Pesquisadora CNPq sobre Sistema Interamericano de Direitos Humanos (2018-2019). Estagiária na Defensoria Pública do Estado de Goiás.

Laira Saldanha Guimarães: Graduanda em Direito na UFG. Estagiária no Núcleo de Família e Sucessões da Defensoria Pública de Goiás (Aparecida de Goiânia). Membro-fundadora da Liga Acadêmica de Métodos Adequados para Solução de Conflitos (LAMASC - UFG).

Lara da Silva Santos: Graduanda em Direito na UFG.

Lucas Alves de Barros Araújo: Graduando em Direito na UFG.

Marcelo dos Santos Simões: Graduando em Direito na UFG.

Marco Aurélio Alves Faleiro Filho: Graduando em Direito na UFG. Bacharel em Comunicação Social pela UFG.

Marcus Vinícius Gonçalves de Siqueira: Graduando em Direito na UFG.

Maria Salgado Rodrigues: Graduanda em Direito na UFG. Pesquisadora CNPq em Direitos Humanos (2019-2020). Pesquisadora CNPq em Direito e Políticas Públicas (2020).

Maria Vitória Carvalho Morais Cardoso: Graduanda em Direito na UFG.

Monique Pereira Paiva: Graduanda em Direito na UFG.

Pedro Paulo Vieira Souza: Graduando em Direito na UFG.

Rosana de Paula Lucas: Graduanda em Direito na UFG. Graduada em Letras - Língua Portuguesa e Literatura Brasileira (UFMT-2009). Graduada em Letras - Língua Inglesa (UFG-2014).

Tatiely Pereira Belém: Graduanda em Direito na UFG.

Thauana Thayná Araújo de Melo: Graduanda em Direito na UFG. Estagiária da Vara de Família e Sucessões da Defensoria Pública do Estado de Goiás. Diretora da Associação Acadêmica, Atlética e Científica dos Estudantes de Direito da UFG.

Vitor Humberto Lobo de Sousa: Graduando em Direito na UFG.

Willian Adão Rabelo: Graduando em Direito na UFG. Graduado em Tecnologia de Processamento de Dados pela UFG. Pós-graduado em Informática Pericial pelo IPOG. Gestor Governamental do Estado de Goiás.

SUMÁRIO

5 APRESENTAÇÃO:

7 ORGANIZADORES:

8 AUTORES:

17 ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS COMO EFETIVAÇÃO DOS CONTEÚDOS MÍNIMOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Caroline Marques Rodrigues

Lara da Silva Santos

Marcus Vinícius Gonçalves de Siqueira

41 ANÁLISE LEGAL, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL QUANDO HOVER CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE

Isabella Bueno Soares

Breno Gomes Dutra

Monique Pereira Paiva

71 O ASPECTO ECONÔMICO COMO OBSTÁCULO NO ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE SOBRE AS FORMAS DE ADENTRAR COM UM PROCESSO JURÍDICO E SUAS DIFICULDADES PERANTE O ÂMBITO ECONÔMICO

Carlos Hiago da Silva Ferreira

Gabriela Nascimento de Souza

Lucas Alves de Barros Araújo

101 ASPECTOS JURÍDICOS RELATIVOS À AMAMENTAÇÃO NA PRISÃO E A PROMOÇÃO DESTE DIREITO NA PENITENCIÁRIA FEMININA CONSUELO NASSER NA CIDADE DE APARECIDA DE GOIANIA NOS ANOS 2018 E 2019

Carlos Alberto Vaz de Vilhena Coelho Júnior

Juliana de Pádua Peleja

Willian Adão Rabelo

144 COMO A APROVAÇÃO DA “PEC DA VIDA” PODERIA ATINGIR A PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO NO BRASIL?

Igor Oliveira Gomes

Fhelipe Oliveira de Almeida Souza

Marco Aurélio Alves Faleiro Filho

Vitor Humberto Lobo De Sousa

162 DIREITOS PARENTAIS: EXISTE LICENÇA PATERNIDADE NO BRASIL?

Ana Carolina Carvalho Alba Gomes

Laira Saldanha Guimarães

184 HABEAS CORPUS 84.078 e 126.292: A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A PRESUNÇÃO DE INOCENCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Alexandre Montagnini De Santana

Henrique Segatto Mota

Pedro Paulo Vieira Souza

213 HISTÓRICO ESCRAVISTA E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O ENCARCERAMENTO EM MASSA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS REALIDADES CARCERÁRIAS BRASILEIRA E NORTE-AMERICANA

Bruna Vander Medeiros da Silva

Déborah Borges Ribeiro

Isabella Santana Léda

231 LEI MARIA DA PENHA ENQUANTO ELEMENTO CONSOLIDADOR DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Bárbara Soares Peres

Gabriela Borges Barbosa

Janaina Gonçalves Mendes

Maria Salgado Rodrigues

267 LIMITE DE ACESSO AOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS: ABUSO NA RELAÇÃO DE TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DA LEI 13.709/2018

Bruno José de Moraes

Daniel Neves de Rezende Rodrigues

Maria Vitória Carvalho Moraes Cardoso

302 O MOVIMENTO ESCOLA SEM PARTIDO E OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DO PL 193/2016 E SUAS POSSÍVEIS ANTINOMIAS COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Gabriel Braga Ribeiro Baleeiro

Rosana de Paula Lucas

Thauana Thayná Araújo de Melo

332 TRATAMENTO DE ELETROCHOQUE: VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS OU ALTERNATIVA TERAPÊUTICA?

Allan Bentley

Cynthia Rosa

Tatiely Belém

357 VIOLÊNCIA SIMBÓLICA NOS EMPREENDIMENTOS DE HABITAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL DO MUNICÍPIO DE GOIÂNIA E A POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO: ESTUDO DO CASO DA MACROÁREA DOS JARDINS DO CERRADO VII

Ana Alice Borges Camelo Bueno

Auzerina Melo Duarte Ribeiro

Marcelo dos Santos Simões

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS COMO EFETIVAÇÃO DOS CONTEÚDOS MÍNIMOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Caroline Marques Rodrigues

Lara da Silva Santos

Marcus Vinícius Gonçalves de Siqueira

RESUMO

É sabido que hodiernamente novos arranjos familiares coexistem na realidade brasileira. A sociedade acaba por evoluir em ritmo no qual o direito não consegue acompanhar. Assim, muitos institutos precisam ser revistos e interpretados pela corte em virtude da ausência de norma definidora. No caso de adoção de menores pelo que se vem entendendo por novo modelo familiar tomou-se por base a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132/RJ, que legitimou constitucionalmente a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. Em um primeiro momento, apresentam-se a contextualização do tema atualmente. Posteriormente, versou-se sobre a dignidade da pessoa humana segundo Luís Roberto Barroso, atual ministro do Supremo Tribunal Federal. Por fim, observa-se dois dos principais problemas enfrentados na adoção por casais homoafetivos e como tais problemas são vistos de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana ainda segundo Barroso.

Palavras-chave: adoção; casais homoafetivos; dignidade da pessoa humana; Barroso

1 INTRODUÇÃO

Condizentes com a relevância social vinculada à atitude de adotar, as implicações jurídicas decorrentes do instituto da adoção deparam-se frequentemente com complexidades da realidade fática que não podem ser ignoradas, sob pena de inoperar os direitos inerentes tanto aos adotantes quanto aos adotados. Sob essa perspectiva, a possibilidade de adoção por casais homoafetivos revela-se como uma das questões mais latentes no âmbito jurídico, sobretudo pela necessidade de os entes julgadores precisarem atuar hermeneuticamente e fundamentados em princípios para solucionar as pretensões reais desse tipo de adoção, dada a omissão legal em relação ao assunto.

No contexto nacional, a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos tornou-se juridicamente possível com a legitimação constitucional da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 132/RJ, Relator: Ministro Ayres Brito, DJe 04/05/2011) e a consequente extensão de alguns direitos inicialmente atribuídos outrora somente a casais heteroafetivos àqueles. Mesmo diante da omissão do Legislativo quanto à positivação e normatização dos direitos homoafetivos, o Judiciário vem assegurando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, afetividade, solidariedade, pluralismo das famílias, não discriminação e no melhor interesse da criança e do adolescente para atender às tutelas relativas a adoção por casais homoafetivos.

Apesar de não haver qualquer vedação no ordenamento jurídico para a adoção por casal homossexual, sabe-se que dois argumentos principais foram e são consideravelmente influentes e obstaculizantes quando a pretensão desses casais é a adoção. O primeiro deles alega que a convivência com o casal homoafetivo influenciaria a orientação sexual da criança e do adolescente,

no sentido de estabelecer uma tendência dos menores “optarem” pela homossexualidade. O outro refere-se às severas discriminações que o adotado sofreria por ser visto pela sociedade com a figura de dois pais ou de duas mães.

Diante dessas circunstâncias que influenciam a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, o presente artigo se propõe a analisar juridicamente a situação em questão, mais especificamente, examinar o instituto da adoção e seus requisitos frente à pretensão de adoção por casais homoafetivos, explicar a teoria dos conteúdos mínimos da dignidade da pessoa humana e, por fim, verificar a correspondência ou não entre esses conteúdos mínimos e dois dos principais argumentos que dificultam a adoção por esses casais: a ideia de que o adotado será tendenciado na sua orientação sexual e a de que o adotado sofrerá discriminações por ter a figura de dois pais ou de duas mães.

Para tanto, a pesquisa bibliográfica e o método indutivo foram os métodos de análise/abordagem predominantes na presente pesquisa. Ademais, as diretrizes oferecidas por Luís Roberto Barroso sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo no texto “A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação”, compõem o referencial teórico norteador desta pesquisa que se propõe a analisar uma questão tão dependente de princípios para resolução dos casos fáticos.

2 CONTEXTO ATUAL DE ADOÇÃO

2.1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

Caio Mário da Silva Pereira conceitua a adoção como sendo um ato jurídico em que uma pessoa recebe outro como filho,

independentemente de existir entre elas qualquer parentesco consanguíneo ou afim (2000, p. 211), ainda nos moldes do Código Civil de 1916. A adoção para Orlando Gomes é um ato jurídico que é estabelecido, independentemente do fato natural da procriação sendo, portanto, uma ficção legal que permite a duas pessoas um laço de parentesco do primeiro grau na linha reta (2002, p. 369), criando laços familiares perpétuos.

Para Maria Berenice Dias a adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial, criando um vínculo fictício de filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica (2007, p. 426), possuindo os filhos adotivos direitos e deveres de qualquer filho.

A adoção é uma modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural, sendo conhecida como filiação civil porque não resulta de uma relação biológica, mas sim de uma manifestação de vontade sustentada em uma relação afetiva entre o adotante e adotado (VENOSA, 2003, p. 315). Portanto, a pessoa passar ter status de filho independentemente de uma relação biológica.

A finalidade da adoção foi transformada ao longo do tempo, visto que adoção no Código Civil de 1916 tinha por objetivo dar a um casal sem filhos uma possibilidade de criar uma criança e adolescente e tê-lo como filho, sendo que posteriormente tal finalidade foi modificada tendo em vista o melhor interesse do menor (VENOSA, 2003, p. 316). Assim, a adoção passa a colocar em primeiro lugar o bem-estar e interesse do adotado em relação aos adotantes.

A adoção significa mais do que a busca de uma família para uma criança e adolescente. Foi abandonada à concepção tradicional que tinha prevalência da busca de uma criança para uma

família (DIAS, 2007, p. 427), com isso a finalidade da adoção passou a ser a demonstração do melhor interesse da criança. Caroline Ramos afirma que a finalidade da adoção visa à satisfação de ambas as partes, ou seja, objetiva tanto a realização do desejo de uma pessoa que não pode ter um filho biologicamente ou geneticamente, como também por motivos de ordem pessoal, além do interesse que uma criança e adolescente possui no sentido de possui um lar digno de seus direitos (2006, p. 26), ou seja, as finalidades são de ambas as partes, mas priorizando sempre o interesse do menor.

2.2 OS REQUISITOS PARA A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

A adoção é hoje regulamentada no Brasil pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/90), amparado pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CF/88) e pelo Código Civil (CC/02) (SILVA, 2010; DANTAS, 2009). Observando o princípio do melhor interesse do menor, os requisitos previstos pelo ECA são os que devem ser aplicados ao caso concreto e apenas subsidiariamente os mencionados pelo Código Civil.

Como primeiro requisito cabe destacar a vontade dos adotantes, tendo em vista que é óbvio que a adoção só ocorrerá quando o casal manifesta interesse em cuidar de uma criança ou adolescente como filho. Portanto, este talvez seja o requisito mais importante.

O ECA prevê que o adotando deve ter no máximo 18 anos na data do pedido, exceto quando já esteja sob a guarda ou tutela dos adotantes, conforme previsão do artigo 40 do dispositivo. Tal escolha do legislador se deve a atenção ao alcance da idade adulta

pelo adotando, uma vez que atingindo a maior idade já poderá responder por si. Nesse caso, querendo o indivíduo ser adotado deverá se submeter às regras do Código Civil, com exceção para aqueles com idade entre 18 e 21 anos que ainda poderão ser protegidos pelo ECA.

O artigo 2º do estatuto prevê que até os 12 anos de idade incompletos a pessoa é considerada criança. Após atingir tal idade, o adotante deverá obrigatoriamente ser ouvido e consentir com a adoção para que esta possa se concretizar, como menciona o artigos 45, §2º do ECA e 1.621 do CC.

Ademais, segundo os artigos 45, §1º do ECA e 1.624 do CC é necessário o consentimento dos pais naturais para a adoção de seus filhos, exceto quando estes foram destituídos do poder familiar ou forem desconhecidos. Quanto ao consentimento dos pais ou representantes legais do menor, ainda, o artigo 1.621, §2º do CC prevê que poderá ser revogado até a sentença constitutiva da ação de adoção. O legislador embasa o referido artigo na ideia de que a criança e o adolescente devem permanecer em regra com a família natural.

Quanto à idade mínima do adotante, apesar de o ECA estabelecer que seja 21 anos baseando-se na maioridade civil do Código Civil de 1916, a idade mínima exigida é de 18 anos desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que, portanto, derogou o artigo 42 do referido estatuto. Sendo um casal de adotantes, basta que um deles seja maior e capaz, no entanto, é necessária a comprovação de que a família é estável, conforme preleciona o parágrafo único do artigo 1.618, CC.

Ainda quanto à idade, o artigo 42, §3º do ECA e o artigo 1.619 do CC determinam que o adotante deve ser, no mínimo, 16 anos mais velho que o adotado. O legislador visa que a adoção se

assemelhe à filiação natural, evitando, assim, qualquer discriminação da criança por ser adotada. Nesse sentido, podemos mencionar o artigo 1.517, CC que autoriza o casamento de jovens maiores de 16 anos, autorizando também implicitamente a possibilidade de serem pais a partir desta idade.

Outro requisito previsto é o estágio de convivência entre o adotante e o adotado, a fim de que possam estreitar os laços afetivos e, assim, evitar que os pais se arrependam da adoção. O artigo 46 do ECA regula o estágio de convivência e considera em seu § 1º a possibilidade de dispensa, vejamos:

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

O estágio de convivência deve ser realizado antes de proferida a sentença constitutiva da adoção para avaliar a adaptação da criança ao novo lar, bem como dos pais ao adotado. Esse será um período supervisionado por alguns profissionais que avaliarão a adaptação do menor, a estabilidade da família, a forma como a criança é tratada, além de outras questões determinadas pelo juiz competente como preleciona o artigo 167, ECA.

Diante desses requisitos gerais para a adoção e do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da união estável homoafetiva como entidade familiar (com os mesmos direitos patrimoniais, sucessórios, previdenciários e alimentícios que os

casais que vivem em união estável heterossexual), os tribunais mais humanizados vêm deferindo a adoção homoafetiva. Impossibilitados de ficarem inertes às mudanças sociais, os magistrados orientam suas decisões pelo realismo jurídico e pelos princípios constitucionais para deferir o direito a adoção aos casais homoafetivos.

3 CONTEÚDOS MÍNIMOS DA IDEIA DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Quando se percebe a dignidade da pessoa humana como uma categoria jurídica, entende-se a importância de definir seus conteúdos mínimos, de forma a guiar a interpretação e a aplicação desse preceito e torná-lo o menos arbitrário possível. Para tanto, Luis Roberto Barroso propõe a laicidade e a neutralidade política como meios de afastar a dignidade da pessoa humana de influências religiosas ou ideológicas, de forma a não ser utilizada com o intuito de legitimar determinados ideais. A finalidade que se busca é a de tornar esses conteúdos universais, sendo aplicáveis a todas as sociedades e a qualquer ser humano, onde quer que se encontrem ou por mais diferentes que sejam.

3.1 TRÊS ELEMENTOS ESSENCIAIS À DIGNIDADE

3.1.1 VALOR INTRÍNSECO DA PESSOA HUMANA

O valor instrínseco da pessoa humana é o que difere os indivíduos das coisas. Trata-se de algo que está acima de qualquer preço e que indepente das circunstâncias pessoais de cada um. Por ser intrínseco, não pode ser concedido, retirado ou substituído. Desse modo, independentemente da conduta de quem a possui, ela não pode ser perdida. Tal conceito é juridicamente aplicado a

diversos direitos fundamentais: vida, igualdade, integridade física e integridade moral ou psíquica.

Quanto ao direito à vida, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1968, dispõe que “o direito à vida é inerente à pessoa humana”, sendo que “este direito deverá ser protegido pela lei”, além de afirmar que “ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”. Esse direito é por vezes referido sob um modo qualificado, num sentido amplo, a abranger não apenas a preservação da existência física, mas designando, além disso, um direito a uma vida digna. Essa expressão abarcaria o direito a alimentação, habitação, vestuário, educação elementar, entre outras pretensões. Desse modo, seria dever do Estado agir para preservar a vida em si mesma e com determinado grau de qualidade, sobretudo nos casos em que o seu titular se acha mais vulnerável, como no caso das crianças. A Constituição, no art. 227, dispõe ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida”.

No que diz respeito à igualdade, a afirmação de que todos são iguais perante a lei não pode ser compreendida como uma realidade, mas, sim, como uma reivindicação, de modo que a igualdade constitui uma exigência socialmente e politicamente construída. No plano jurídico, se traduz em um dever ser, proibindo qualquer tipo de discriminação arbitrária e contrária à igual dignidade de cada ser humano e buscando igual respeito e consideração, inclusive de suas qualidades e circunstâncias pessoais, independente de cor, raça, sexo, religião ou qualquer outra condição, ou seja, respeitando a diversidade e a identidade de grupos sociais minoritários. É possível perceber, então, como o princípio da dignidade da pessoa humana passou a integrar a própria concepção de igualdade constitucional.

A integridade física permite ao ser humano exercer a sua liberdade de ir e vir com segurança, sendo fundamento para a proibição de tortura, penas cruéis, tráfico de pessoas, trabalho escravo ou forçado, etc. Assim, o direito à integridade física abarca a esfera externa pessoal, ou seja, a esfera corporal no sentido biológico. Já a integridade psíquica, envolve a sensibilidade à dor e ao sofrimento psíquico, além de permitir ao indivíduo exercer a sua liberdade de pensamento com consciência e vontade. Pode-se considerar, então, que os direitos às integridades física e psíquica possuem, em parte, o mesmo objeto, sendo, ainda, muito próximas do direito à vida.

3.1.2 AUTONOMIA DA VONTADE

O segundo conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana que Barroso cita é a autonomia da vontade. Esse representaria a capacidade de autodeterminação do indivíduo, ou seja, a liberdade que cada um deve ter para guiar a própria vida e constituir sua personalidade. Para tanto, é necessário que decisões de cunho pessoal como religião, vida afetiva ou mesmo ideologia, por exemplo, sejam tomadas sem interferências externas.

Para que seja possível a efetivação da autodeterminação do indivíduo, é preciso que sejam dadas as condições para tal. Isso porque, o que se vê na realidade, é a limitação da própria formação do indivíduo pelo contexto no qual ele se encontra. Aqui, é possível retomar à questão da igualdade, seja ela financeira, social, racial ou mesmo quanto ao sexo, já que define as possibilidades de decisão e escolha. Destaca-se, então, a importância da ideia de mínimo existencial, que, para Barroso (p. 25): “Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica”. Porém, é importante lembrar que o mínimo

existencial não trata apenas de garantir ao ser humano um “mínimo vital”, mas um mínimo de qualidade vida, o qual lhe permita viver com dignidade, tendo a oportunidade de exercer a sua liberdade no plano individual (perante si mesmo) e social (perante a comunidade onde se encontra inserido).

Eis a ideia de garantir a todo ser humano uma “segurança básica”, consistente em um mínimo existencial que lhe deve ser garantido, através da proteção da sua integridade física e psíquica em todas as suas dimensões, mediante a oferta de uma assistência social, permitindo que qualquer indivíduo possa viver a sua vida de forma digna, autodeterminada e livre. (GOSEPATH, 2013, p. 79-80).

Dentre as garantias mínimas, pode-se citar o direito à educação básica — inclui o ensino fundamental ao ensino médio —, a saúde essencial — acesso à água potável, ao saneamento básico, atendimento materno-infantil, medicinas preventivas, curativas e prevenção epidemiológica —, a assistência aos desamparados — inclui-se, aqui, alimentação, abrigo, vestuário, renda mínima, aspectos da previdência social e lazer — e o acesso à justiça — instrumento de garantia de direitos violados.

3.1.3 VALOR COMUNITÁRIO

Este último elemento diz respeito à relação entre sujeito e grupo. Importa em como a dignidade da pessoa humana influencia e molda a dinâmica da comunidade em geral. O valor comunitário é uma limitação externa às liberdades individuais, buscando a proteção do próprio sujeito, com base em valores socialmente compartilhados. Desse modo, em alguns casos é considerada legítima a restrição à autonomia privada, sob a justificativa de pro-

teção de direitos de terceiros ou para imposição de valores. Há, porém, limites a essa restrição. São eles (Barroso, p. 30):

- a) Existência ou não de um direito fundamental em questão;
- b) Existência de consenso social forte em relação ao tema;
- c) Existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas.

A dignidade de um indivíduo jamais poderá ser suprimida, seja por ação própria ou de terceiros. Mas aspectos relevantes da dignidade poderão ser paralisados em determinadas situações. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de prisão legítima de um condenado criminalmente.

Diante do exposto, percebe-se que tal restrição não é discricionária, devendo se basear em requisitos pré-definidos e apresentados pelo próprio autor, sendo cabível apenas nesses casos.

4 PROBLEMAS:

4.1 A SEXUALIDADE DOS PAIS INFLUENCIARIA A DOS FILHOS?

4.1.1 VALOR INTRÍNSECO DA PESSOA HUMANA

Como já dito anteriormente, trata-se do elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser, ao que é comum e inerente a todos os seres humanos. É um valor que não tem preço, tais como a sensibilidade, a comunicação, etc. Ao considerar-se a adoção como sendo uma modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural, sendo conhecida como filiação civil porque não resulta de uma relação biológica, mas sim de uma manifestação de vontade

sustentada em uma relação afetiva entre o adotante e adotado (VENOSA, 2003, p. 315), temos que, a vontade e, mais importante, o sentimento de desejar um filho já é caracterizado como sendo um valor intrínseco da pessoa humana. Atualmente, foram feitas inúmeras pesquisas que mostram que a homossexualidade não é uma escolha, mas sim algo ligado em grande parte à genética. A APA traz em seus relatórios estudos importantes. Em 1992, o neurocientista Simon LeVay encontrou uma das primeiras evidências biológicas de que os homens gays já nascem gays: comprovou uma diferença no cérebro, na região do hipotálamo. Ele analisou o tecido de mulheres, homens heterossexuais e homens homossexuais. Outra pesquisa citada pela APA envolveu 3.261 gêmeos com idades entre 34 e 43 anos e aponta que análises quantitativas mostraram uma variação do comportamento atípico do gênero durante a infância e que a orientação sexual dos adultos é em parte devida à genética. Os autores deste estudo citam uma outra pesquisa holandesa, onde se observou o comportamento em gêmeos de 7 a 10 anos. Ela aponta que os fatores genéticos representam 70% da variação de orientação sexual tanto para meninos quanto para meninas, e que este fenômeno estava substancialmente ligado à homossexualidade. Há, ainda, outra evidência: durante o desenvolvimento fetal, a exposição a certos hormônios também tem um papel. Uma revisão de 2011 feita pelo cientista belga Jacques Balthazat concluiu que homossexuais foram, em média, expostos a atípicas condições endócrinas durante o desenvolvimento na gestação e que alterações endócrinas significativas durante a vida embrionária geralmente resultam em uma maior incidência de homossexualidade. A APA diz que a opinião preponderante da comunidade científica é que há um forte componente biológico na orientação sexual, e que interação genética, hormonal e fatores ambientais interagem para a orientação de uma pessoa.

Dessa forma, assim como a orientação sexual não é escolhida, o desejo de ser pai também não é, caracterizando, assim, o valor intrínseco da pessoa humana, algo pelo qual não se pode escolher entre ter ou não.

4.1.2 AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade é o direito que o indivíduo possui de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. É o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Ao se tratar da autonomia da vontade em relação a todos os seres humanos, de fato, não há o que discutir quanto ao direito destes, pois cada um tem seus objetivos, anseios e desejos que não podem ser subtraídos do indivíduo sem violar sua dignidade. Dessa forma, ao se tratar do tema adoção por casais homoafetivos, estes, ao desejarem aumentar sua família através da adoção, estão simplesmente exercendo a autonomia da vontade individual que possuem como seres humanos.

Ademais, como já explanado anteriormente, a autonomia da vontade na sua dimensão material enseja o direito à igualdade, quando preenchidas as condições para a autodeterminação sem interferências externas indevidas. Assim, casais homoafetivos têm, ou deveriam ter, os mesmos direitos dos casais heterossexuais pelo princípio da igualdade.

Acerca da questão de que a sexualidade dos pais influenciaria a sexualidade dos filhos, em se tratando da autonomia da vontade, se torna “irrelevante”. Não estamos dizendo que sim, influencia, ou que não, não influencia, mas sim que, como estamos tratando sobre a temática autonomia da vontade dos pais como efetivação da dignidade da pessoa humana, esse tema deverá ser

tratado em outra oportunidade. Assim, mesmo que de fato os filhos fossem influenciados pelos pais, ainda assim os pais estariam exercendo a autonomia da vontade, elemento determinante para a caracterização da dignidade da pessoa humana.

4.1.3 VALOR COMUNITÁRIO

Ao se abordar o valor comunitário, são levados em consideração os fatores positivos e negativos para a sociedade como um todo. Aqui, como já mencionado, o que está em questão não são as escolhas individuais, mas as responsabilidades e deveres a elas associados. Nesse sentido, assim como foi abordado no tema “valor intrínseco”, está comprovado cientificamente que não se escolhe ser homossexual ou heterossexual, sendo a genética o fator determinante para isso. Assim, da mesma forma que nos lares cuja família é monoparental, ou seja, formada por um homem, uma mulher e seus filhos, seja possível a atração dos filhos naturais por outros do mesmo sexo, acreditamos e defendemos a tese de que da mesma forma ocorreria em lares formados por casais homoafetivos, ou seja, que filhos cujos pais são homossexuais podem ser heterossexuais. Na verdade, filhos criados por casais de mesmo sexo podem ser até melhor educados que pais heterossexuais. Os pais gays “tendem a ser mais motivados, mais comprometidos do que os heterossexuais, na média, porque escolhem serem pais”, afirma a psicóloga Abbie Goldberg, que pesquisa esse tipo de caso. De acordo com ela, gays e lésbicas raramente viram pais por acidente, em comparação com quase 50% de gravidez acidental entre os heterossexuais. “Isso dá mais comprometimento e envolvimento, em geral”. E enquanto pesquisas indicam que os filhos de pais gays apresentam diferença quase nula de aprendizagem, saúde, funcionamento social e outras medidas, essas

crianças podem ter a vantagem de possuir uma mente mais aberta, tolerante e modelos de comportamento para relações igualitárias, de acordo com outros estudos. Em 2010, os sociólogos Tim Biblarz e Judith Stacey reviram quase todos os estudos sobre pais gays, e não descobriu nenhuma diferença entre crianças criadas em casas com pais heterossexuais e em casas com mães lésbicas. “Não há dúvida de que crianças com mães lésbicas vão crescer e ser ajustadas socialmente e obter sucesso como as crianças com pai e mãe”, afirma Stacey.

Ademais, segundo o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), atualmente, o sistema integrado do cadastro possui mais de 45 mil interessados em adotar e cerca de 9 mil crianças e adolescentes à espera de uma nova família. No entanto, muitos desafios atrapalham a efetividade nos processos de adoção no Brasil, entre eles: a incompatibilidade entre o perfil desejado pelos pretendentes e a realidade das crianças e adolescentes cadastrados, a burocracia e morosidade dos processos de adoção, que demandam tempo e investimento financeiro, e a idade das crianças desejadas. Um estudo de outubro de 2011, do Instituto de Adoção Evan B. Donaldson, descobriu que das adoções por homossexuais em mais de 300 agências, 10% das crianças tinham mais de seis anos – uma idade tipicamente difícil de ser adotada. Cerca de 25% tinha mais de três anos; 60% dos casais adotou raças diferentes, o que é importante já que crianças que são minorias tendem a se manter no sistema de adoção; e mais da metade das crianças adotadas tinham necessidades especiais.

De acordo com o autor David Brodzinsky, em seu artigo *Expending Resources for Children III*, o estudo não comparou as preferências adotivas dos heterossexuais, mas pesquisas sugerem que casais de mesmo sexo tendem a adotar crianças mais velhas,

com necessidades especiais e minorias. Parte disso poderia ser de suas preferências, e outra por causa da discriminação nas agências que coloca as crianças mais “difíceis” para os pais “menos desejados”. Dessa forma, o problema da idade para a adoção seria reduzido, contribuindo para a sociedade como um todo, restando ao Estado a realização de melhorias quanto à burocracia e morosidade dos processos de adoção. Assim, conclui-se que, quanto ao valor comunitário, a comunidade seria favorecida se casais homoafetivos adotassem crianças e adolescentes.

4.2 AS SEVERAS DISCRIMINAÇÕES QUE O ADOTADO SOFRERIA POR SER VISTO PELA SOCIEDADE COM A FIGURA DE DOIS PAIS OU DE DUAS MÃES SERIA IMPEDITIVO PARA A ADOÇÃO HOMOAFETIVA?

4.2.1 VALOR INTRÍNSECO DA PESSOA HUMANA

Sabe-se que, no plano jurídico, o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. Na perspectiva do direito à igualdade, todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto merecem igual respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião. Nesse sentido, o fato de ter como pais pessoas do mesmo sexo não implica “menor dignidade” ao adotado ou à família constituída. Ao se pensar em qual será a posição do menor adotado em relação ao feminino e ao masculino, fato é que não existe ainda um estudo concreto que diga ser negativa a estruturação da personalidade da criança dentro da modalidade de família homossexual. Importante é mencionar que uma criança deve ser criada em um ambiente estruturado, com amor e carinho, muitas vezes o que um lar de heterossexuais não tem a oferecer.

Desse mesmo direito à igualdade, decorrente do valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, exige-se o tratamento não-discriminatório na lei e perante a lei (igualdade formal), bem como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários, como condição para a dignidade individual (igualdade como reconhecimento). Portanto, a omissão do Legislativo quanto à positivação e normatização dos direitos homoafetivos revela-se como um aspecto objetivo que influencia e corrobora a visão negativa que o imaginário coletivo tem em relação à constituição familiar homoafetiva e, conseqüentemente, deve ser um dos focos das mudanças necessárias para que esse valor intrínseco seja melhor efetivado.

4.2.2 AUTONOMIA DA VONTADE

Segundo Luís Roberto Barroso, a dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Na perspectiva dos adotantes homossexuais, a manifestação do interesse em cuidar de uma criança ou adolescente como filho enquadra-se como um dos poderes de fazer valorações morais e escolhas existenciais personalíssimas. Entender que os casais homossexuais não deveriam adotar porque o adotado sofreria discriminações por ter a figura de dois pais ou de duas mães é estabelecer imposições externas e indevidas às escolhas existenciais desses indivíduos. Esse “argumento” limitador da adoção por casais homoafetivos defronta-se com a seguinte posição:

Aí se confunde sexualidade com função parental, como se a orientação sexual das figuras parentais fosse determinante na orientação sexual dos filhos. A função pa-

rental não está contida no sexo, e, sim, na forma como os adultos que estão no lugar de cuidadores lidam com as questões de poder e hierarquia no relacionamento com os filhos, com as questões relativas a problemas disciplinares, de controle de comportamento e de tomada de decisão. As atitudes que compõem a função parental são responsividade que favorece a individualidade e a autoafirmação por meio de apoio e aquiescência, exigência que nada mais é do que atitude de supervisão e de disciplina para com os filhos. Essas atitudes não estão relacionadas ao sexo das pessoas (CASTRO, 2008, p.24)

Na perspectiva do adotado, o conceito de mínimo existencial, vinculado à ideia de autonomia da vontade, merece maior destaque nesta análise da adoção por casais homoafetivos. Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica, precisa ter satisfeito o direito a determinadas prestações e utilidades elementares. Sabe-se que muitas das crianças e adolescentes que esperam pela adoção vêm de um lar com problemas sociais e econômicos e passam períodos consideravelmente longos em abrigos e orfanatos em condições longe das ideais. Para essas crianças e adolescentes, o carinho, o cuidado e o amor que receberão ao serem integrados a uma família se sobrepõem ao possível preconceito por terem como pais pessoas do mesmo sexo. Nota-se, portanto, que não há nada de proveitoso para a sociedade em se negar o direito de adoção aos casais homossexuais, sobretudo porque eles serão responsáveis por possibilitar aquele mínimo existencial a crianças e adolescentes que encontravam-se desamparados.

4.2.3 VALOR COMUNITÁRIO

A dignidade como valor comunitário abriga o elemento social da dignidade, analisa o indivíduo em relação ao grupo. Enquanto tradução de uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de vida boa, a dignidade como valor comunitário funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Tomando a sociedade em geral, a adoção por casais homoafetivos é um tema bastante polêmico que provoca discussões acaloradas seja de ordem jurídica, religiosa ou moral.

O preconceito em relação às famílias que têm pessoas do mesmo sexo como pais geralmente fundamenta-se na ideia de que a criança ou adolescente tem necessidade da presença da figura masculina e feminina para seu pleno desenvolvimento psicológico e para seu entendimento quanto à sexualidade. Baseia-se este argumento na Teoria do Esquema de Gêneros, que acredita que o “entendimento do gênero começa a se desenvolver na criança, assim que ela percebe as diferenças comportamentais entre homem e mulher.” Porém, de acordo com a psicanálise, a função paterna e a materna não é exercida apenas pela aparência, ou seja, pela forma física dos pais, mas, principalmente pela linguagem e pela função que cada um destes exerce na família, isto é, aquele que tem a delicadeza de cuidar no momento de uma enfermidade, aquele que tem rigidez necessária de dizer não em um momento de desobediência. Nesse sentido, a imposição coercitiva da família tradicional, com uma figura física masculina e uma feminina, como única possível para o desenvolvimento adequado de uma criança revela-se equivocada e, portanto, não deve ser um impeditivo para a adoção por casais homoafetivos. Analisando, enfim,

os requisitos propostos por Barroso — a) a existência ou não de um direito fundamental em questão; b) a existência de consenso social forte em relação ao tema; e c) a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas —, infere-se que a adoção por casais homoafetivos não se enquadra nos casos em que a imposição coercitiva de valores sociais deva barrar aspectos relevantes da dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou analisar a adoção por casais homoafetivos à luz dos conteúdos básicos da dignidade da pessoa humana, propostos por Luís Roberto Barroso no texto “A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação”, em seus desdobramentos: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia da vontade e valor comunitário. Sendo que tais elementos são essenciais para a garantia de que haja um norte para a solução de casos práticos, tirando a dignidade da pessoa humana da abstração e da discricionariedade de juristas.

Ao examinar a adoção por homossexuais, nota-se que há o preenchimento de diversos dos requisitos abordados por Barroso. O valor intrínseco da pessoa humana é, como já dito, juridicamente aplicado a diversos direitos fundamentais, como vida, igualdade, integridade física e integridade moral ou psíquica. Desse modo, a legalização para que esses casais possam adotar estaria apenas respeitando o valor intrínseco que a dignidade da pessoa humana apresenta como característica obrigatória. Além disso, a autonomia da vontade está intimamente ligada com a ideia de fazer valer um desejo do indivíduo, sendo que, é o valor comunitário que se apresenta como o principal empecilho

para que esse tipo de adoção ocorra. Isso porque é o corpo social em grande parte que se posiciona de forma contrária, utilizando, como visto, de dois principais argumentos: a sexualidade dos pais como influência para a dos filhos e que o adotado sofreria severas discriminações por ser visto pela sociedade com a figura de dois pais ou de duas mães.

Diante do que foi exposto e baseado nas pesquisas feitas, percebe-se que não há nada de proveitoso para a sociedade em se negar o direito de adoção aos casais homossexuais. Uma indicação para isto está no fato de que são eles os principais adotantes de crianças “marginalizadas” e menos quistas por casais heterossexuais. Como já mencionado, o estudo de outubro de 2011, do Instituto de Adoção Evan B. Donaldson, descobriu que das adoções por pais homossexuais em mais de 300 agências, 10% das crianças tinham mais de seis anos – uma idade tipicamente difícil de ser adotada. Cerca de 25% tinha mais de três anos; 60% dos casais adotou raças diferentes; e mais da metade das crianças adotadas tinham necessidades especiais.

Os principais argumentos utilizados por aqueles que se contrapõem a essa situação foram rebatidos com embasamento em pesquisas e dados coletados de fontes seguras, tornando-se evidente que o preconceito é o verdadeiro e principal motivo para que determinados grupos da sociedade não aceitem esse tipo de adoção e acabem se posicionando contrários. Dentre os argumentos rebatidos, destaca-se a possibilidade de crianças criadas por pais homossexuais terem sua sexualidade influenciada pelos pais. Como visto, baseado em diversas pesquisas que foram citadas, a homossexualidade não é uma escolha, mas sim algo ligado, em grande parte, à genética. Além disso, muitos argumentam que para que haja uma criação saudável dos filhos, faz-se necessário

a presença de uma figura masculina e uma feminina, contudo, como também explicado ao longo deste artigo, de acordo com a psicanálise, a função paterna e a materna não é exercida apenas pela aparência, mas através da figura e do papel que cada um representa dentro do ambiente familiar.

Desse modo, é possível notar como a falta de informação por parte de grande parcela da sociedade atua de forma negativa na vida dos casais homoafetivos adotantes, que acabam tendo sua liberdade cerceada, diante da dificuldade de constituir uma família com filhos. Fica, assim, evidente a importância que carrega tal discussão na atualidade, já que influi diretamente na vida tanto de casais que desejam adotar quanto de crianças que não possuem lar, nem família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

CIRQUEIRA, Amandah Kalita do Nascimento; SOARES, Deborah Layssa Barbosa; PASSOS, Natália Giolo; MACHADO, Ouriana Siriano De Freitas; ZANDONAI, Pollyanna Christina Gonçalves Sobrinho. **Adoção por casais homoafetivos na jurisprudência do STJ.** 2016. 22 f. Trabalho (Graduação) - Curso de Direito, Escola Superior Associada de Goiânia. Goiânia, 2016.

CIRQUEIRA, Amandah Kalita do Nascimento; SALES, Danielly Souza Moreira de; PASSOS, Natália Giolo; MACHADO, Ouriana Siriano De Freitas. **A adoção pelas chamadas novas famílias como efetivação da dignidade humana por meio da interpretação da decisão da adpf n. 132/rj.** 2017. 31 f. Trabalho (Graduação) - Curso de Direito, Escola Superior Associada de Goiânia. Goiânia, 2017.

CUNHA, Anna Mayara Oliveira. **Adoção por casais homoafetivos:** Do pre-

conceito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-79/adocao-por-casais-homoafetivos-do-preconceito-ao-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

DANTAS, Carolina. **7 perguntas sobre como a ciência vê a chamada ‘cura gay’**. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/7-perguntas-sobre-como-a-ciencia-ve-a-chamada-cura-gay.ghtml>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed.. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª ed. rev, e atual por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LINO, Francisca Dulcieline de Paula. **Adoção por casais homoafetivos: um direito do casal**. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55157/adocao-por-casais-homoafetivos-um-direito-do-casal>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

RAMOS, Caroline Félix. **Adoção por casais homoafetivos: a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos**. Disponível em:

<http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:nAP7gAs2X3oJ:portal2.unisul.br/content/navi_taconent_/userFiles/File/pagina_dos_cursos/direito_tubarao/monografias_2008a/Caroline_Felix_Ramos.pdf+caroline+ramos+A+POSSIBILIDADE+JUR%C3%8DDICA+DE+ADO%C3

%87%C3%83O+POR+CASAIS+HOMOAFETIVOS&hl=pt-

BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEShYPcmKUfdBsQYffIVnGIJ-Cz6Osg-fQFRUG23iAWHydMJqZevD5E_wKKAVhIQ1MpSZHNzZLKK0bnuA-DkFmSIEWTZpgFD_nFes8HMfdAmtZB0mOCE_dU-5sxyqpTBWKkt-67QINu&sig=AHIEtbQiH6gBEMuW5LVla6ifSIPgkhJBPQ>. Acesso em: 15 jun. 2019.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2003.

ANÁLISE LEGAL, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL QUANDO HOVER CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE

Isabella Bueno Soares¹

Breno Gomes Dutra²

Monique Pereira Paiva³

Resumo

O presente trabalho é uma análise legal, jurisprudencial e doutrinária acerca da possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal quando houver atenuantes na dosimetria e fixação da pena. Utilizando o método dialético argumentativo, objetiva-se abordar a tese alicerçada pela Súmula 231 do STJ e fazer uma contraposição com a antítese de que é possível a redução da pena abaixo do mínimo legal sustentada pelos princípios da legalidade das penas e do garantismo penal e pela teoria da dosimetria da pena. Assim, a busca da formulação de uma síntese sobre o assunto é prioridade devido a grande divergência jurídica.

Palavras-chave: Pena mínima. Dosimetria. Princípio da legalidade. Princípio do garantismo penal. Teoria da dosimetria da pena.

- 1 Isabella Bueno Soares- cursando graduação de Direito (início em 2018) na Universidade Federal de Goiás - Goiânia, Goiás. isabellabueno98@gmail.com
- 2 Breno Gomes Dutra- cursando graduação de Direito (início em 2018) na Universidade Federal de Goiás - Goiânia, Goiás. breno_gdutra@hotmail.com
- 3 Monique Pereira Paiva- cursando graduação de Direito (início em 2018) na Universidade Federal de Goiás - Goiânia, Goiás. monique.paiva98@gmail.com

1 Introdução

O artigo 68 do Código Penal brasileiro esclarece que na fixação da pena deverá ser utilizado o sistema trifásico, em que a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último as causas de diminuição e de aumento.

Ainda assim, o juiz deve aplicar a quantidade de pena, dentro dos limites previstos. Esses limites referem-se às penas mínimas e às máximas estabelecidas no Código. No entanto um questionamento pode ser feito: caso existam circunstâncias atenuantes, que diminuam a pena, o juiz pode fixar-la aquém do mínimo previsto no texto legal ?

Pode-se observar no campo jurídico que essa questão ainda não é um consenso entre os estudiosos. A jurisprudência e a doutrina divergem em muitos aspectos e as opiniões de juristas e de doutrinadores geram discussões constantes.

Essa divergência decorre do princípio da legalidade. O artigo 1º do Código Penal e o artigo 5º da Constituição Federal definem que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. É uma forma de controle, impedindo que o poder do Estado interfira na liberdade individual. Esse garantismo de direitos na legislação penal reforça a proteção do cidadão contra as arbitrariedades do Estado.

Há quem defenda que não é possível a fixação da pena abaixo do mínimo legal por violar o princípio da legalidade e esses apoiam-se na Súmula 231 do STJ que diz que “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Entre os doutrinadores que apoiam a

súmula estão Heleno Cláudio Fragoso⁴, Alberto Silva Franco⁵, Paulo José da Costa Júnior⁶, Celso Delmanto⁷, Weber Martins Batista⁸, Luiz Régis Prado⁹ e Cezar Roberto Bitencourt¹⁰.

Há também quem acredite que a pena pode ser fixada abaixo do mínimo legal por não violar o princípio da legalidade e entre eles estão os doutrinadores Damásio de Jesus¹¹, Ferrajoli¹², Edson O’Dwyer¹³, Salo de Carvalho¹⁴, Andrei Schmidt¹⁵, Paulo Queiroz¹⁶ e muitos outros.

O objetivo geral deste artigo é verificar a possibilidade, ou não, de redução da pena aquém do mínimo legal. Para isso, será necessário analisar as fontes de informação jurídica (tais como a lei, doutrina e jurisprudência) acerca da probabilidade de redução

4 Heleno Cláudio Fragoso (1926-1985) - foi um importante advogado criminal e jurista brasileiro.

5 Alberto Silva Franco - ex-desembargador e advogado brasileiro.

6 Paulo José da Costa Júnior (1925-2015) - foi advogado criminal e professor de direito penal na Universidade de São Paulo (USP).

7 Celso Delmanto (1937-1989) - foi um grande advogado criminalista brasileiro.

8 Weber Martins Batista (1927-2019) - foi desembargador e professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

9 Professor Titular de Direito Penal . Universidade Estadual de Maringá (UEM).

10 Cezar Roberto Bitencourt - Advogado Criminalista e Professor Universitário na PUCRS.

11 Damásio de Jesus é Advogado Criminalista, Parecerista e Chanceler da Faculdade de Direito Damásio.

12 Luigi Ferrajoli (Florença, 1940) é um jurista italiano e um dos principais teóricos do Garantismo, definindo-se a si próprio como um “juspositivista crítico”.

13 Edson Freire O’Dwyer é professor e advogado criminalista.

14 Salo de Carvalho - Professor Adjunto de Direito Penal, Faculdade Nacional de Direito (UFRJ) e professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unilasalle.

15 Andrei Zenkner Schmidt conselheiro do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, membro do conselho editorial - Revista Brasileira de Ciências Criminais e professor convidado - LFG

16 Paulo Queiroz - professor da UnB (Universidade de Brasília), Membro do Ministério Público Federal.

da pena e especificar os possíveis impactos da aplicação da pena abaixo do mínimo legal dentro do ordenamento jurídico.

O referencial teórico aqui estudado é o princípio do garantismo penal, juntamente com os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Por fim, o método utilizado é o dialético-argumentativo em busca de uma síntese para a compreensão de um sistema jurídico complexo cercado por princípios e regras de controle social que ainda hoje não é um consenso na comunidade jurídica.

2 Impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal

2.1 Súmula e Doutrina

A súmula 231 do STJ publicada em 1999 diz que “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, ou seja, apenas as causas de diminuição e aumento de pena poderiam exceder os limites estabelecidos nos tipos penais (COSTA, CALIAM. 2018).

As opiniões doutrinárias são muito parecidas com as jurisprudenciais e caminham para a mesma tese de que não é possível a redução da pena abaixo do mínimo legal em caso de atenuantes. Esses defensores (majoritários) da súmula, afirmam que a redução abaixo do mínimo viola o princípio da legalidade das penas.

A real preocupação desses operadores do direito é com a arbitrariedade dos juízes caso não houvesse um parâmetro de penas mínimas e máximas. Neste sentido, o jurista Paulo José da Costa Junior diz que “a aplicação das circunstâncias legais haverá de respeitar sempre os limites punitivos expressos no tipo. A adoção de posicionamento diverso equivaleria a trocar a certeza do

direito pelo arbítrio judicial” (COSTA, COSTA JÚNIOR. 1989). Esse arbítrio judicial chegaria ao extremo quando na aplicação da “pena zero” dando um ar de impunidade ao julgamento devido as atenuantes da segunda fase de fixação de pena.

Outro argumento usado pelos doutrinadores é que a diminuição da pena aquém do mínimo legal daria liberdade e abriria precedentes para que o juiz pudesse aumentar a pena em caso de agravante acima do máximo legal. Alberto Silva Franco¹⁷ considera isso como um “golpe mortal” ao princípio da legalidade das penas. Diferentemente das causas de aumento de pena, as agravantes não possuem um valor fixo de aumento, cabendo, portanto, ao juiz determinar o valor a ser aumentado. Dessa forma, por não ter limites legais poderia haver abuso de poder por parte do judiciário ao fixar penas muito maiores do que seria justo.

Esses doutrinadores reprovam fortemente o argumento de que antes da reforma do Código Penal de 1984, as circunstâncias atenuantes eram analisadas na fixação da pena base (primeira fase) e por isso cabiam dentro da norma que fixava os parâmetros de mínimo e de máximo legal. Além disso, a partir da reforma, o sistema trifásico entrou em vigor e as atenuantes e agravantes passaram a ser analisadas na fixação de pena provisória (segunda fase).

O jurista Damásio de Jesus discorre sobre como esse raciocínio não está correto:

Não é correta a afirmação de que antes da reforma penal de 1984 as circunstâncias atenuantes genéricas eram consideradas na fixação da pena-base. Na verdade, como história PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR,

17 FRANCO, Alberto Silva (apud SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR. Op. Cit., p. 281 e 282)

a lei era omissa, permitindo duas orientações (op. e loc. cit.). Para NÉLSON HUNGRIA, apoiado pelo STF, as circunstâncias atenuantes deviam ser levadas em conta na segunda fase, após a fixação da pena-base (critério trifásico). De acordo com ROBERTO LYRA, contando com a maioria da doutrina (MAGALHÃES NORONHA, SALGADO MARTINS, ANÍBAL BRUNO, BASILEU GARCIA e JOSÉ FREDERICO MARQUES), a pena-base resultava da incorporação das circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes numa só fase (critério bifásico). Na prática, os juízes nunca seguiram nenhuma das orientações, não obstante a insistência do STF em anular sentenças condenatórias sem fundamentação na dosagem da pena. Não há, pois, suporte histórico para se afirmar que, ao contrário do que antes ocorria, com o advento da reforma penal de 1984 as atenuantes podem baixar a pena aquém do mínimo abstrato em face do disposto no art. 59, II, do estatuto criminal. (DAMÁSIO DE JESUS. 1998. ISSN 1518-4862).

Para ele, esse único argumento não justifica a possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, pois não há suporte histórico para isso.

Por fim, analisando sob o prisma dos princípios, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt concorda com Damásio ao dizer que a redução da pena abaixo do mínimo legal viola o princípio da legalidade¹⁸. Esse assunto será estudado mais a fundo no tópico 2.2.1 deste artigo.

18 BITENCOURT. Op. Cit., p. 523

2.2 Recorte legal e principiológico

2.2.1 Respeito ao princípio da legalidade

O primeiro empecilho que é posto a redução da pena abaixo do mínimo legal seria o de ferimento do princípio da legalidade. Portando-se de tal modo, o juiz estaria contrariando o imposto pela lei, criando uma nova.

É relevante enfatizar que os distintos casos onde o princípio da legalidade é avocado e quais seriam os aparatos legais que estariam em detrimento da redução da pena abaixo do que foi previsto na lei.

Mediante o explicitado, a partir da análise do art.42 da arcaica Parte Geral do CP depreende à vedação abordada. De tal modo, por entender-se que o Magistrado deveria impor a pena observando as circunstâncias do delito, a partir das limitações previamente previstas, a diminuição aquém do mínimo estaria em contradição com o citado aparato.

De tal modo, o que fazia sentido na legislação anterior não é próspero na contemporaneidade, já que o texto do art. 59 do CP atual - que corresponde ao antigo art. 42 - não dá a possibilidade de uma interpretação indiferente em relação à terminologia *circunstâncias*. Efetivamente, enquanto o art. 59 tratou das especificidades das circunstâncias judiciais e delimitou-as a partir das limitações determinadas (art.59, II), as circunstâncias legais foram dispostas em dispositivos diferentes (arts. 61 e 62 – agravantes; arts. 65 e 66 – atenuantes).

Dessa maneira, a partir da esmiuçada análise do texto do art. 59, observa-se claramente que quando há abordagem do termo “circunstâncias” do crime, está a se referir das circunstâncias judiciais, as quais não compreendem as causas de aumento e diminuição da penalidade.

Até então existem vozes que argumentam a favor da infração ao art. 59 pela redução da pena abaixo de seu limite mínimo em decorrência da locução *dentro dos limites previstos* explicitada no inciso II supracitado artigo. Não demonstra ser esse, no entanto, a base primária da infração ao princípio da legalidade a que se relaciona os doutrinadores majoritários atualmente (FELDENS, 200?).

Um outro aparato recorrido como razão da vedação seria o art. 53 do Código Penal que determina que *as penas privativas de liberdade têm suas limitações estabelecidas na punição equivalente a cada tipo legal do crime*. Nesse aparato legal, estaria presente a negação implícita de que a pena deve ser atribuída dentro desses limites, impossibilitando sua redução aquém do mínimo a partir do reconhecimento de circunstâncias atenuantes.(FELDENS, 200?).

Ademais, ainda se prevê um posicionamento, disposto na jurisprudência, de que a diminuição aquém do mínimo estaria proibida a partir do fundamentado no art. 67 do Código Penal, que discorre acerca do concurso das circunstâncias agravantes e atenuantes. A afirmativa “*a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes*” estaria a discorrer sobre a intenção do legislador de não fugir daquilo é previsto em lei¹⁹.

19 O indigitado posicionamento emerge do voto proferido pelo Min. Hamilton Carvalhido, no julgamento do REsp 178.493/SP do Superior Tribunal de Justiça (j. 23.11.1999). No v. aresto, o MD. Ministro assim defendeu seu argumento: “É no Código o único trecho, espaço, onde se alude a um limite que existiria para essas circunstâncias denominadas legais, que são essas atenuantes e agravantes obrigatórias. Fincado, exatamente, nessa indicação de um limite que a própria lei faz, que conduz à interpretação de que um segundo movimento da individualização não pode ultrapassar o máximo, nem vir aquém do mínimo, é que realmente me firmei e perseverarei nesse entendimento de que, afastadas as causas de aumento ou de diminuição, a fixação da pena, quanto às duas fases: a do 59 e a da consideração das circunstâncias legais, não pode ser fixada aquém do mínimo legal, ou ainda além do seu limite máximo”

2.2.2 Possibilidade de aumento no caso de agravantes

Visualiza-se na doutrina receio de que, possivelmente, a possibilidade de diminuição abaixo do mínimo legal poderia fundamentar o aumento acima do máximo pressuposto na pena. De tal modo, se a lógica de aplicação para o princípio da legalidade não estaria contrariada na aplicação para baixo, logo não estaria afrontado na aplicação para cima.

Tal insegurança foi demonstrada por Alberto Silva Franco e Damásio Evangelista de Jesus²⁰, os quais, de acordo com a estreita interação entre a redução abaixo do mínimo e o acréscimo além do máximo, demonstrar o perigo que tal ponto de vista poderia ensejar para o endurecimento da punição.

Esse posicionamento se fundamenta claramente a partir do entendimento de que as delimitações legais – mínimas e máximas – têm rigorosamente a mesma finalidade para o âmbito jurídico, tese que não há de ser contrariada.

As delimitações penais do preceito subsidiário não possuem, em essência, a mesma finalidade jurídica. Em um posicionamento se observa no que concerne o referencial da culpabilidade abstrata, vislumbrada no desvalor da hipótese de conduta, se distinguem claramente em relação a garantia implícita acerca da limitação máxima de punição.

2.2.3 Segurança jurídica

Uma outra tese que fundamenta a inibição das circunstâncias legais as limitações dispostas no tipo penal seria a de que a possibilidade do Magistrado de avançar ou recuar para além dos liames legais levaria, possivelmente, a um capricho judicial (COSTA JÚNIOR, 1989) que poderia faci-

20 Jesus, Damásio Evangelista de. O juiz pode... cit., p. 3-4.

litar, até mesmo, a imposição de uma “pena zero” (JESUS, 1998).

Deveras, em concordância a partir do que foi postulado anteriormente, as causas de aumento e diminuição da pena delimitam a valoração da quantidade de oscilação da pena, em contramão das circunstâncias legais, as quais, por sua vez, a primórdio, podem ser variadas livremente pelo Juiz intérprete da norma.

Acerca do argumento, a priori deve-se apontar que o fato de não serem quantificadas permitem que o Magistrado aplique discricionariamente – e não arbitrariamente – a pena com a variância que entenda concernente ao caso concreto. No entanto, não se deve ignorar que o Juiz ainda é sujeito ao princípio da motivação, devendo fundamentar a pena aplicada, sob pena de ter nulidade de sua decisão.

2.3. Acerca do modo Jurisprudencial

Como todas as mudanças apresentadas na nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro, diversos doutrinadores notaram a nova tendência administrada pelo sistema trifásico de pena, o que instigou a nutrir a possibilidade da fixação da pena abaixo do mínimo legal definido. De acordo com a maior parte das jurisprudências dos Tribunais Superiores, não se é possível permitir a redução da pena abaixo do mínimo legal diante da aceitação das atenuantes.

Em 1999 a Súmula 231 foi editada pelo Superior Tribunal de Justiça com a redação: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. De acordo com a relatoria do Ministro Cezar Peluso em julgamento do RE 597.270/RS pelo Supremo Tribunal Federal, foi reconhecido a repercussão da discussão, permitindo assim

que a matéria seja incitada por meio do Recurso Extraordinário. Sobrevindo a redação mais atual da Parte Geral, nos primeiros julgados que versaram sobre a discussão, não se encontram nenhum fundamento para a proibição, apenas a considerando proibida.

Houve em 1986, um julgado do Ministro Sidney Sanches em que ele levava em conta a tese de redução abaixo do mínimo legal, pois ele considerava um afronto aos precedentes da Suprema Corte, e que dali em diante a maior parte dos casos seriam julgados no mesmo sentido, com ausência de fundamentação, apenas alegando que se possuía um entendimento pacificado sobre o tema, citando precedentes²¹.

O Ministro Vicente Cernicchiaro, em uma decisão histórica de 1996, pioneiramente julgou adotando a tese de que a redução violaria o princípio da individualização da pena. Expressou de maneira sábia o princípio da individualização da pena autenticando que a mutabilidade das relações sociais deveriam ser notadas pelo Direito, onde o primeiro a perceber e reagir a tais mudanças, antes até mesmo das leis seria o Magistrado.

É no Resp 146.056/RS que podemos encontrar a afirmação que mais do que citar precedentes jurisprudenciais, inclina-se

21 Cita-se HC 65505/DF, 1.^a T., Rel. Min. Oscar Correa, j. 12.02.1988; HC 65868/SP, Tribunal Pleno Rel. Min. Francisco Rezek, j. 02.03.1988; HC 68641/DF, 1.^a T., Rel. Min. Celso e Mello, j. 05.11.1991; HC 68474/DF, 2.^a T., Rel. Min. Néri da Silveira, j. 11.06.1991; HC 67822/SP, 2.^a T., Rel. Min. Celio Borja, j. 03.04.1990; HC 69328/SP, 2.^a T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 28.04.1992; HC 68641/DF, 1.^a T., Rel. Min. Celso e Mello, j. 05.11.1991; HC 70047/SP, 1.^a T., Rel. Min. Celso e Mello, j. 21.09.1993; HC 70979/SP, 1.^a T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 08.11.1994; HC 72523/SP, 2.^a T., Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 13.06.1995; HC 73867/SP, 2.^a T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.05.1996; HC 74084/SP, 2.^a T., Rel. Min. Néri da Silveira, j. 17.12.1996; HC 74301/SP, 2.^a T., Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 29.10.1996; HC 74167/RJ, 2.^a T., Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 27.08.1996; HC 73924/SP, 2.^a T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06.08.1996; HC 73717/SP, 2.^a T., Rel. Min. Néri da Silveira, j. 06.08.1996; HC 74916/SE, 2.^a T., Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 15.04.1997; HC 75726/SP, 1.^a T., Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 11.11.1997.

sobre a temática buscando explicações legais para a vedação da redução.

Segundo o julgado, a restrição legal daria-se em razão das expressões “dos limites previstos”, incutida no inciso II do art. 59 do CP, e do “limite indicado”, contida no art. 67 também do CP. Também é deixado claro que é inadmissível que a pena chegue a “pena zero” e que a expressão “sempre atenua” não pode ser levada ao pé da letra, trocando assim a interpretação teleológica por uma meramente literal. “Sempre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo, diga-se até aí, reprovação mínima do tipo”.

Os pedidos para a redução da pena abaixo do mínimo legal, persistiram e cresceram mesmo depois da edição da Súmula 231. Tribunais de Justiça principalmente do RS, passaram então a aceitar a tese e aplicar a diminuição da pena abaixo do mínimo comum.

Com tudo, nesse sentido, a Defensoria Pública da União, começou a solicitar, via requerimentos ao Supremo Tribunal Federal, reformas para que a pena fosse aplicada abaixo do mínimo legal, mas foi meramente falho pois não conseguiram mudar a colocação da Suprema Corte, que negou diversos pedidos fundamentados exclusivamente em precedentes jurisprudenciais²².

22 22 Cita-se : HC 82483/SP, 2.^a T., Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12.11.2002; HC 76845/RS, 1.^a T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24.03.1998; HC 93493/MT, 2.^a T., Rel. Min. EROS GRAU, j. 12.02.2008; HC 92742/RS, 1.^a T., Rel. Min. Menezes Direito, j. 04.03.2008; HC 93071/RS, 1.^a T., Rel. Min. Menezes Direito, j. 18.03.2008; HC 93821/RS, 1.^a T., Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 18.03.2008; HC 93908/RS, 1.^a T., Rel. Min. Eros Grau, j. 01.04.2008; HC 93905/RS, 2.^a T., Rel. Min. Eros Grau, j. 15.04.2008; HC 94243/SP, 2.^a T., Rel. Min. Eros Grau, j. 31.03.2009; HC 94646/RS, 1.^a T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31.03.2009; HC 96730/MS, 2.^a T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 06.10.2009; HC 100371/CE, 1.^a T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.04.2010; HC 101857/AC, 2.^a T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10.08.2010; RHC 105409/MS, 2.^a T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 19.10.2010

3 Possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal

3.1 Análise doutrinária

O autor que melhor discute o assunto é o doutrinador Paulo Queiroz em seu livro *Curso de Direito Penal: Parte Geral*²³. Nele é possível identificar todos os argumentos usados para defender a aplicação da pena aquém do mínimo legal. Queiroz não concorda com a tese majoritária que vai contra a redução e apresenta três argumentos para defender seu ponto de vista. Primeiro, essa redução abaixo do mínimo não viola o princípio da legalidade (contrariando o argumento principal de Damásio de Jesus). Segundo, o princípio da proporcionalidade exige aplicação da pena justa não importando se a pena está abaixo ou acima do mínimo legal. E terceiro, o juiz tem compromisso com a aplicação de uma pena justa e proporcional e não com mínimos e máximos. (QUEIROZ, Paulo. 2015)

Queiroz é ainda mais radical que os outros doutrinadores que defendem a redução abaixo do mínimo. Para ele, “mesmo não existindo circunstâncias atenuantes em favor do réu, o juiz pode, em casos excepcionais, fixar a pena abaixo do mínimo legal” (QUEIROZ, Paulo. 2015. p. 440). Além disso, tomando como argumentos os princípios, ele diz que a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal viola os princípios da legalidade, do garantismo penal, da isonomia e da individualização da pena. Esses princípios serão estudados mais a fundo no tópico 3.2 deste artigo. Mas de modo geral, o princípio da legalidade não é violado, pois a lei teria que retroagir em favor do réu, para beneficiá-lo e dessa forma não haveria ofensa ao caráter garanti-

²³ Capítulo 6, tópico 3. p.440.

dor (QUEIROZ, Paulo. 2015). Quanto à violação dos princípios de isonomia e individualização, acontece pois, “trata igualmente condenados desiguais e impede a determinação de uma pena justa e proporcional”. (QUEIROZ, Paulo. 2015. p. 440)

Além disso, Paulo Queiroz demonstra impecavelmente que a aplicação abaixo do mínimo não torna a sentença injusta. Como exemplo, ele fala sobre o princípio da insignificância, que absolve o réu em razão de quantidade ou valor ínfimo. No caso de não aplicação do princípio da insignificância, o juiz poderia optar por aplicar uma pena abaixo do mínimo legal tornando-a justa. (QUEIROZ, Paulo. 2015).

Mas não é só Paulo Queiroz que defende competentemente essa tese. Vários doutrinadores abordam esse assunto. Dentre eles está Santos que, por um viés mais legalista, diz que “nenhum artigo de lei diz que as atenuantes não podem reduzir à pena abaixo do mínimo abstrato do tipo incriminador” e mais, “não há, nenhuma norma ou razão juridicamente sustentável que justifique distinguir as atenuantes das causas de diminuição da pena, quanto ao efeito de reduzir o limite mínimo das penas” (SANTOS. 2001. p. 75-84).

Essa análise legal do Código Penal brasileiro é perfeitamente explicado pelo doutrinador Damásio de Jesus em seu artigo “O juiz pode, em face das circunstâncias atenuantes genéricas, fixar a pena aquém do mínimo legal abstrato?” onde ele diz que:

Para essa orientação, na sistemática da reforma penal de 1984, se afastada a incidência da atenuante, não estaria sendo atendido o princípio de sua aplicação obrigatória (CP, art. 65, *caput*). Entende-se que, como o art. 68, *caput*, do CP, diz que a “pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59”, que con-

tém o rol das circunstâncias judiciais e determina sua fixação “dentro dos limites previstos” (inciso II), as atenuantes, levadas em conta na segunda fase, não se submetem a essa restrição (RT, 647:388 e 676:391). Isso - afirmam - não ocorria no regime do CP de 1940, antes da reforma, uma vez que as circunstâncias atenuantes eram levadas em consideração na fixação da pena-base (RT, 676/391; Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, jul.-set. 1998, 23:79, n. 4). Hoje, - explicam - a pena-base decorre exclusivamente da apreciação das circunstâncias judiciais (art. 68, *caput*, 1ª parte). Como deve ser estabelecida dentro dos parâmetros de quantidade legal, e o art. 59, II, do CP, só se refere a ela, a diminuição da pena em face das atenuantes não está limitada pela fronteira mínima abstrata. (JESUS, Damásio. 1998. ISSN 1518-4862).

Nessa perspectiva de Damásio, os autores que defendem a redução da pena aquém do mínimo tem como base de argumentos o fato de que a lei não proíbe essa situação. E não foi apenas Santos que expressou-se desta maneira. Para muitos juristas, com a reforma penal de 1984 ficou claro que o Código Penal em vigor não oferece restrições à redução da pena mínima decorrente do reconhecimento de atenuantes. Nesse sentido, concordam com Santos GOMES (2002, p. 119), PRADO (2002, p. 636); MACHADO (1989, p. 388), SANTOS (2005, p. 141) e MIRABETE (2006, p. 320)²⁴.

24 PROJETO PENSANDO O DIREITO Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas DIREITO GV Máira Rocha Machado, Alvaro Penna Pires, Carolina Cutrupi Ferreira e Pedro Mesquita Schaffa. Nº 17/2009. Esplanada dos Ministérios • Bloco T • Edifício Sede • 4º andar • sala 434 e-mail: sal@mj.gov • CEP: 70064-900 • Brasília-DF • www.mj.gov.br/sal

Outro autor que apresenta um ponto interessante é Miguel Loebmann. Para ele, é um absurdo jurídico que apenas aqueles que tenham circunstâncias atenuantes desfavoráveis mereçam a redução da pena aquém do mínimo. (LOEBMANN, 1992).

Por fim, a quantidade de autores é grande e não caberia neste artigo a opinião de todos eles. Mas é importante ressaltar que o número de doutrinadores que defendem a redução da pena aquém do mínimo legal vem crescendo. Eles defendem que a não redução implica na violação de princípios e que não há normas legislativas que a impeçam. Dessa forma, concordam com esses argumentos TELES. Op. Cit., p. 117; GRECO. op. Cit., p. 611; CERNICCHIARO, Luiz Vicente (1998 apud GALVÃO. op. Cit. P. 608); MIRABETE, Júlio Fabbrini; MACHADO, Agapito; LOEBMANN, Miguel TUBENCHLACK, James (apud SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR. Op. Cit., p. 281; PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 380²⁵).

3.2 Fundamentação principiológica

3.2.1 Princípio da individualização da pena

Indubitavelmente, a vedação de redução da pena aquém do mínimo legal terá um embate em relação ao princípio da individualização da pena. Uma vez que, a partir da fixação da pena-base no mínimo legal, as circunstâncias atenuantes serão inobservadas no cálculo da pena, a partir do entendimento segundo o qual não há possibilidade de redução da pena aquém do mínimo. Com essa postulação, depreende-se que a vedação aqui apresentada feriria o princípio da individualização da pena.

25 25(SOARES, Fabrício Antonio, 2006)

Em síntese, o princípio da individualização da pena encontra-se codificado no art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, determinando que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) a privação da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Por fato, força desse fundamento no texto constitucional, a pena empregada deve corresponder à reprovabilidade do ato e à culpabilidade do agente, sendo, portanto, individual caso a caso. Desse modo, no viés de respeitar o princípio é imprescindível que se determine a pena equilibradamente ao injusto que foi causado e às circunstâncias do delito²⁶.

É evidente que o princípio vai alcançar dois instantes diferentes da fixação da pena. Em primeiro, serão determinadas as condições secundárias da pena. Nessa lógica, o princípio da individualização da pena será dirigido ao legislador, que deverá definir os marcos penais mediante a reprovabilidade subjetiva da conduta. Em segundo momento, o princípio afetará o Juiz que, diante das circunstâncias caso a caso, deverá determinar a pena proporcionalmente à reprovabilidade e à culpabilidade concreta da ação delituosa.

Deveras, quando se aduz o princípio da individualização da pena para defender a redução da pena aquém do mínimo legal, trata-se da individualização em juízo da pena, limitando-se às circunstâncias do acontecimento material.

Seguramente, se na aplicação da pena não for observada

26 “Nesse sentido, colaciona-se o entendimento do Ministro do Superior Tribunal de Justiça – Vicente Leal – no voto proferido no julgamento do REsp 93.104/PE, DJ 23.06.1997. Ali, o Ministro expressou que, embora não pudesse se reduzir a pena aquém do mínimo legal em razão de circunstância atenuante, no confronto com uma causa de aumento, a circunstância deveria ser levada em conta, dessa forma, reformando a decisão *a quo*, para diminuir a pena aplicada ao réu.”

sua redução, mesmo tendo uma circunstância atenuante, iremos nos deparar com um atentado ao princípio da individualização da pena. Uma vez que, a atenuante será desprezada, assim, cabe salientar que um dos ritos das circunstâncias do crime, in dubio pro reo, não será valorado no cálculo penal. E, suprimindo-se uma circunstância do delito, certamente, não serão imbuídos valores de justiça na aplicação da pena, proporcional e individualizada ao plano material.

Notoriamente, é visível a arbitrariedade que a vedação provoca em situações em que dois sujeitos cometem o crime em concurso e um dos agentes possui uma circunstância individual que atenua sua conduta. No cômputo da pena, ao ser aplicada a pena base no mínimo, essa circunstância não será valorada, e tanto o favorecido pela atenuante, como o outro, terão penas iguais.

Além disso, na jurisprudência, como será nesse artigo exposto, encontramos exemplos de casos em que fora permitido a redução da pena abaixo do mínimo legal, em situações que à circunstância atenuante transcorre alguma circunstância agravante ou uma causa de aumento. Percebe-se que esse tipo de possibilidade refere-se meramente à pena provisória, 2.^a fase de aplicação da pena, mas não à pena em absoluto, dado que as agravantes e atenuantes erguerão a pena acima do mínimo legal²⁷.

No entanto, lamentavelmente, esse posicionamento é isolado no trato jurisprudencial. Ainda que tenham agravantes e atenuantes, os Tribunais Colegiados têm tido o entendimento de que, uma vez postulada a pena-base no mínimo, a atenuante deve

27 Como exemplo, tem-se o julgamento pelo STJ do REsp 418.146/RS, de relatoria do Min. Felix Fischer, que determinou fixação da pena provisória no mínimo legal, para posteriormente se aplicar a causa de aumento. A mesma situação é observada no HC-STJ 9.607, de relatoria do Min. Gilson Dipp.

ser desconsiderada²⁸. Esse posicionamento posição não tem pilar nem mesmo no princípio da legalidade, uma vez que a pena em literal seria fixada nos liames legais.

3.2.2 Outra vez o princípio da legalidade

Outro posicionamento surgente a partir da reforma de 1984 é o de que a vedação da redução contrariaria o princípio da estrita legalidade, já que e o art. 65 do Código Penal, a partir da exposição das circunstâncias atenuantes, é categórico em aclama-las como *circunstâncias que “sempre” amenizam a pena*.

A manutenção do substantivo “sempre” é o embasamento para defender a tese de que o Magistrado não pode deixar de impor a circunstância, mesmo que a pena-base tenha sido cominada no mínimo.²⁸ De tal modo, a presença no texto da norma salienta a visão de que haveria uma infração ao princípio da legalidade oriundo da negação da redução da pena aquém do mínimo legal.

Assim, a tese nos parece plausível. Se por um viés, conforme afirmado, não há qualquer dispositivo exposto acerca da negação da diminuição aquém do aplicado no preceito secundário, em outro sentido, o termo “sempre” explicita que as circunstâncias atenuantes impreterivelmente poderão ser ignoradas, seja no decorrer da segunda fase de aplicação da pena, seja no seu cálculo derradeiro.

O texto legal é coercitivo e nenhuma de suas terminologias é desnecessária, não podendo ser abandonadas. Assim, uma vez que o legislador teve o entendimento de que seria necessário utilizar o termo “sempre”, certamente, não pretendeu que qualquer conjuntura flexibilizasse a regra postulada.

²⁸ (Leite, Antonio Candido Reis de Toledo. Agravantes e atenuantes. Boletim IBC-CRIM, São Paulo, n. 32, p. 4, ago. 1995).

Senão, assim como se vê no Código Penal Militar, teria acrescentado ao texto legal a expressão “*guardados os limites da pena cominada ao crime*”.

Diante do supracitado, posicionamo-nos no sentido de que, se há infração ao princípio da legalidade, ele é oriundo antes da proibição da diminuição da pena aquém do mínimo legal a partir do reconhecimento de circunstância atenuante, e não de sua concessão.

3.2.3 Princípio da Isonomia

É relevante recordar que a CF/1988, em seu artigo 5º caput, ratifica o princípio da isonomia. Além disso, não é novo o posicionamento de que afeta o princípio da igualdade quem trata desigualmente os iguais, e também quem trata igualmente os desiguais. O entendimento consagrado na Súmula 231 do STJ trata igualmente pessoas em condições desiguais. Nesse sentido, afeta um dos pilares centrais do sistema jurídico, o princípio da isonomia. Assim, é uma apreciação antinormativa.

Pode-se exemplificar algumas das contradições do entendimento previsto na Súmula os seguintes casos:

[a] “*Se dois réus cometem um crime juntos, e só um deles confessa, aplicada a pena mínima, o que confessou e auxiliou a Justiça a desvendar o crime, e o que não confessou e não mostrou arrependimento, recebem pena idêntica.*”

[b] “*Se dois réus cometem um crime juntos, e um deles é menor de 21 anos, aplicada a pena mínima ambos, o menor e o maior de 21, recebem pena idêntica.*”

3.3. Novamente acerca do tratamento jurisprudencial

É exatamente por interlúdio da pena que o próprio Estado, que detém o *jus puniendi*, manifesta sua reprovação do ato ilícito cometido pelo agente. Assim sendo o juiz ao definir a sentença deve fundamentar o decreto condenatório, esclarecendo todos os elementos que influenciaram na sua decisão, uma vez expresso na Constituição Federal, no artigo. 93, inciso IX.

Com todo todo o procedimento de dosimetria da pena, após a fixação da pena-base, o juiz deve se atentar as circunstâncias atenuantes ou agravantes (artigos. 61 ao 66 do Código Penal). É nesse momento que se dá início a uma questão polêmica bastante discutida e que do tema a nossa pesquisa, uma vez que tanto na doutrina quanto nos tribunais a matéria é relativa às atenuantes, mas quando a pena já se encontra no mínimo legal, é bastante controverso.

SANTOS, em artigo publicado na Revista Jurídica conclama que “nenhum artigo de lei diz que as atenuantes não podem reduzir à pena abaixo do mínimo abstrato do tipo incriminador” (SANTOS, 2001) . Para Santos, o princípio a ser aplicado é o princípio da tradição multimilenar, que preconiza o entendimento de que onde há a mesma razão de Direito deve vigorar a mesma solução jurídica. No entender do doutrinador “não há, nenhuma norma ou razão juridicamente sustentável que justifique distinguir as atenuantes das causas de diminuição da pena, quanto ao efeito de reduzir o limite mínimo das penas”. (SANTOS, 2001)

Já para DAMÁSIO, “Quando fixada no grau mais baixo na primeira fase, as circunstâncias atenuantes não podem trazer a pena aquém do mínimo abstrato”. (JESUS, Damásio. 1998. p. 3-4). O que DAMÁSIO dá a entender é que se o juiz, diante das circunstâncias atenuantes não forem contidas pelos limites legais,

o mesmo sucederia com as circunstâncias agravantes (JESUS, Damásio).

Suponha-se um crime de homicídio culposo, em que a pena varia de 01 (um) a 03 (três) anos de detenção (CP, art. 121, § 3º), com inúmeras circunstâncias agravantes genéricas. Imagine que o autor comete o crime por inobservância de regra técnica, incidindo uma causa de aumento de um terço da pena (CP art. 121, § 4º). (DAMÁSIO, 1998. p.3-4)

Se o juiz aceitar a tese em questão, quanto à causa de aumento da pena o Juiz estaria adstrito a um terço, entretanto em relação às agravantes, não teria limite. Assim poderia se impor qualquer pena acima do máximo abstrato, superior a resultante do aumento de um terço, o que seria considerado um absurdo.

Para o jurista o argumento também se aplica às causas de diminuição, e o julgador poderia aproximar-se da pena zero, já que para a tese contestada não há limites legais. Para PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, também citado por DAMÁSIO, a adoção desse posicionamento “equivaleria a trocar a certeza do direito pelo arbítrio judicial”. (PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, 1986)

Em relação ao entendimento dos Tribunais Superiores (STJ e STF), entende-se o ministro LUIZ VICENTE e a ministra CARMEN SILVA, que qualquer vedação a aplicação da pena abaixo do mínimo legal em virtude da existência de atenuantes deve ser considerada inconstitucional, pois fere o princípio da individualização da pena:

STJ, Resp. 151.837/MG- 6ªT –STJ –Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro – j. 28.05.1998. No mesmo senti-

do, Carmen Silva de Moraes Barros: “Assim, adotados os princípios de individualização da pena e da culpabilidade, não se pode mais falar em impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal – qualquer vedação nesse sentido é inconstitucional. Assim não fosse, e a aplicação de pena poderia seguir critérios exclusivamente matemáticos. No entanto, a análise do caso individual, em razão de sua complexidade e diversidade, obsta a culpabilidade vinculada a limites mínimos. Portanto, cabe ao juiz, relevando as circunstâncias do caso concreto: grau de exposição do agente à criminalidade, suas condições pessoais, a situação particular em que levou a cabo a prática delitiva, forma de execução e consequências do crime, comportamento da vítima, estabelecer a medida da pena compatível com a culpabilidade vista sob a ótica do direito penal mínimo, “A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade”, Revista do IBCCRIM, ANO 7, N. 26, ABRIL-JUNHO, 1999. (grifo nosso).

Pode-se entender então que o entendimento dominante, tanto na doutrina quanto nos Tribunais Superiores é de que o juiz não pode, com a decorrência de circunstâncias atenuantes, reduzir a pena aquém do mínimo legal. Entretanto este entendimento tem seus opositores que com argumentos fortes, creem que o juiz pode, na presença de circunstância atenuante, baixar a pena aquém do mínimo.

4 Síntese obtida após a análise

O posicionamento doutrinário possui duas vertentes. Aqueles que defendem a redução da pena aquém do mínimo

legal e aqueles que são totalmente contra. Os que defendem o fazem por ter uma base argumentativa na lei e nos princípios. Os que são contra apoiam-se na lei, na súmula 231 do STJ e nos princípios.

A lei, portanto, é interpretada de duas formas diferentes. A grande maioria dos doutrinadores consideram que a pena provisória também se encaixa nos requisitos da pena base sob o risco de violar o princípio da individualização da pena. Já uma minoria em ascensão considera que não há nada na lei que determina as mesmas condições de aplicação das penas mínima e provisória e que não poder aplicar a pena aquém do mínimo legal viola os princípios da legalidade e do garantismo penal.

Nós concordamos com a possibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal. Se o réu possui atenuantes, eles devem ser usados em favor dele não importando suas circunstâncias judiciais. Levando pela lógica, o réu só poderá ter suas atenuantes penais consideradas se ele tiver circunstâncias judiciais não favoráveis. Não cabe na balança da justiça.

Além disso, considerando o sistema carcerário brasileiro, a mínima possibilidade de redução da pena deve ser seriamente considerada. O princípio do direito à vida e da dignidade da pessoa humana estão em jogo quando o réu está prestes a ser condenado. É difícil pensar em algo mais degradante do que o encarceramento no Brasil. Péssimas condições de vida, humilhação e desrespeito físico e moral fazem parte do cotidiano de mais de 200 mil brasileiros²⁹ condenados em regime fechado.

Virar as costas para a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal é ignorar o aumento do tempo de um sofrimento que poderia ser diminuído. É violar além dos princípios da

29 Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0)

legalidade e do garantismo penal, os princípios do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

Ademais, no que tange o reforço do princípio da isonomia a partir da atuação do ordenamento jurídico na busca por, tratando diferente os que têm diferença, um tratamento cada vez mais equitativo. De tal modo, o afastamento da possibilidade de diminuição da pena abaixo do mínimo legal traz à tona um vício de arbitrariedade por parte do Magistrado no cômputo da pena, já que anula a distinção individual de cada sujeito, em sua individualidade, a partir do ato delituoso praticado.

Para além disso, a manutenção de injustiças oriundas do esquecimento se valida no abandono de uma discussão em voga, unicamente por um entendimento “supremo” das Cortes Superiores para validar a autoridade dos juízes e desembargadores que, aparentemente, estão pouco dispostos a reconhecer um novo entendimento em relação a possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal. Logo, cabe questionar se o mais importante é a validade do orgulho individual dos togados e de sua autoridade, ou uma justiça, com j maiúsculo, para centenas de milhares de sujeitos que se encontram nos arcabouços das prisões superlotadas no cenário nacional, culminando em um ciclo vicioso que transforma sujeitos, inicialmente primários, em monstros no entendimento do cidadão médio.

5 Conclusão

Este trabalho embasou-se a partir de uma aplicação das fontes jurídicas dominantes, como a doutrina, jurisprudência e a legislação vigente. Além de trazer uma aplicação parcial das conceituações e normativas de metodologia científica divididas no decorrer da disciplina de Metodologia da Pesquisa em Direito.

Assim, trouxe um aprofundamento das fundamentações trabalhadas em sala a partir da matéria, inegavelmente em relação ao conteúdo e elementos primordiais da dissertação do presente artigo.

Esse aprofundamento tem o intuito de trazer à tona a discussão acerca da possibilidade, ou não, de redução da pena aquém do mínimo estabelecido em lei, perpassando, necessariamente, pela exposição do problema a ser investigado e sua relação com outras pesquisas, de modo a explicitar os elementos que fundamentam a pesquisa, incluindo a suposição de hipóteses, delineação do assunto e dos objetivos cogitados.

Nesse mesmo sentido, explicita-se a problemática de se seria “Possível a aplicação da pena aquém do mínimo previsto no texto legal?”. Assim, apresentando a hipótese de que haveria, a partir de uma visualização de discussão principiológica, doutrinária e legal, a possibilidade de se reduzir a pena abaixo do mínimo legal nas circunstâncias atenuantes mediante a exposição de entendimentos contrários e favoráveis, além da formulação de um potencial conclusivo acerca da possibilidade de garantia.

A partir do reconhecimento dos elementos primordiais que devem explicitar a abordagem metodológica-científica, a partir do embasamento na referência teórica apresentada a partir dos autores descritos na referência bibliográfica, na medida em que houve a criação do sumário da presente fundamentação o qual foi um roteiro para explicitação de uma tese, contrária a possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, a qual posteriormente vai ser contrariada por uma antítese e uma síntese.

De maneira que existente os componentes cruciais formularam-se juízos de valor em relação à coerência ou incoe-

rência da materialidade da defesa de um ponto de vista que é favorável a valoração de que, potencialmente, seria impossível a redução da penalidade abaixo do previsto em lei, mediante o recorte de que estariam presentes a favor da negação a segurança jurídica, o entendimento jurisprudencial, a validade do princípio da legalidade, a solidez das Súmulas Vinculantes, em especial a 231 do STJ, em detrimento daquilo formulado a partir do referencial teórico.

A partir de um aprofundamento do conteúdo de tais referenciais tornou-se possível uma avaliação gradual de conformidade no que concerne o referencial teórico, mormente buscando aferir-se as não conformidades, com o intuito de explicitar possíveis contradições que se coadunam com a possibilidade de reduzir a pena abaixo do limite legal, e assim, potencialmente, chegar a uma conclusão acerca das inconformidades apresentadas.

A causa desse trabalho vê-se na busca de verificar se há possibilidade de redução da pena abaixo das limitações legais, isolando-se e atendendo-se particularmente todos os elementos cruciais da parte introdutória e, em seguida, da conclusão.

O método proposto foi o do dialético argumentativo, já que se enquadra como o mais adequado para o presente trabalho que se baseia em análise de discussões literárias, tendo como justificativa de importância a fundamentação observada no princípio da legalidade e a teoria da dosimetria da pena.

Diante do exposto, é possível aferir que a efetivação sistêmica da discussão aqui abordada irá, potencialmente, levar o entendimento da, potencial, ou não, possibilidade de reduzir a pena aquém da esfera legal, trazendo uma somatória para o entendimento do recorte temático citado no âmbito jurídico.

Abstract

The present work is a legal, jurisprudential and bibliographical analysis on the possibility of reducing the legal penalty when there is attenuation in the dosimetry and fixation of the sentence. Using the argumentative dialectic method, the objective is to approach the one based on Summary 231 of the STJ and to counter the antithesis that it is possible to reduce the legal penalty by upholding the legal principles of pen and criminal guaranty by the theory of penalty dosimetry. Thus, the search for the formulation of a research on the subject is important due to a great legal divergence.

Keywords: *Minimal penalty. Dosimetry. Principle of legality. Principle of criminal guaranty. Theory of penalty dosimetry.*

Referências bibliográficas

COSTA, Maximiliano Calian da; CALIAN, Laura França. A Possibilidade de Redução da Pena Aquém do Mínimo Legal pelo Reconhecimento das Circunstâncias Atenuantes. 2018. *Revista Jus Navigandi*

em: <<https://jus.com.br/artigos/66979/a-possibilidade-de-reducao-da-pena-a-quem-do-minimo-legal-pelo-reconhecimento-das-circunstancias-atenuantes>> acesso em 16 junho 2019.

COSTA, Fernando José da; JR, Paulo José da Costa. *Direito Penal objetivo: breves comentários ao código*. 1989. p.358. Editora Forense Universitária.

JESUS, Damásio E. de. O juiz pode, em face das circunstâncias atenuantes genéricas, fixar a pena aquém do mínimo legal abstrato?. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/956>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

FELDENS, Luciano. *Circunstâncias atenuantes e pena aquém do mínimo: um problema de fundamentação*. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 15 jun. 2019.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. p. 202, n.1.02.

FRANCO, Alberto Silva (apud SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR. Op. Cit., p. 281 e 282)

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal: Parte Geral* 11 ed. Editora JusPodivm. 2015

SANTOS, em artigo publicado na *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Editora Síntese, vol. 288 (out./2001), p. 75-84

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2001.

SANTOS, Alberto Marques dos. *Atenuantes e pena mínima*. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre : Editora Síntese, vol. 288 (out./2001), p. 75-84. Disponível em <goo.gl/mMF5QC>. Acessado em (04/07/2019).

VITOR, Vitor Enilson. *A pena aplicada pode ser inferior à pena mínima prevista para o crime, em face da aplicação de atenuantes?*. Disponível em <http://capa.tre-rs.jus.br/arquivos/VITOR_ENILSON_Pena_Inferior_Minima_Aplicacao_Atenuantes.pdf>

LOEBMANN, Miguel. -- *As circunstâncias atenuantes podem sim a fazer descer a pena abaixo do mínimo legal*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.81. n.676. p.390-3. fev. 1992.

MACHADO, Agapito. *As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal: inteligência do art. 68 do Código Penal após a redação da lei 7209/84*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 78, n. 647, p. 388-9, set., 1989.

SOARES, Fabrício Antonio. *Critérios para a fixação da pena-base e da pena provisória*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 920, 9 jan. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7762>. Acesso em: 3 jul. 2019.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. *A possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal pelo reconhecimento de circunstâncias atenuantes: uma nova leitura da função dos novos marcos penais*. Disponível em: ibccrim.org.br. Acesso em 08 jul. 2019.

(STJ - REsp: 91049 SP 1996/0018350-3, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 02/06/1997, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 23/06/1997 p.29199) Disponível em: stj.jusbrasil.com.br. Acesso em: 08 jul. 2019.

PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, Comentários ao Código Penal, Parte Geral, São Paulo, Editora Saraiva, 1986

O ASPECTO ECONÔMICO COMO OBSTÁCULO NO ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE SOBRE AS FORMAS DE ADENTRAR COM UM PROCESSO JURÍDICO E SUAS DIFICULDADES PERANTE O ÂMBITO ECONÔMICO

Carlos Hiago da Silva Ferreira
Gabriela Nascimento de Souza
Lucas Alves de Barros Araújo

INTRODUÇÃO

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (CAPPELETTI, Mauro, 1988)

O presente artigo visa analisar a questão do acesso à justiça perante a questão econômica e mais especificamente relativo as formas de entrar com um processo jurídico, se haveria algum obstáculo para o acesso ao processo jurídico e como isso se daria, tendo em vista que o acesso ao processo é um direito previsto no inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição da república federativa do Brasil.

A Lei em questão diz que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Ademais,

o próprio STF entende em sua interpretação conforme a Constituição que a não realização desse direito é uma anomia do sistema e compromete a efetividade do processo.

Introduz-se aqui a ideia de razoável duração do processo, não somente uma ideia, mas também um direito previsto tanto no artigo 5º inciso LXXVIII da CF/1988, mas também no artigo 4º do novo Código de Processo Civil que dirá que as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

É necessário tratar também aqui que há uma forma de se reclamar da demora do processo e tentar que se agilize a tramitação, isso se dará pela reclamação do excesso de prazo para o CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Há autores que defendem a ideia de que haja um indenização pelo juiz para a demora processual, estes utilizam-se do direito comparado com outros países como a Itália para sua argumentação, neste caso estaríamos entrando no mérito de uma medida punitiva para o juiz e o intuito do trabalho não é adentrar em tal questão, então será somente citado brevemente acerca de tal situação para que se tenha conhecimento.

Historicamente, a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, é a que regulamentaria os juizados especiais cíveis e criminais, além disso no Brasil a Lei que dispõe-se acerca da justiça gratuita é a Lei 1.060 de 5 de fevereiro 1950 que nos termos do seu artigo primeiro diz “os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.”, demonstrando-se desde já a preocupação com a assistência jurídica com os mais pobres.

Um ponto que se levanta logo na introdução deste artigo é que essa possível anomia pode ser entendida pelas excessivas cargas de processos, que impediriam a plena realização do julgamento célere. Há também um entendimento do próprio STF de que tal situação demonstraria um desprezo estatal que afeta a liberdade do cidadão e que também frustra um direito básico de todo cidadão previsto na norma maior de nossa sociedade, a Constituição.

Em um primeiro momento neste trabalho irá se conceituar o que seria o custo relativo ao processo judicial, o que estaria envolvido nessa questão, quais são as custas iniciais e finais de um processo, os custos extras que poderia se encontrar, assim poderemos compreender e delimitar melhor o assunto sobre o qual o artigo se propõe debruçar. Já se adianta aqui que se envolve nos custos os honorários, despesas extraprocessuais etc.

Também apresentar-se-á em que casos há a isenção de custo do processo, pois sabe-se que há certas pessoas que estão isentas das custas judiciais, então a pesquisa irá se propor a pesquisar quem essa isenção abrange, pois isso é de suma importância para a problemática em questão.

A pesquisa também irá abranger as possíveis maneiras de iniciar um processo na justiça, focando-se em três mais específicas para a delimitação do assunto, será tratado de forma aprofundada sobre a assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita, pois tratar sobre esses meios para a concretização da justiça está intimamente ligado à problemática do trabalho.

Têm-se em vista que o tema é algo delicado e ao mesmo tempo de suma importância, pois é de interesse de grande parte dos indivíduos que entram com processos judiciais saberem o motivo pelo qual o trâmite de seu processo é de-

morado. Ao fim da análise, poderá debruçar-se mais sobre o assunto em uma ótica que busque uma solução, dentro dos meios possíveis.

Para o desenvolvimento da problemática apresentada, utilizar-se-á o método dialético argumentativo em relação com entendimento doutrinário deste assunto, destrinchando o entendimento de especialistas sobre o assunto e pontuado de forma a opinar de maneira isenta no intuito de enriquecer a discussão tratada no trabalho. Para tanto, a utilização de referenciais teóricos mostra-se necessário, assim utilizaremos da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth sobre as ondas renovatórias do judiciário, tendo em vista a profunda relação com o tema proposto. Nota-se também a importância de pesquisas disponíveis na rede de internet que estejam ligadas ao tema proposto, onde poderá extrair-se dados estatísticos que proporcionarão informações úteis para a conclusão do tema.

1 DEFINIÇÃO DE CUSTOS DO PROCESSO JURÍDICO

O presente trabalho deseja tratar da questão relativa ao acesso à justiça perante ao âmbito econômico, para tanto fica evidente que seria necessário esclarecer em um primeiro momento o que seria a ideia de custo processual e o que estaria envolvido nisso. É notório que a manutenção do Estado necessita de um custo financeiro, assim como o processo judicial, portanto, antecipadamente definimos de uma forma genérica que os custos processuais são as despesas nos honorários advocatícios e nas despesas extraprocessuais, podendo envolver coisas como: despesas iniciais e eventuais, como a perícia e diligências, as viagens, reproduções de documentos, autenticações, pagamento de serviços de assistentes técnicos etc.

As despesas iniciais podem ser observadas pela parte que dá início ao processo, pois é algo taxado pelo próprio Estado como tributo para a manutenção do sistema, sendo essas taxas as custas iniciais, recursais, entre outras que podem ser calculadas de forma proporcional ao valor da causa, informação que está disponível para qualquer indivíduo.

As despesas eventuais são relativas a uma contraprestação ao serviço já pelo advogado, ou seja, as vezes é necessário alguém que auxilie por conveniência prática em algo que merece uma atenção maior, esses valores de contraprestação não tem natureza taxativa pelo Estado, seria o caso dos auxiliares de Justiça como os peritos, avaliadores, depositários, síndicos etc.

Caso a prova necessite de uma maior atenção será nomeado pelo juiz um perito técnico com conhecimento específico. Um ponto interessante a se salientar é que o artigo 33 do CPC revela a remuneração pode ser feita só pelo autor ou só pelo réu se assim estes desejarem, assim como o juiz pode determinar que o valor de custo seja dividido entre as partes e no fim no processo ser determinado que a parte vencedora seja reembolsada.

A doutrina ainda tratará sobre a responsabilidade provisória referindo-se aos ônus financeiros do processo. Por exemplo, o ônus do adiantamento dos encargos financeiros do processo explicaria, de forma resumida, que a não realização do pagamento significaria a ineficácia da prova, levando, portanto, a um compromisso com o devido custo processual de pagamento das contraprestações ao serviço prestado pelo auxiliar de justiça.

Além do caso do auxiliar de justiça, também pode se dizer sobre despesas eventuais no que tange diligências e atos realizados pelo contador, oficial de justiça, imprensa oficial para a confecção de citação por edital etc.

Outras hipóteses de despesas eventuais com caráter punitivo são: multas eventualmente aplicadas por litigância de má-fé previstas no artigo 18 do Código de Processo Civil; agravos e embargos previstos no artigos 538, parágrafo único e 557, § 2º do CPC; inadmissibilidade ou improvimento da ação rescisória por unanimidade de votos previsto no artigo 488, II, CPC; pelo ato atentatório à dignidade de Justiça, artigo 601, CPC, entre outros casos.

Considerando-se que ao final do processo o juiz já tem a capacidade de estabelecer quem é o ganhador da causa e se há algo a se devido a alguém, pontua-se que não é mais em se falar em custas provisórias neste caso. Aqui podemos falar em obrigações, pois é um direito da parte vencedora receber daquele que deu causa ao processo suas despesas e honorários que havia adiantado, como o próprio artigo 20 do CPC diz “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”.

Insere-se por fim a ideia de sucumbência recíproca, pois haverá casos em que o litigante poderá ser parcialmente vencedor e ao mesmo tempo parcialmente vencido na mesma demanda, nestes casos vale-se do artigo 21 do CPC que diz “*se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.*”

Há também a necessidade de adiantar que existe aqueles que são dispensados dos custos processuais por alguns critérios político-legislativos, sendo estes entre outros o autor popular, o Ministério Público, o autor da ação civil pública, o beneficiário da justiça gratuita etc.

A própria Constituição Federal irá nos dizer em seu inciso LXXIII do artigo 5º que todo cidadão será parte legítima para propor ação popular, sendo isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência, salvo os casos comprovados de má-fé. Mas essa isenção tange somente ao “autor” popular. Pois o réu se vencido terá de pagar as custas e honorários, isso está disposto na Lei de ação popular, artigo 12 da *Lei n° 4.717*, de 29 de junho de 1965.

A lei da Ação Civil Pública por sua vez isenta no que se refere ao Ministério público todos os autores legitimados em seu artigo 5º, estes ficando livres de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas. *Lei n° 9.289*, de 4 de julho de 1996, no artigo 4º complementa que a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações, bem como os beneficiários da assistência judiciária gratuita e o Ministério Público, salvo os casos de comprovada má-fé, são isentos de custas.

A ideia de isenção de custas por parte do Ministério Público fica evidente ao se entender que este é um órgão essencial para a manutenção da Justiça, como prevê o artigo 128 da Constituição Federal “Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Pontua-se também que o *Parquet*, o corpo de membros do ministério público, mesmo que vencido estará dispensado ao final do pagamento das custas como a *Lei n.º 9.289/96* prevê.

Ao fim, temos aquilo que refere-se à parte beneficiária da assistência judiciária caso essa parte seja vencida, neste caso a *Lei n.º 1.060*, de 05 de fevereiro de 1950 em seu artigo 12 dirá “O beneficiário da justiça gratuita não tem direito à isenção

do pagamento das verbas de sucumbência, mas à suspensão de seu pagamento, enquanto durar a situação de pobreza, pelo prazo máximo de cinco anos, findo o qual estará prescrita a obrigação.”

Fica evidente, por fim, que há certas pessoas que por força legal que serão isentas das custas do processo como explicado nessa parte do trabalho, isso ocorrerá por diversos motivos como um cargo de importância para a manutenção da Justiça, assim como ser um órgão Estatal de extrema relevância, sendo estes isentos de custas e até mesmo honorários advocatícios. O custo processual ficará legitimado para que seja garantido as funções exercidas pelo Estado para que haja o devido acesso a Justiça, nos casos especiais também haverá a necessidade de alguém que auxilie para a interpretação de provas e conseqüentemente este terá que ser contabilizado nos custos processuais, sendo que a não realização do pagamento do auxiliar da justiça poderá levar a ineficácia da prova.

2 FORMAS DE ASSISTÊNCIA JUDICIAL GRATUITA

“Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza” (Artigo 8º, 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - São José da Costa Rica).

“O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (Artigo 5º, inciso LXXIV - Constituição Federal de 1988).

Diante das normas aludidas acima, que repousam sob a égide do princípio do acesso à justiça, verifica-se que o Brasil formulou seu ordenamento jurídico e o acesso a este pautado na defesa dos direitos e garantias fundamentais necessários a manutenção da dignidade humana.

Uma pesquisa realizada pelo Projeto de Florença, coordenado por Mauro Cappelletti 1988, conhecida como “*As Ondas renovatórias do acesso À Justiça*” constatou que em determinados países, o custo do litígio aumenta na medida em que abaixa o valor da causa, chegando ao absurdo de, na Alemanha, pela justiça comum, uma pequena causa de valor não superior a US\$ 100, mesmo que somente utilizada a primeira instância, custa US\$ 150, enquanto uma ação de US\$ 5.000, em duas instâncias, teria o custo de US\$ 4.200.

Sob esse prisma, que também é uma realidade no Brasil, fez-se necessária uma discussão acerca do acesso gratuito à Justiça para aqueles que não têm como alcançá-la em razão de sua conjuntura econômica.

Ainda que inúmeros avanços já tenham sido conquistados na consolidação de um integral acesso à justiça, muitos empecilhos ainda existem interrompendo a garantia desse direito. Circunstância esta que necessita de averiguação.

O elevado custo do processo é uma das principais barreiras para um efetivo acesso à justiça. Sendo o Brasil dotado de uma discrepante distribuição de renda, torna-se passível de análise a interferência de tal variável na efetivação da justiça àqueles impossibilitados financeiramente.

O foco deste subtítulo dar-se-á nas formas de assistência judicial gratuita, sobretudo no esclarecimento da distinção entre os termos justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurí-

dica. Contudo, de antemão, destacamos que é importante evitar o negligenciamento do axioma de que a garantia do acesso à justiça não significa dizer que o processo deva ser gratuito.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ASSISTÊNCIA JUDICIAL GRATUITA NO BRASIL

Em razão da colonização do Brasil por Portugal, várias leis vigentes no reino lusitano também vigoravam na colônia recém-ocupada. Tal condição influenciou grandiosamente o sistema jurídico atualmente adotado. Estiveram presentes no Brasil, três ordenações, quais sejam as Afonsinas, as Manuelinas e as Filipinas. Tomemos, para uma melhor compreensão, uma espécie de linha do tempo da evolução da assistência judicial gratuita.

Conforme entendimento da doutrina majoritária, a justiça gratuita no Brasil surgiu com as Ordenações Afonsinas, em seu Livro III, Título LXXXIV, § 10, com a isenção das custas do agravo aos mais pobres.

Posteriormente, em 1603, as Ordenações Filipinas estipulavam ainda, no Livro III, Título XX, § 14, que os juízes deveriam sempre preferir o advogado de mais idade e renomado ao advogado mais novo e principiante na assistência aos hipossuficientes do pagamento das custas processuais, a fim de que a parte contrária não fosse beneficiada com uma assistência mais eficaz.

Em 1842, é editado o Regulamento nº 120 de 31 de janeiro, que igualmente isentava, os hipossuficientes do pagamento das custas processuais.

Foi somente a partir de 1870, com Joaquim Nabuco, onde fora criado, na Ordem dos Advogados do Brasil à época, um Conselho responsável da prestação de assistência judiciária aos indigentes nas causas cíveis e criminais.

Com o advento da República, foi editado, no governo de Marechal Deodoro da Fonseca, o Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, permitia, em seu artigo 175, ao Ministro da Justiça organizar uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres no crime e no cível, ouvindo o Instituto da Ordem dos advogados e dando os regimentos necessários. Contudo, é somente em 1897, que é organizada a assistência judiciária no Distrito Federal mediante a publicação do Decreto nº 2.457, de 8 de fevereiro de 1897. O referido decreto, considerava pobre “[...] *toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em juízo, estivesse impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e as despesas do processo, sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família.*”

A regulamentação da assistência judiciária deu-se pela primeira vez em uma Constituição no ano de 1934, em seu artigo 113, impondo ao Estado a obrigação de prestar assistência judiciária aos necessitados.

“Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.”

Decorridos quatorze anos, em 1948, no Distrito Federal, foi criado o cargo de Defensor Público, inserido no início da carreira do Ministério Público.

Em 1950, adveio a Lei nº 1.060, que passou a reger as normas da justiça gratuita. Tal lei abarca a discussão que será feita

adiante no presente trabalho acerca da confusão feita e da distinção entre os termos assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita. Alguns doutrinadores criticam esta lei em razão da mesma ter sido a matriarca a iniciar um equívoco de entendimento entre os conceitos técnico-jurídicos de justiça gratuita e assistência judiciária

Surpreendentemente, é durante a vigência do período ditatorial no Brasil que surge no âmbito nacional, a primeira Defensoria Pública, no ano de 1977, no Rio de Janeiro.

Por fim, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, conserva o viés obrigatório de o Estado prestar assistência judiciária aos que comprovarem insuficiência financeira. E, em seu artigo 134 institui a Defensoria Pública como órgão permanente, essencial à função jurisdicional do Estado incumbido de exercer esta assistência gratuita.

2.2 DISTINÇÃO ENTRE OS TERMOS ASSISTÊNCIA JURÍDICA, ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E JUSTIÇA GRATUITA

Apesar dos termos justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica serem utilizados como se fossem sinônimos, na verdade não o são. O termo mais utilizado atualmente pela doutrina e pela jurisprudência é o termo justiça gratuita.

As primeiras legislações utilizavam a expressão “assistência judiciária”. Inclusive a primeira Constituição Brasileira a reconhecer o instituto como direito fundamental, qual seja a de 1934, referiu-se a ele dessa forma. A lei nº 1.060/50 iniciou um ciclo de confusão ao usar o termo assistência judiciária, enquanto a *Lei nº 5.478*, de 25 de julho de 1968, lei dos alimentos, em um de seus artigos traz a expressão gratuidade empregada com o

sentido de assistência judiciária. O legislador cria uma confusão entre as expressões não medindo as consequências de interpretação que surgiria para a utilização da assistência judiciária e justiça gratuita por quem precise delas.

Em 1987, a Emenda Constitucional nº 37 à Constituição do Rio de Janeiro de 1975, empregou a expressão “assistência jurídica”, buscando dar maior abrangência ao instituto.

A alteração do termo não é meramente formal, pois altera também a abrangência do instituto enquanto assistência aos mais desfavorecidos economicamente, tornando o termo “assistência judiciária” errôneo.

Destaquemos as distinções.

Conceitua-se assistência judiciária como sendo o benefício concedido aos necessitados da prestação jurisdicional do estado podendo assim se valer de seus direitos que se ache lesado. Para ter acesso a tal benefício devem ser seguidos alguns requisitos, como é o caso de afetar o seu sustento tentando custear o processo.

A assistência abrange a utilização de advogados e demais auxiliares da justiça, ou seja, à assistência judiciária e o patrocínio profissional gratuito.

A assistência judiciária é instituto de Direito Administrativo. Para o deferimento ou indeferimento do benefício da justiça gratuita é competente o juiz da própria causa. Para a assistência judiciária, a lei de organização judiciária é que determina qual o juiz competente (MIRANDA, 1979, p. 642).

O termo assistência judiciária engloba o serviço gratuito de representação, em juízo, da parte que requer e tem deferida

a citada assistência. Contudo, a doutrina majoritária entendeu ser equivocada a utilização do mesmo, uma vez que este permite uma interpretação restrita de justiça somente aos órgãos do Poder Judiciário. Para estes pensadores a assistência deve se estender além das portas do judiciário e da atuação gratuita de advogados e garantir maior efetividade do acesso à justiça.

A graduação do termo assistência judiciária para o termo assistência jurídica foi adotada pelo constituinte de 1988 e atendeu a doutrina à época, ampliando o alcance do instituto para além da atuação sem custos dos advogados. Não há que se confundir os termos. Enquanto a assistência judiciária refere-se apenas ao direito de patrocínio gratuito em juízo, a assistência jurídica adiciona a prestação de informações e consultas jurídicas.

A assistência jurídica, por sua vez, é ampla e gratuita, pois envolve não somente a assistência judiciária, mas também a consultoria e a orientação jurídica.

Segundo Humberto Peña de Moraes, a assistência judiciária abrange a defesa em juízo do beneficiário, que deve ser oferecida pelo Estado, havendo possibilidade de desempenho por entidades não-estatais ou advogados isolados, conveniados ou não com o Poder Público. Já a assistência jurídica não se limita à prestação de serviços apenas na esfera judicial, compreendendo toda a extensão de atos jurídicos, ou seja, representação em juízo ou defesa judicial, prática de atos jurídicos extrajudiciais, entre os quais avultam a instauração e movimentação de processos administrativos perante quaisquer órgãos públicos e atos notariais, e concessão de atividades de consultoria, encerramento o aconselhamento, a informação e a orientação em assuntos jurídicos.

De modo equivalente não se deve confundir os dois termos aludidos anteriormente com justiça gratuita.

A justiça gratuita vem a ser a isenção de honorários, custas e taxas, dispensa das despesas processuais e extraprocessuais, desde que as últimas sejam necessárias para o andamento do processo. É entendida como uma consequência da assistência judiciária. A diferença relevante é que a justiça gratuita é instituto de direito pré-processual e a assistência judiciária é instituto de Direito Administrativo. E ainda, para o deferimento ou indeferimento do benefício da justiça gratuita é competência do juiz da própria causa, enquanto que para a assistência judiciária, a lei de organização judiciária é que determina qual o juiz competente.

3 IMPLICAÇÕES DO ASPECTO ECONÔMICO NA REALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Como já abordado, um grande empecilho para a realização de um pleno acesso à justiça é a questão econômica. A colocação do Brasil nos índices de desenvolvimento humano, distribuição de renda e desigualdade – distante do “pódio” – nos dá uma ideia do tamanho do desafio de se efetivar esse pleno acesso à justiça, visto que seria preciso alinhar a efetivação desse acesso com esforços para diminuição da pobreza e das desigualdades, por meio de políticas adequadas que realizem o fundamento constitucional da cidadania.

Juntamente com a massiva ritualística tem-se o problema da desigualdade no quesito da justiça como herança da colonização europeia, com benefício dos nobres em detrimento da exclusão das classes baixas, que mesmo se consideravam sem direitos.

Desde a modernidade até os dias de hoje, seguindo o breve apanhado histórico, o desenvolvimento do sistema capitalista trouxe consigo, como consequência, disparidades econômicas e desigualdades que estão na essência desse modelo e que se inten-

sificaram com o advento da globalização e o avanço tecnológico, materializando-se nas frequentes ondas de desemprego e na população com pouco o nenhum acesso aos recursos. Dentro disso, inclui-se, claramente, o distanciamento das pessoas em relação às instituições judiciárias e dos mecanismos de resolução de conflitos.

Um dos fatores fundamentais - senão o principal - dessa deficiência no acesso à justiça, como visto, é exatamente o fator econômico, intrinsecamente ligado ao fator social. Nesse sentido, como afirmam Cappelletti e Garth:

De fato, o direito ao acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.10-11).

A primeira das preocupações relativas ao acesso à justiça apontada no relatório final, feito no Projeto de Florença, 1988, elaborado por Cappelletti e Garth diz respeito à questão econômica, que, além de impedir um pleno acesso à justiça, gera grandes distorções na atuação processual. Neste prisma, foram analisados os altos custos de um processo judicial, em relação aos honorários advocatícios, às despesas processuais e, eventualmente, aos ônus sucumbenciais. O aspecto econômico opõe-se fortemente ao acesso à justiça, haja vista que a ausência de recursos econômicos

é fator determinante para que o lesado ou ameaçado em seu direito abandone sua pretensão, principalmente se esta versar sobre ínfima quantia pecuniária, vez que, nestes casos, o valor a ser gasto com o processo pode suplantar, em várias vezes, o próprio valor a ser discutido em juízo.

Vale ressaltar que o acesso à justiça não se resume à garantia de prestação jurisdicional para aquele que provoque o judiciário. Vai além, promovendo a defesa dos direitos definidos no ordenamento jurídico de forma justa, efetiva e legítima.

No que diz respeito ao aspecto econômico, há alguns pontos a se considerar na abordagem do problema. Primeiramente, tem-se posta a situação já mencionada das desigualdades na distribuição de renda no Brasil; em sequência, pode-se apontar a questão dos custos processuais que muitas vezes excedem o valor do bem jurídico em disputa (nas pequenas causas) e não possuem critério lógico que os definam claramente no âmbito nacional; e, finalmente, as custas dos honorários advocatícios, em que a qualidade dos serviços é refletida no montante a ser pago, fator que gera prejuízo para as classes mais pobres, que além de economicamente vulneráveis, mesmo que cheguem a pagar pela representação perante a justiça por meio de um advogado, correm o risco de não ter garantida a plena assistência jurisdicional.

Frente às dificuldades impostas pelo fator econômico na realização do acesso à justiça, encontra-se elencado no ordenamento jurídico brasileiro, pela lei 1.060/1950 e pelo art. 5º, LXXIV, a determinação do Estado de prestação de assistência jurisdicional gratuita e integral a quem comprove insuficiência financeira, como norma fundamental. Assistência judiciária e justiça gratuita são essenciais para que os menos favorecidos tenham acesso e efetivação à Justiça, pois ainda que o advogado que se abstenha

de cobrar honorários ao trabalhar para os mais necessitados, faltam a estas condições para arcar com outros gastos, como custas, perícias, etc. Assim, freqüentemente, os acórdãos, ao tratar da justiça gratuita, ressaltam seu caráter de Direito Constitucional’ (Os Direitos Fundamentais da Constituição de 1988, p. 379).

A importância de o Estado cumprir sua parte no tocante à assistência jurídica gratuita vai de encontro às chamadas ondas renovatórias cappelettianas – ou ondas renovatórias do acesso à justiça. A primeira delas apresentada por Mauro Cappeletti é exatamente a assistência jurídica aos pobres, em que o autor afirma a necessidade de representação perante a justiça, mesmo para aqueles que não podem pagar por um advogado. Essa assistência deve se dar tanto para corrigir a desigualdade de acesso à justiça gerada pela falta de recursos, quanto para esclarecer essas pessoas quanto a seus direitos no tocante à prestação jurisdicional e à assistência jurídica em si.

Nessa seara, vale citar o papel essencial do Ministério Público e das Defensorias Públicas na amenização dessa situação de desigualdade, buscando alcançar as pessoas que não têm acesso à informação.

Paulo Galliez defende que a Defensoria Pública é esteio do Estado de Direito, pois sua função precípua é a de neutralizar o abuso e as arbitrariedades emergentes da luta de classes, tão idealizada por Karl Marx. Entretanto, o autor destaca que este mesmo Estado desenvolve mecanismos para desestabilizar a ordem pública e fazer com que surjam novos regimes de força. A Defensoria Pública emerge como forma de manter o equilíbrio, pelo menos em relação ao aspecto jurídico, entre os ‘donos do poder’ e os oprimidos, a fim de enfrentar o desenvolvimento desigual entre as classes sociais. (GALLIEZ, 2001, p.9 -10).

Uma segunda proposta de assistência jurídica às classes menos abastadas, englobada na primeira onda cappellettiana, é a do sistema *judicare*, onde o direito tem sua atuação otimizada por meio da intervenção do Estado, que se responsabiliza diretamente pelo pagamento dos honorários advocatícios no lugar do litigante. É uma forma mais igualitária para promoção do acesso à justiça no sentido de eliminar as desproporcionalidades socioeconômicas e dar aos mais pobres a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado.

Entretanto, tal sistema apresenta um ponto falho, principalmente trazendo a problemática para a realidade brasileira: a falta de recursos por parte do Estado para financiar os serviços advocatícios. A contratação de advogados menos experientes como forma de contornar a impossibilidade de se pagar honorários de bons advogados, conseqüentemente mais caros, frustraria a efetivação de um acesso justo e igualitário à prestação jurisdicional.

Contudo, vale ressaltar que o *judicare*, segundo entendimento de Cappelletti, é ainda muito omissivo, pois desfaz a barreira no acesso à justiça imposta pelo custo, mas despreza os demais problemas que também dificulta a efetivação da justiça aos mais pobres. Para o autor este impasse torna-se mais uma barreira entre uma lide envolvendo os hipossuficientes e o conhecimento de seus direitos. (CAPPELLETTI, 2002, p.38)

Além disso, gratuidade da prestação jurisdicional abrange os honorários advocatícios e, mais além, eventuais taxas e todo custo para se tocar o processo.

Por fim, Cappelletti traz como terceira proposta no âmbito da assistência jurídica aos vulneráveis economicamente, o modelo de assistência judiciária com advogados remunerados pelo Estado, tal qual o sistema *judicare*, com a diferença de que, a

despeito da falta de compromisso deste último com as questões de classe, nesta terceira proposta há o enfoque nestas demandas gerais e na conscientização das pessoas a respeito de seus direitos. O ponto falho deste sistema de advogados assalariados está no fato de possivelmente se preterir interesses individuais em prol de casos de grande repercussão, além da incoerência entre o fato de os escritórios serem financiados pelo governo ao passo que, de maneira simultânea, combatem políticas públicas.

A segunda onda cappelletiana de acesso à justiça se relaciona com a defesa de direitos cujos sujeitos são difusos, tema não especialmente relevante para esta análise.

A terceira onda se relaciona ao advento dos juizados especiais, compreendidos a partir da busca de novos mecanismos jurídicos que proporcionem celeridade e acesso descomplicado e compreensível à prestação jurisdicional, envolvendo para tanto as instituições, os serviços advocatícios em si e também os procedimentos no tocante à provocação da jurisdição.

Os juizados especiais, “criados não apenas para desafogar o judiciário, mas também para abrir portas para o acesso à justiça nos casos de menor complexidade” (SILVERIO, 2009, p.8), surgiram dos antigos Juizados de Pequenas Causas, especificamente pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que regulamenta os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, apresentando em sua organização os seguintes critérios de longo prazo pelos quais devem ser regidos: celeridade, economia processual, oralidade, simplicidade e informalidade.

Em meio aos desafios de se garantir a prestação jurisdicional e mitigar o problema econômico, juntamente com os Juizados Especiais, figuram os meios extrajudiciais para resolução de litígios, quais sejam, notadamente, a mediação, a conciliação e a

arbitragem, trazendo consigo uma melhora no tempo de duração do processo e a diminuição dos custos processuais. Tais métodos serão discutidos posteriormente.

Ainda, em complemento, Alisson Farinelli e Eduardo Cambi (2011, P. 288) nos trazem, a respeito da conciliação que sua eficácia depende do tratamento igualitário entre os contendores que decidem, uma vez que este deve ser de forma aberta, direta e franca.

4 MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS COMO ALTERNATIVAS À JUSTIÇA BRASILEIRA

4.1 MEDIAÇÃO

O descontentamento dos litigantes com os trâmites da justiça estatal brasileira é evidente, ocasionada principalmente pela morosidade excessiva na solução dos conflitos e pela díade composta pela deficiência de informação e a situação econômica, variáveis que resultam no congestionamento de processos e nas inúmeras possibilidades de interposição de recursos que geram prazos absurdos para suas análises e decisões.

Surge como alternativa aos problemas apresentados os chamados Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias, cujos principais atores são a Mediação, a Conciliação e a Arbitragem. O instrumento legal existente que norteia os procedimentos e regras para os meios alternativos de solução de conflitos é a *Lei* no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A Mediação se utiliza de um terceiro para auxiliar as partes na busca de uma solução satisfatória para ambas, sem, contudo opinar diretamente sobre a lide em questão, utilizando-se de téc-

nicas que propiciem oportunidades para que as mesmas possam tomar decisões, auxiliando de forma construtiva o restabelecimento da comunicação entre elas, aproximando-as de tal modo que a decisão tomada seja do agrado de todos, preservando assim as relações que existiam antes do conflito.¹

Seu objeto de atuação são os direitos patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis (direitos indisponíveis que podem ter o seu valor convencionado).

Quando se fala na atuação de um terceiro, surge em muitos a dúvida: Quem é o terceiro que pode mediar uma lide?

Quando se trata de mediação informal, pode ser um parente, um amigo ou um líder religioso ou comunitário. Em contrapartida, quando ocorrer de modo estruturado e até profissional (tecnicamente, a mediação é sempre informal), o mediador é alguém preparado para exercer essa atividade específica e possui conhecimentos na área do conflito levado à mediação. O mediador é um terceiro imparcial e neutro, que não possui qualquer poder de decisão. Seu papel restringe-se a facilitar, auxiliar e/ou incentivar a autocomposição e não expressar a sua opinião sobre o resultado do pleito e não sugere soluções. O mediador deve tentar estabelecer um equilíbrio na controvérsia ao aproximar as partes através dos seus interesses comuns.

A mediação não é complexa e burocrática como o processo judicial. Apesar de haver um procedimento pré-fixado, a mediação não se desenvolve por esquemas rígidos e inflexíveis. Há

1 A mediação é uma forma de autocomposição dos conflitos, com o auxílio de um terceiro imparcial, que nada decide, mas apenas auxilia as partes na busca de uma solução. (Buitoni, 2006)

É um método de condução de conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação produtiva e colaborativa entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo (Nazareth, 1998).

sempre três etapas fundamentais: pré-mediação, negociação mediada e estabelecimento do acordo.

A solução será de comum acordo das partes e, de preferência, deverá beneficiar a ambas. Uma vez alcançado um acordo através da mediação, as partes podem ou não o levar ao Judiciário para ser homologado.

4.2 CONCILIAÇÃO

O segundo método de solução extrajudicial intitula-se Conciliação, esta por vezes é confundida com a Mediação por apresentar conceitos similares. O método conciliatório trata-se de um esforço das partes para a resolução de controvérsias, utilizando-se do auxílio de um terceiro conciliador de forma imparcial na condução de uma solução ao conflito, que opine e emita soluções quando as partes não conseguirem um entendimento.

A diferença entre os dois processos é a intervenção do conciliador na proposição da solução, o que não ocorre na mediação, onde as partes são responsáveis na determinação das soluções. Contudo, as partes continuam com sua autonomia no que diz respeito à solução proposta, tendo por opção acatar ou não a proposta do conciliador.

É mais indicada em casos de conflitos objetivos, onde há uma controvérsia pontual entre as partes. Sua utilização é indicada quando o conflito advém de uma situação circunstancial e não há necessidade de preservação do relacionamento entre as partes. É muito utilizada para dirimir conflitos oriundos de relações de consumo.

A conciliação ocorre no âmbito do Poder Judiciário. Quando se dá antes da propositura da ação, é realizada por um conciliador. Se houver acordo, este pode ou não ser homologado pelo

juiz. Caso não haja acordo, o processo será instaurado para produzir uma solução heterocompositiva. Quando ocorre durante o processo, a conciliação pode ser realizada pelo próprio juiz ou por um conciliador, e obtido o acordo, este será homologado e se extinguirá o processo com resolução de mérito.

Ao contrário da mediação que não se alicerça em dispositivo legal, a conciliação segue o procedimento estabelecido na Lei 9.099 e no CPC.

O acordo obtido na conciliação e homologado pelo juiz constitui título executivo judicial (art. 475- N, III do CPC) e não caberá recurso da sentença homologatória (art. 41 da Lei 9.099).

4.3 ARBITRAGEM

Partindo da concepção de Carlos Albert Carmona, podemos definir que a arbitragem é um sistema opcional, paralelo ao Poder Judiciário, de solução de conflitos, que pode ser pactuada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas.²

Por tratar-se de mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias, a atuação estatal só ocorrerá em caso de necessidade de utilização da força perante a resistência de uma das partes ou de terceiros. Por exemplo, no caso de condução de testemunhas, implementação de medidas cautelares, execução de provimentos antecipatórios ou execução de sentença arbitral. Este método é indicado para conflitos que necessitam de conhecimentos extremamente técnicos para a sua decisão.

É comum que as partes escolham um especialista no tema sobre o qual versa o conflito. São também característi-

2 “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”. (CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo*, p. 51.)

cas importantes para a escolha do árbitro: qualificação profissional, domínio de idiomas, nacionalidade e local de residência.

Assim como ocorre na Conciliação, a Arbitragem também segue procedimento estabelecido por um dispositivo legal, neste caso a Lei 9.307/96.

A decisão arbitral possui a mesma eficácia da decisão judicial, tanto que constitui título executivo judicial conforme o art. 475-N, IV do CPC.

É notória a intenção de descongestionamento da justiça ao se implementar tantos métodos extrajudiciais de solução de conflitos. Entretanto, tais alternativas ainda não suprimiram a desigualdade de representação judicial enraizadas na assimetria social e econômica, máxime no que diz respeito a conciliação e a arbitragem.

CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado no presente trabalho mostrou-se que definição de custos dentro de um processo jurídico engloba diversas informações úteis tanto para aquele que quer entrar com um processo e necessita do auxílio da justiça, quanto para aqueles que se dedicaram a se debruçar sobre o assunto no intuito de estudos acadêmicos como é o caso deste artigo.

O trabalho mostrou que o Estado precisa destes tributos em forma de custos para a manutenção de seu sistema de justiça, mas foi levantado a dúvida sobre a eficiência de tal sistema, pois é de conhecimento pelo próprio STF que a demora no que ao direito de um processo célere, se não atendido conforme a constituição informa, torna-se uma anomia no sistema judiciário que afeta o cidadão.

Trabalhou-se neste presente artigo da melhor forma possível com linguagem clara, acessível e suscinta o que tange as minúcias de um processo jurídico em relação aos custos, destrinchando o que seria as despesas iniciais, observadas pela parte que inicia o processo, sendo algo taxativo pelo Estado. Mostrou-se também o que tange as despesas eventuais, citando o exemplo de um especialista judicial, contratado para manter a celeridade do processo e prestando a melhor interpretação para as provas que sejam de sua área de conhecimento.

Por meio da doutrina introduziu-se a ideia de responsabilidade provisória, ligado as partes da causa e seu compromisso com a efetivação do tributo para aquela prova que necessite de uma interpretação específica e que a não realização de tal pagamento pode comprometer a prova.

Indagou-se também no início do processo o juiz pode deixar que uma só parte cuide das custos processuais, assim como também pode permitir que ambas as partes dividam os custos entre si, pois as provas podem ter um interesse geral de interpretação, e também que ao fim de um processo, tendo o juiz decidido em causa de uma parte, aquela que perdeu a causa pode ser sentenciada a ressarcir os custos processuais da outra, é o que diz o artigo 20 do CPC.

Ao que tange os custos processuais, tratou-se por fim de forma breve aqueles que são isentos das custas, como é o caso do autor popular, o Ministério Público, o autor da ação civil pública, o beneficiário da justiça gratuita etc. Entendeu-se que para alguns casos, como o do Ministério Público, por ser um órgão de manutenção da justiça é compreensível que haja a isenção dos custos processuais, tal órgão citado pela Constituição em seu artigo 128

vai receber caráter permanente e ser lembrado de sua importância de proteger a ordem jurídica.

O acesso à justiça está intrinsecamente ligado à distribuição de renda e à mitigação dos obstáculos socioeconômicos que impedem as pessoas de terem seus direitos tutelados e suas pretensões levadas a juízo de forma adequada, igualitária, eficaz e justa.

Nessa senda que é compreender o aspecto econômico e seu impacto no acesso das populações economicamente vulneráveis à prestação jurisdicional, pôde-se perceber que os custos processuais vão além dos honorários advocatícios, compreendendo taxas, gastos gerados pela longa tramitação dos processos na justiça brasileiro, entre outros.

A compreensão dessa gama de custos e sua análise com base nos trabalhos teóricos relacionados ao acesso à justiça – aqui representados por Cappeletti & Garth, primeiramente, e por Boaventura de Sousa Santos, complementarmente – permitiu apontar formas de mensurar esses custos processuais, tecendo críticas em relação à falta de critérios lógicos para sua definição; e também descrever possíveis soluções para contornar a barreira econômica no acesso à justiça.

Como abordado na análise, os mecanismos de solução de conflitos – arbitragem, mediação e conciliação – juntamente com a atuação das Defensorias Públicas e do próprio Ministério Público compõem elementos essenciais para contornar essa situação de desigualdade gerada pela falta de recursos, valendo frisar que estes mecanismos e instituições encontram regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro.

Mais além, foram apresentadas propostas de assistência jurídica às pessoas mais pobres, apontadas por Cappeletti & Garth em sua obra. Esses sistemas, notadamente o *judicare* e a assis-

tência judiciária com advogados assalariados pagos pelo Estado, apesar das críticas, surgem como sugestões para que a população consiga acessar a justiça, conhecer seus direitos e pleitear adequadamente a tutela de seus interesses.

Nesse sentido, a figura dos Juizados Especiais surge também para complementar este rol de mecanismos, possibilitando a redução de custos, por sua celeridade e simplicidade no tocante aos procedimentos, e também se apresentando de uma forma mais compreensível e próxima das pessoas, promovendo o esclarecimento quanto ao acesso à prestação jurisdicional e à assistência jurídica.

A nossa constituição vigente prevê que o Estado é incumbido de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Entretanto, sobre os termos assistência judiciária, assistência jurídica e justiça gratuita não são raros os equívocos cometidos em torno da interpretação e aplicação de tais termos, tendo em vista que, em linhas gerais, acabam cumprindo uma mesma função.

Corriqueiramente justiça gratuita e assistência jurídica são confundidas, mas a verdade é que são institutos diferentes. Ainda que os dois tenham quase os mesmos objetivos, numa interpretação mais pormenorizada, pode-se averiguar a diferença entre ambos.

Faz-se necessário enfatizar a importância do entendimento na distinção destes termos, pois é nesta fase que se define qual assistência irá atender um determinado tipo de beneficiário. Uma vez estabelecida uma assistência inadequada à um determinado quadro econômico, se produz uma condição injusta no acesso e assistência à justiça de determinada pessoa.

Define a gratuidade da justiça, como sendo a dispensa dos pagamentos de taxas, custas e demais despesas processuais. Sendo o indivíduo assistido a parte vencida, as despesas processuais e os honorários do advogado da parte oposta deverão ser custeados, uma vez que não estão abrangidos pelos benefícios da gratuidade da justiça, devendo estes serem pagos.

Conceitua-se assistência judiciária como sendo o benefício concedido aos necessitados da prestação jurisdicional do estado podendo assim se valer de seus direitos que se ache lesado. Para ter acesso a tal benefício devem ser seguidos alguns requisitos, como é o caso de afetar o seu sustento tentando custear o processo.

A assistência jurídica, por sua vez, é ampla e gratuita, pois envolve não somente a assistência judiciária, mas também a consultoria e a orientação jurídica.

O julgamento correto de pedidos de Justiça Gratuita exige dos julgadores pleno conhecimento do que sejam as pobreza judicial e extrajudicial para que se possa estabelecer uma assistência justa e adequada com determinado tipo de fragilidade econômica. Na fase das decisões denegatórias é inviável tratar a pobreza judicial como se fosse extrajudicial, tal condição incorre de um grave equívoco hermenêutico e repousa sob a pena de produzir decisão judicial injusta.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Editora Ática, 1994. p. 74-76.

MELLO, Michele Damasceno Marques. Considerações sobre a influência das ondas renovatórias de Mauro Cappelletti no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212492.pdf>. Acesso em: maio 2019.

SILVERIO, Karina Peres. Acesso à Justiça. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1673/1590>>. Acesso em mai. 2019.

ABREU, Frederico do Valle. O custo financeiro do processo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 132, 15 nov. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4485>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. 2.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. Tomo V.

Sergio Pinto Martins, Teoria Geral do Processo, 2ª edição, 2017, Saraiva, p. 143-148

ASPECTOS JURÍDICOS RELATIVOS À AMAMENTAÇÃO NA PRISÃO E A PROMOÇÃO DESTE DIREITO NA PENITENCIÁRIA FEMININA CONSUELO NASSER NA CIDADE DE APARECIDA DE GOIANIA NOS ANOS 2018 E 2019

Carlos Alberto Vaz de Vilhena Coelho Júnior¹

Juliana de Pádua Peleja²

Willian Adão Rabelo³

RESUMO: A condição de presa dentro do sistema carcerário já é problemática pela inexistência de estrutura qualificada para atendimento das mulheres. Quando esse atendimento é devido a mulheres que estão grávidas ou possuem filhos em processo de amamentação, a situação é mais complexa. Decisões paradigmáticas têm mudado esse quadro, mas ainda permanecem longe de resolver o problema. Em Goiás o problema é especialmente sentido dentro da Penitenciária Consuelo Nasser, entretanto, percebe-se que as alterações de decisões têm começado a mudar o paradigma atual, analisando dados de 2018 e 2019.

INTRODUÇÃO

A condição de presa não é motivo para retirada de outros direitos, além daqueles alcançados na sentença. Nesse liame, ape-

1 Graduando em Direito na Universidade Federal de Goiás. E-mail: carlosalbertovazjunior@gmail.com

2 Graduada em Direito na Universidade Federal de Goiás. E-mail: julianappeleja@gmail.com

3 Graduando em Direito na Universidade Federal de Goiás. E-mail: wrabelo@gmail.com

sar de parecer óbvio, é esperado que uma mulher que esteja presa tenha mantido todos os direitos que não tiverem sido objetos da sentença de condenação penal.

O tema escolhido para o desenvolvimento deste artigo foi a situação carcerária das presas no Brasil, mais especificamente pretende tratar da situação daquelas presas que estão cumprindo pena dentro do presídio Consuelo Nasser, em Aparecida de Goiânia- GO, e que estejam amamentando, focando especialmente no que tange às condições e estrutura de amamentação existentes e na eventual possibilidade de cumprir prisão preventiva em seus domicílios, enquanto aguardam julgamento.

Segundo levantamento do CNJ de janeiro de 2018, existiam, naquele mês, pelo menos 622 mulheres no Brasil que estavam grávidas ou eram lactantes⁴. Na penitenciária do DF, 13,7% das presas estavam lactantes ou tinham filhos de até 12 anos de idade.

Apesar da decisão do STF, em fevereiro de 2018⁵, que permitiu que presas que estivessem em regime provisório, temporário ou preventivo aguardassem a sentença em casa, será que essa decisão tem sido amplamente cumprida?

Caso haja a ausência desse cumprimento, como é a situação das mulheres lactantes nos presídios brasileiros? Especificamente em Goiás, como é a situação das mulheres lactantes dentro do presídio Consuelo Nasser?

Um dos princípios garantistas quando se trata da pena de prisão está na Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 (CF), em seu art. 5º, que proclama que

4 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-25/cnj-identifica-622-gravidas-ou-lactantes-presidios-brasil>> – Acesso em: 14 jun. 2019

5 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>> – Acesso em: 14 jun. 2019

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, de igual forma, o vigente Código Penal, o Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, aponta em seu art. 1º que “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Pois bem, partindo da premissa que todo o processo criminal correu adequadamente, com acesso ao contraditório e à ampla defesa, com o trânsito em julgado da condenação inicia-se o cumprimento da pena.

Para várias mulheres que estão presas no Brasil esse instante torna-se não somente o momento de começar a saldar sua dívida com a Justiça, mas o início da preocupação sobre o que vai acontecer com o seu filho ou filha não nascido.

Algumas dessas mulheres estão grávidas quando começam a cumprir a sua pena. O direito de prover a amamentação ao filho está na Constituição, em seu art. 5º, que diz que “L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”, de igual forma a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal, em seu art. 83 assenta que “§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.”. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu art. 9º, preconiza que “Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”.

Nesse sentido, é uma ofensa a direito que uma mulher, presa, não tenha o tratamento adequado quando do momento da

amamentação de seu filho e é responsabilidade do Poder Público prover a infraestrutura necessária para que esse direito possa ser exercido, em sua totalidade, pela presa dentro do cárcere.

Ao não serem atendidos esses direitos, abre-se um questionamento de qual é a estrutura existente e como são tratadas as presas lactantes, logo, justifica-se a escolha do tema em questão pela relevância que ele possui, tanto em sua dimensão em abstrato, quando da mensuração dos direitos que são concernentes às mulheres presas, quanto em sua dimensão em concreto, quando podemos verificar a situação real pela qual as mulheres precisam passar para terem os seus direitos respeitados.

Nesse sentido, pretende-se principalmente analisar a disparidade entre necessidade e existência de estrutura adequada para amamentação dentro do presídio Consuelo Nasser, em Aparecida de Goiânia – GO, entre os anos de 2018 e 2019.

Além disso, também analisar-se-á o quantitativo de presas no Brasil em situação de lactância, segundo dados do CNJ, além de levantar-se o cenário existente atualmente no Brasil em relação a essas presas e identificar qual a estrutura existente em Goiás para atender essas presas.

Também pretende-se identificar como a legislação, a doutrina e os julgados tem se mostrado quanto à essa questão e, por fim, avaliar o que pode ser feito para melhorar a situação existente, avaliada nos objetivos anteriores.

Para tanto, a pesquisa adotará um método dialético-argumentativo como ponto de partida na construção de um conhecimento direcionado ao problema tratado sobre a situação das presas amamentantes.

Pretende-se analisar a situação legal, em seu aspecto abstrato e como essa situação tem sido tratada, em concreto, dentro do

sistema prisional, em particular no sentido de saber se as presas têm sido vítimas de violência no alijamento de seus direitos, enquanto lactantes.

Para isso, o referencial legal é o existente na Constituição Federal de 1988, no Código Penal vigente, no atual Estatuto da Criança e do Adolescente e em outras legislações dispersas que versem sobre o tema. A base conceitual será a de pensadores como Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Pierre Bourdieu pelo qual será possível destacar uma possível violência simbólica a que as mulheres eventualmente estejam submetidas.

De igual forma, escritores como Rogério Greco, Guilherme de Souza Nucci e Paulo Queiroz fazem parte da revisão literária utilizada para o desenvolvimento deste trabalho.

1 Identificação da estrutura de amamentação dentro do sistema prisional conforme o Conselho Nacional de Justiça

A presidente do Conselho Nacional da Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia⁶, apresentou em agosto de 2018 para os conselheiros do CNJ a nova versão do Banco Nacional de Monitoramento de Presos (BNMP 2.0)⁷. De acordo com os dados parciais apresentados pela ministra aos conselheiros, existem atualmente no Brasil 602.217 presos, dos quais 95% são homens e 5% são mulheres. Cerca de 40% são presos provisórios, 27% respondem por roubo e 24% são detidos

6 ANDRADE, Paula. Cármen Lúcia apresenta ao CNJ o novo banco nacional de presos. CNJ, Notícias, 07 de ago. de 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87300-carmen-lucia-apresenta-ao-cnj-o-novo-banco-nacional-de-presos>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

7 Cadastro Nacional de Presos – BNMP 2.0. CNJ, Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

por tráfico de drogas. Nesse contexto, busca-se apurar a realidade do sistema penitenciário feminino, em especial, a situação de gestantes e lactantes.

A real situação das presas gestantes e lactantes tem sido levada ao conhecimento do poder público em detalhes pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Entre janeiro e maio de 2018, uma equipe do CNJ coordenada pela juíza Andreмара Santos, então juíza auxiliar da presidência do CNJ, esteve em 34 estabelecimentos penais, em 26 unidades da Federação, para apurar a situação dos locais que abrigam mulheres privadas de liberdade, grávidas ou lactantes⁸. Essas visitas constataram a dificuldade no acesso à saúde da mãe e da criança em todos os presídios femininos da pesquisa.

Segundo o relatório da instituição⁹, destaca-se que o sistema prisional mostra-se falho ao considerar as especificidades de gênero e a necessidade diversa de homens e mulheres em situação de cárcere apenas no âmbito jurídico e administrativo, mas longe de atender a essas demandas na realidade fática. Mulheres encarceradas compõem um segmento dessa população situado na invisibilidade, em que suas necessidades são negligenciadas e sua dignidade constantemente violada. Aspectos inerentes à maternidade precisam ser avaliados, como a garantia da presença dos filhos junto às mães pelo prazo previsto por lei, além de condições básicas essenciais para o desenvolvimento saudável nesse período tanto para a genitora, quanto para o recém-nascido.

8 CIEGLINSKI, Thaís. Presídios Femininos têm 466 grávidas ou lactantes. CNJ, Notícias, 18 de out. de 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87816-presidios-femininos-tem-466-gravidas-ou-lactantes>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

9 Relatório Estatístico Visita às mulheres grávidas e lactantes privadas de liberdade. CNJ, Secretaria de Comunicação Social, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/a988f1dbdd2a579c9dcf602c37ebfbbd_c0aacbbe-4a781a772ee7dce8e4c9a060.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2019.

1.1 Saúde, nutrição e infraestrutura penitenciária

Muitas instituições prisionais femininas não são dotadas de local específico para gestante e parturiente, berçário (espaço destinado à permanência de lactentes com suas mães, de modo a favorecer o aleitamento materno) e creche para crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos que estejam desamparadas. Evidencia-se que, apesar de existir uma política pública de assistência à saúde no Sistema Prisional, que prevê a instalação de unidades básicas de saúde (UBS) nos complexos penais, e unidades materno-infantis, nem todas as unidades dispõem dos recursos. O desafio se encontra em utilizar adequadamente os recursos do fundo penitenciário, disponibilizados pelo Depen (Departamento Penitenciário Nacional) e pelas secretarias de Administração Penitenciária¹⁰, a fim de proporcionar condições sanitárias, estruturais e serviços adequados.

Nesse cenário, além de acomodações precárias, não havia equipe médica adequada disponível no ambiente prisional para pronto atendimento segundo o projeto. Constatou-se não haver ginecologistas ou obstetras acessíveis para o atendimento pré-natal das grávidas, nem pediatras disponíveis para os recém-nascidos que vivem nas cadeias brasileiras. Juntamente ao ambiente insalubre, a situação se mostra ainda mais grave pela vulnerabilidade biológica dessas pessoas em fase mais suscetível a doenças. Ademais, havia unidades com crianças com vacinação atrasada e ainda sem o registro de nascimento¹¹.

10 BANDEIRA, Regina. Presídios Femininos: o descaso com saúde e alimentação de grávidas e crianças. ABRAMINJ, Notícia, 02 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.abraminj.org.br/noticia.php?id=2181>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

11 PONTES, Felipe. CNJ constata situação precária de presas gestantes e lactantes. AGÊNCIA BRASIL, Direitos Humanos, 02 de mar. de 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-03/cnj-constata-situacao-precario-de-presas-gestantes-e-lactantes>>. Acesso em: 10 jun. 2019

A nutrição nesses estabelecimentos também foi verificada e estipulada como inadequada e de baixa qualidade¹². O CNJ constatou a falta de fiscalização em relação às dietas oferecidas às lactantes, aos bebês e às grávidas. Encontraram sopa com muita gordura; com muito sal; marmita estragada ou sem cozimento adequado. Esse tipo de consumo está associado a doenças como hipertensão, diabetes e obesidade, além de problemas nas artérias e no cérebro. Muitas detentas reclamaram a respeito da alimentação e o fato de não terem opção: comer mal ou não comer. Somado a isso, não há gerenciamento de dieta balanceada por equipe de nutricionistas. O esperado seria a adequação das dietas dos bebês, das grávidas ou das lactantes, cada qual com sua dieta própria voltada para as respectivas necessidades biológicas.

Vale ressaltar que os cuidados médicos durante a gravidez e após o parto são fundamentais tanto para a mulher quanto para a criança, e a Lei de Execução Penal, N° 7.210, de julho de 1984, art. 14°, § 3°, garante à mulher o direito a acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido, pois nos exames realizados durante esse período pode-se diagnosticar muitos problemas de saúde que costumam atingir a mãe e seu bebê. Além disso, o estado geral da mãe, seja de nutrição, higiene ou saúde, além do suporte social recebido durante a gestação, são fundamentais para o desenvolvimento da criança.

O aleitamento materno é essencial para a nutrição da criança que não deve ser prejudicada pelos crimes cometidos pela mãe. Apesar de contar hoje com variados tipos de leite artificial e ma-

12 PONTES, Felipe. CNJ constata situação precária de presas gestantes e lactantes. AGÊNCIA BRASIL, Direitos Humanos, 02 de mar. de 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-03/cnj-constata-situacao-precaria-de-presas-gestantes-e-lactantes>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

madeiras, o desmame precoce não é saudável para a mãe, e muito menos para o bebê, pois ambos têm na amamentação o conforto para suprir o baque de terem sido separados abruptamente por ocasião do parto. Do ponto de vista físico, a amamentação ajuda a volta do útero, no pós-parto, às suas condições anteriores à gravidez, sem desprezar os aspectos psicológicos.

Em meio às precárias circunstâncias identificadas pelo Conselho Nacional de Justiça, também foi possível encontrar realidades positivas¹³. Na Penitenciária de Cariacica/ES, o cuidado com a alimentação das presas surpreendeu a assessora da Presidência do CNJ, Luisa Cruz, que participou das inspeções. Há nutricionistas para adequar as dietas dos bebês, das grávidas ou das lactantes. Em Alagoas, no Presídio Feminino Santa Luzia, a unidade materno-infantil possui unidade básica de saúde devidamente equipada e em pleno funcionamento. Até existem estabelecimentos penais que priorizam e investem no acolhimento de mães e bebês. No entanto, esses poucos casos de boa administração presidiária não representam a realidade conjuntural do sistema.

1.2 Circunstâncias jurídicas e prognóstico em relação às crianças afetadas

Em relação à situação jurídica das detentas, muitas apontaram dificuldades para entrar em contato com os defensores públicos¹⁴. Grande parte dessas pessoas foram presas sem o devido processo legal e acabam cumprindo pena maior ou em condições

13 VULGATA, Agência. CNJ – Presídios Femininos: o descaso com saúde e alimentação de grávidas e crianças. WERUS & LARA, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.weruselaraadvogados.com.br/cnj-presidios-femininos-o-descaso-com-saude-e-alimentacao-de-gravidas-e-criancas/>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

14 PEREIRA, Paulo. Cármen Lúcia em MG: “Nenhuma criança deve nascer numa penitenciária”, JUSBRASIL, 21 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://98.jusbrasil.com.br/noticias/536309530/carmen-lucia-em-mg-nenhuma-crianca-deve-nascer-numa-penitenciaria>>. Acesso em: 13 jun. 2019

mais rigorosas do que a cominação legal do crime cometido. Os relatos coletados demonstram um fato já conhecido pela maioria das pessoas: muitas das mulheres que estão presas foram condenadas por envolvimento com o tráfico de drogas. Dados do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) revelam que mais de dois terços das presidiárias se relacionaram com o sistema jurídico-penal pelo envolvimento com as drogas, geralmente ao desempenhar papéis secundários no tráfico, muitas vezes apoiando seus companheiros – ou mesmo levando drogas aos que estão presos¹⁵.

Em ação conjunta a esses fatores, verifica-se que a separação da mãe e o filho é feita de maneira imprópria¹⁶. O processo é muito doloroso e, na maioria das vezes, não é acompanhado pela Justiça da Infância e Juventude nem pelo Conselho Tutelar. Esse acompanhamento é fundamental para verificar a situação das crianças no meio social e se estão sendo bem cuidadas. Dessa forma, devem ser desenvolvidas ações de preparação da saída da criança do estabelecimento prisional e sensibilização das pessoas ou órgãos responsáveis por seu acompanhamento social e familiar, desde seu nascimento, a fim de preservar a constituição subjetiva e social desses novos cidadãos. Isso é fundamental para evitar a marginalização e defasagem no desenvolvimento do indivíduo e, eventualmente, a inserção na criminalidade. Assim, é imperativo garantir condições dignas aos filhos de mulheres presas ao viabilizar o acesso a políticas públicas de saúde, assistência social, educação, trabalho e renda, entre outras.

15 HASHIMOTO, Érica; GALLO, Janaina. Maternidade e Cárcere: um olhar sobre o drama de se tornar mãe na prisão. REVISTA LIBERDADES, Resenha 1, jan./abr. de 2012. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=117>. Acesso em: 14 jun. 2019.

16 HASHIMOTO, Érica; GALLO, Janaina. Maternidade e Cárcere: um olhar sobre o drama de se tornar mãe na prisão. REVISTA LIBERDADES, Resenha 1, jan./abr. de 2012. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=117>. Acesso em: 14 jun. 2019.

Nesse sentido, o poder público prevê uma série de dispositivos legais a fim de proteger o menor das ameaças a sua formação como pessoa. A Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, garante que as penitenciárias femininas sejam dotadas de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, prevê que é direito da criança o acesso à escola pública e gratuita perto de sua residência; é dever do Estado assegurar o atendimento de crianças em creches e pré-escola. Ademais, o direito à liberdade da criança pressupõe que ela tem direito a participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação, sempre respeitando a inviolabilidade de sua integridade física, psíquica e moral, o que abrange a preservação da imagem e da identidade. Também deve ser garantido às crianças, filhos (as) de mães encarceradas, o acesso a creches comunitárias comuns, fora do estabelecimento penitenciário, com serviços de transporte providenciados pelo Poder Público. Deste modo, garante-se o desenvolvimento da criança regularmente, sem prejuízo de seu contato, após o período escolar, com as genitoras.

Para o mesmo fim, a Resolução N°4 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de 15 de julho de 2009¹⁷, por sua vez, prevê que deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até 1 ano e 6 meses junto as suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que

17 SHECAIRA, Sérgio. Resolução CNPCP N° 4 de 15 de julho de 2009. LEGISWEB, Legislação Federal, 15 de julho de 2009. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=112041>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

sustente essa primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para a vinculação da mãe com sua(seu) filha(o) e para a elaboração psicológica da separação e futuro reencontro. A mesma Resolução também aponta que o processo de separação da mãe e da criança deve ser gradual. É fundamental que este processo se desenvolva de forma gradativa e sempre leve em conta as peculiaridades de cada caso e o melhor interesse da criança. Após a separação da criança deve ser garantido à mãe o direito de reunir-se sempre que possível com seus filhos, visando sempre à manutenção dos vínculos familiares.

1.3 Dados estatísticos referenciados conforme o Conselho Nacional de Justiça

Apesar da histórica negligência do Estado em relação a esse segmento da população carcerária, num contexto mais recente, verifica-se um esforço conjunto da sociedade e do poder público para proporcionar maior atenção à temática e garantir a eficácia dos direitos previstos pelo ordenamento jurídico. Em 4 de setembro de 2018, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução N° 252¹⁸ pela qual estabelece princípios e diretrizes para o acompanhamento das mulheres mães e gestantes privadas de liberdade. Um outro progresso importante foi o Cadastro Nacional de Presas Grávidas ou Lactantes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criado no início de 2018 e que contempla dados desde o final do ano anterior. Essa ferramenta permite que o Poder Judiciário conheça e acompanhe, continuamente, a situação dessas mulheres submetidas ao sistema prisional brasileiro.

18 LÚCIA, Cármen. Resolução N° 252 de 04 de setembro de 2018. CNJ, Atos Administrativos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3546>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

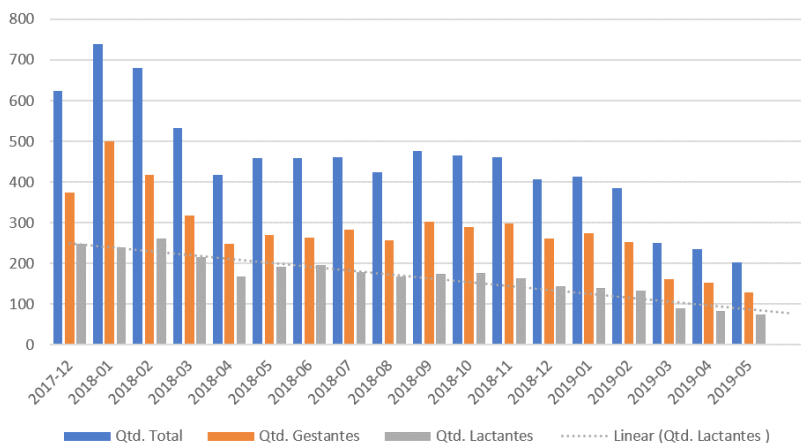
1.4 Valores Estatísticos Nacionais

Tabela 1 – Dados referentes a mulheres encarceradas no Brasil

Ano-Mês	Qtd. total	Qtd. Gestantes	Qtd. Lactantes
2017-12	623	374	249
2018-01	740	500	240
2018-02	680	418	262
2018-03	532	317	215
2018-04	417	248	169
2018-05	460	269	191
2018-06	460	264	196
2018-07	461	283	178
2018-08	425	258	167
2018-09	477	302	175
2018-10	465	289	176
2018-11	461	298	163
2018-12	407	262	145
2019-01	414	275	139
2019-02	385	252	133
2019-03	250	161	89
2019-04	235	152	83
2019-05	203	128	75
ANÁLISE ESTATÍSTICA	TOTAL	GESTANTES	LACTANTES
<i>MÉDIA</i>	<i>450</i>	<i>281</i>	<i>169</i>
<i>VARIAÇÃO ABSOLUTA</i>	<i>-420</i>	<i>-246</i>	<i>-174</i>
<i>VARIAÇÃO RELATIVA PERCENTUAL</i>	<i>-67</i>	<i>-66</i>	<i>-70</i>
<i>VALOR MÁXIMO</i>	<i>740</i>	<i>500</i>	<i>262</i>
<i>VALOR MÍNIMO</i>	<i>203</i>	<i>128</i>	<i>75</i>

Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Elaborado pelos autores.

Gráfico 1 – Dados referentes a mulheres encarceradas no Brasil



Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Elaborado pelos autores.

Verifica-se que houve uma diminuição expressiva de 67% do número de mulheres gestantes e lactantes no sistema prisional no âmbito nacional desde o final de 2017. Nesse período, observa-se uma quantidade total máxima de 740 pessoas em janeiro de 2018 e uma quantidade total mínima de 203 presas em maio de 2019. Houve uma variação absoluta negativa de 420 mulheres no âmbito nacional no respectivo espaço de tempo. No primeiro mês de amostra da pesquisa, havia 374 gestantes e 249 lactantes no sistema prisional brasileiro. Entretanto, em maio de 2019 havia 128 gestantes e 75 lactantes no país, valores mínimos registrados. Esse fenômeno se deu em virtude da decisão, por maioria dos votos, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) em favor do Habeas Corpus coletivo¹⁹ para determinar a substituição

19 Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes. CNJ. Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa>. Acesso em: 15 jun. 2019.

da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência²⁰, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP). Um instrumento com esta natureza pode fazer frente a violências que se tornaram coletivizadas no sistema prisional brasileiro em virtude do tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa e de sua descendência. Essa decisão meritória será abordada em detalhes no próximo tópico desse artigo.

20 2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Imprensa, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 15 jun. 2019

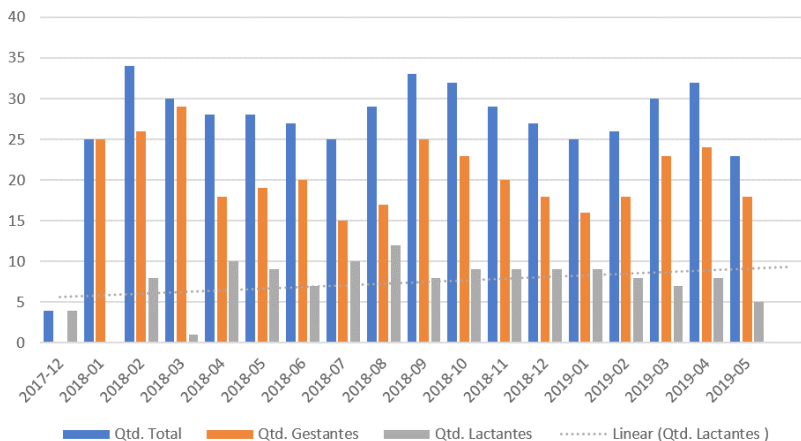
1.5 Valores Estatísticos Estaduais

Tabela 2 – Dados referentes a mulheres encarceradas no estado de Goiás

Ano-Mês	Qtd. total	Qtd. Gestantes	Qtd. Lactantes
2017-12	4	0	4
2018-01	25	25	0
2018-02	34	26	8
2018-03	30	29	1
2018-04	28	18	10
2018-05	28	19	9
2018-06	27	20	7
2018-07	25	15	10
2018-08	29	17	12
2018-09	33	25	8
2018-10	32	23	9
2018-11	29	20	9
2018-12	27	18	9
2019-01	25	16	9
2019-02	26	18	8
2019-03	30	23	7
2019-04	32	24	8
2019-05	23	18	5
ANÁLISE ESTATÍSTICA	TOTAL	GESTANTES	LACTANTES
<i>MÉDIA</i>	27	20	27
<i>VARIAÇÃO ABSOLUTA</i>	19	18	1
<i>VARIAÇÃO RELATIVA PERCENTUAL</i>	475	-	25
<i>VALOR MÁXIMO</i>	34	29	12
<i>VALOR MÍNIMO</i>	4	0	0

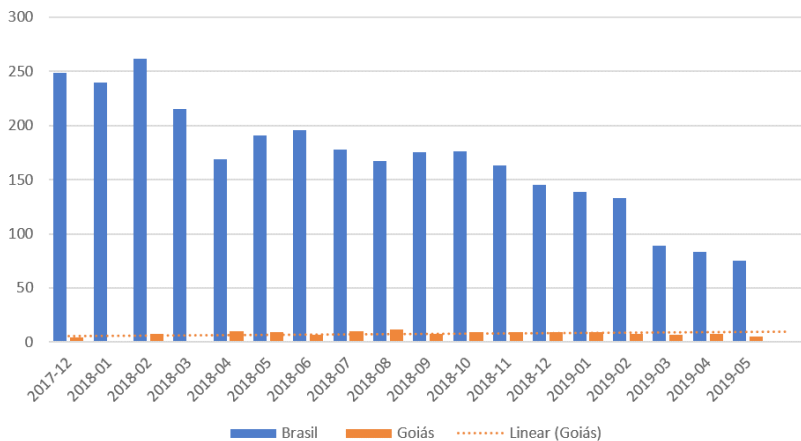
Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Elaborado pelos autores.

Gráfico 2 – Dados referentes a mulheres encarceradas no estado de Goiás



Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Elaborado pelos autores.

Gráfico 3 – Comparativo entre a quantidade de lactantes do país com o estado de Goiás



Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Elaborado pelos autores.

No Estado de Goiás, em contrapartida, observa-se um cenário bem distinto do que se verifica na realidade nacional. Constatou-se que houve um aumento expressivo de 475% do número de mulheres gestantes e lactantes no sistema prisional no âmbito estadual desde o final de 2017. Nesse período, observa-se uma quantidade total máxima de 34 pessoas em fevereiro de 2018 e uma quantidade total mínima de 4 presas em dezembro de 2017. Houve uma variação absoluta total positiva de 19 mulheres no âmbito estadual no respectivo espaço de tempo. No primeiro mês de amostra da pesquisa, não havia nenhuma gestante e apenas 4 lactantes em Goiás. Entretanto, em maio de 2019 havia 18 gestantes e 5 lactantes no Estado.

1.6 Problemas enfrentados na penitenciária Consuelo Nasser

Dentro de todos os aspectos supracitados, busca-se ter um entendimento atualizado da realidade prisional no Estado de Goiás, bem como na Penitenciária Feminina Consuelo Nasser. Por meio do DESPACHO N° 2673/2019²¹, a partir do Memorando n° 808/2019, pelo qual são solicitadas informações de acordo com a Lei de Acesso à Informação, Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011, a Gerência de Cartório, Controle, Classificação, Implantação e Movimentação de Vagas (GECART) informou que o sistema GoiasPen emite um relatório atualizado da quantidade de presas em 2019, que é 1184 presas, das quais 23 são grávidas e lactantes, no Estado de Goiás até o dia 15 de maio do referido ano. Informaram não haver dados dos anos de 2017 e 2018.

21 MELO, Patrick. Despacho N° 2673/2019 – Movimentação de Vagas – 16477. GERÊNCIA DE CARTÓRIO, CONTROLE, CLASSIFICAÇÃO, IMPLANTAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DE VAGAS, 15 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.cge.go.gov.br/ouvidoria/docs/pasta_052019/490885_201905310946569_status_2.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2019.

Juntamente a esses dados, por meio do DESPACHO Nº 323/2019²², foi informado que os dados coligidos junto à Unidade Prisional do Presídio Feminino dizem respeito ao período de janeiro a maio/2019, haja vista que a Diretoria-Geral da Administração Penitenciária assumiu a Gerência de Assistência Biopsicossocial no fim de janeiro/2019, portanto prejudicados as informações referentes aos anos anteriores.

De acordo com a Diretora do Presídio Feminino, Sr.^a Daniela Cruvinel, o contato materno com a criança ocorre conforme vigora a norma da Lei de Execução Penal, art. 83, §2º, e Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 9º, cujo tempo mínimo de convívio mãe-filho é de 06 (seis) meses. Existem acomodações para 03 (três) crianças, porém não em berçários, mas em camas comuns. Quanto aos produtos básicos de higiene e de cuidado com os bebês, a unidade prisional não tem estoque para fornecer fraldas, mamadeiras, chupetas, etc. Esses produtos são adquiridos pelas próprias reeducandas com ajuda de seus familiares. Tratamento médico ginecológico e pediátrico são oferecidos às sentenciadas, porém via agendamento pelo serviço de “Regulação” do Sistema Único de Saúde (SUS), através da equipe do Serviço Social. Nesse caso, não existe uma equipe própria do presídio para pronto atendimento.

Nesse cenário, com base nas informações prestadas, pode-se afirmar que foi informado apenas o estrito necessário, com falta de detalhes importantes para análise aprofundada das condições do estabelecimento prisional. Mesmo sendo solicitadas informações específicas e esclarecido a necessidade das mesmas para

22 SOUZA, Otto. Despacho Nº 323/2019 - GEAB- 16469. GERÊNCIA DE ASSISTÊNCIA BIOPSISSOCIAL, 21 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.cge.go.gov.br/ouvidoria/docs/pasta_052019/490885_201905310946569_status_1.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2019.

fins de produção científica, verificou-se relutância em pormenorizar as circunstâncias do presídio que, pelo que se verifica nas descrições apresentadas, ainda se encontra em inconformidades com as necessidades das mães e bebês na Penitenciária Feminina Consuelo Nasser.

2 Panorama sobre as decisões e garantias de Direito

2.1 Descrição das decisões e garantias de direito

De acordo com o exposto, pode-se vislumbrar um panorama que não tem sido benéfico para as presas que estão em situação de amamentação, dado que, conforme os dados do CNJ, não se pode inferir que a situação dos presídios tem sido adequadamente tratada para propiciar às detentas e aos seus filhos o tratamento necessário.

Ainda que haja exposição no art. 5, inciso L da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que nos informa que “L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”, esse comando não tem logrado êxito no seu cumprimento.

Neste ponto, o socorro tem vindo do judiciário, através de suas decisões.

Entretanto, esse socorro não acontece desde sempre. Somente poucos anos atrás era entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que mesmo que o direito à amamentação estivesse em risco, não haveria direito à progressão para regime mais brando, conforme pode ser visto na ementa do HC 85727²³:

23 STJ. HC 85727 / PR 2007/0147682-0 Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 21 de maio de 2009, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: 15 de junho de 2009.

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTES CONDENADOS AO REGIME SEMIABERTO. INEXISTÊNCIA DE VAGA. CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À PERMANÊNCIA EM PRISÃO DOMICILIAR, PARA CUMPRIMENTO DE PENA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. DIREITO À AMAMENTAÇÃO.

ORDEM DENEGADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual, na falta de vagas em estabelecimento adequado para o cumprimento do regime prisional imposto na sentença condenatória, não se justifica a colocação do condenado em condições prisionais mais severas, devendo ser autorizado, em caráter excepcional, o regime prisional mais benéfico. 2. Ainda que aos pacientes tenha sido permitido cumprir a pena em prisão domiciliar, em razão da falta de vagas em estabelecimento adequado, uma vez superado tal empecilho, a pena deve ser cumprida no regime fixado na sentença, inexistindo direito à permanência na prisão domiciliar. 3. Não há falar em falta de fundamentação da decisão que determina o recolhimento do paciente em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena no regime imposto na sentença, quando o Juízo de Execuções Penais apenas dá cumprimento a esta. 4. *Dispondo o estabelecimento prisional de meios para atender às necessidades dos filhos lactantes, as mães não têm direito de cumprir a pena em domicílio.* 5. Ordem denegada. (STJ, 2009, online – grifo nosso)

Pode-se perceber pela transcrição da ementa acima que o entendimento firmado pela corte era a de que caso o estabelecimento dispusesse dos meios necessários não haveria o direito de cumprir a pena em domicílio.

Mas o que são os meios necessários apontados pela ementa? Pode-se deduzir que sejam os constantes dentro dos incisos do parágrafo único, do art. 89 da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, conhecida como Lei de Execução Penal (LEP), que informam sobre a necessidade de pessoal qualificado para atendimento das mães e, também, de “horário de funcionamento que garanta à melhor assistência à criança e à sua responsável. ”

E não possuir tais meios necessários não seria inclusive uma afronta ao surrado princípio da dignidade da pessoa humana? Mas o que é tal princípio e como ele se relaciona com o caso das presas amamentantes?

Para Ingo Sarlet a dignidade da pessoa humana é matéria complexa de definir, mas ainda assim ele tenta fazê-lo:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2006, p. 60)

Essas garantias não poderiam cessar com a execução penal, ou poderiam?

O entendimento do STJ, ainda em 2014, era que não, ao impedir a prisão domiciliar através de pedido formulado por paciente que estava com filho pequeno, conforme pode ser visto no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 45434 de Santa Catarina²⁴:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DIREITO À AMAMENTAÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. A Constituição Federal assegura às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, consoante o disposto no inciso L do artigo 5º. 2. Apesar de a Lei de Execução Penal limitar ao condenado em regime aberto a possibilidade de concessão de prisão domiciliar, a jurisprudência desta Corte de Justiça, atenta a questões humanitárias, tem admitido a concessão da benesse, considerando as peculiaridades do caso concreto. 3. *Não há constrangimento ilegal no indeferimento da prisão domiciliar à recorrente, visto que o estabelecimento prisional em que se encontra recolhida possui berçário*, além do que a apenada foi condenada por praticar tráfico de drogas em sua residência - “mesmo local em que, agora, pretende executar a pena” - inclusive com o auxílio de sua filha que, à época, possuía apenas 14 anos de idade. 4. O fato de o magistrado singular haver deferido, em 7.10.2013, a permanência dos filhos gêmeos da recorrente no esta-

24 STJ. RHC 45434 / SC 2014/0034950-6, Relator: Ministro Rodrigo Schietti Cruz, DJ: 04 de agosto de 2014

belecimento prisional pelo período de 6 meses, somado à data de nascimento das crianças (há quase 1 ano), reforça a impossibilidade de concessão da prisão domiciliar. 5. Recurso em habeas corpus não provido. (STJ, online, 2014 – grifo nosso)

Ao ponderar que o local onde a detenta haveria de permanecer, durante a prisão domiciliar, era o mesmo onde praticava tráfico de drogas sopesou para impossibilidade de concessão da prisão domiciliar, mas, em sendo a presa uma pessoa em recuperação, essa postura do STJ não seria um desestímulo para sua recomposição com a sociedade?

Em outro condão, a decisão informa que havia berçário no estabelecimento prisional, mas qual a condição desse berçário? Ele era adequado?

Dentro da penitenciária Consuelo Nasser foi informado que não existem instalações de berçário, mas sim 03 (três) camas disponíveis. Em inquirição, essas camas seriam consideradas berçários?

2.1.1 Decisões paradigmáticas nacionais

Conforme aponta estudo realizado pelo Centro de Apoio das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções penais, através da pesquisa n. 186/2017, que foi ampliado e revisado em 2018, com o fito de verificar a “questão dos reflexos ocasionados pela maternidade na privação da liberdade das mulheres e, especificamente, da possibilidade de concessão de prisão domiciliar, tanto para os casos de decreto prisional de natureza cautelar quanto definitivo”, questão levantada pelo Ministério Público do Paraná, houve um avanço em relação ao tratamento da questão conforme era anteriormente vista, em especial após o julgamento do HC

143641²⁵ pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como questão paradigmática. Há de se lembrar ainda que diversos Diplomas Legais²⁶ já tratavam da questão do encarceramento, cuidando do viés da amamentação também, conforme se verá mais detalhadamente no próximo tópico.

Importa, no entanto, conhecer melhor, **e em profundo detalhe**, a decisão paradigmática conseguida após o julgamento do HC 143641, pelo seu reconhecimento de repercussão geral, conforme apontado em sua ementa:

Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL

25 STF. HC 143641, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 20 de fevereiro de 2018, DJ: 09 de outubro de 2018

26 Destaca-se aqui as Regras Mínimas para o Tratamento de prisioneiros – Regras de Mandela, Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras - Regras de Bangkok, Lei de Execução Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Resolução n. 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário – CNPCP

BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE.

ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. I – *Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. [...]* III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. [...]

VII – *Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos.* VIII – “Cultura

do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. [...] X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado. XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes. XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. [...] XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas

previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima. (STF, online, 2018 – Grifo nosso)

Essa decisão trouxe luz sobre o assunto e se tornou referência que tende a mudar o entendimento do STJ quanto à questão, recaindo seus efeitos dentro dos quadros estaduais, nos julgamentos de pedidos relacionados às detentas alcançadas pela decisão.

Há de se ter especial atenção quanto aos aspectos tocados pela decisão, visto que, conforme já foi apontado anteriormente, o número de detentas que estão em situação que podem ser alcançadas pela presente decisão é significativo e o impacto da mesma é relevante não somente para a detenta, mas para a criança que irá nascer ou já nasceu e precisa do cuidado, da presença e da atenção da mãe.

Nesse sentido, é coerente identificar que os aspectos alcançados se referem diretamente à dignidade das presas e atende, ao

se cumprir a decisão, ao princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Ou seja, ainda que haja a necessidade de reparação pelos delitos cometidos, a legislação pátria reconhece os direitos das presas e esses direitos, com fulcro na decisão proferida pela Suprema Corte, passam a ter uma realização mais efetiva e possível. Logo, quando o STF enfrenta a questão e decide em favor da situação das detentas, existe uma força simbólica significativa, tanto para reconhecer que a situação atual era inadequada, como para garantir que as presas possam exercer seus direitos, a despeito de sua condição de presidiária, afinal, elas permanecem como seres humanos e precisam ser respeitadas como tal.

2.1.2 Decisões paradigmáticas estaduais

Não curiosamente, o Defensor Público-Geral do Estado de Goiás foi um dos *amici curiae* do processo, pois tratava-se de garantir às presas estaduais o seu interesse defendido perante a Suprema Corte em questão tão relevante.

Há de se levar em consideração que o citado HC foi impetrado em face da impossibilidade encontrada em garantir à mãe e aos seus filhos o tratamento adequado dentro do sistema prisional. Melhor seria que a mãe continuasse a cumprir pena em estabelecimento prisional?

Há o entendimento, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu artigo 9º, que aduz que “Art. 9º O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade” (BRASIL, 1990). Se a condição

não for encontrada em presídios, como o Consuelo Nasser em Goiás, há de se ter em consideração a importância da decisão do HC anteriormente referido, pela garantia que empresta ao cumprimento do ECA.

Nesse sentido, importante decisão foi proferida pelo Desembargador Edison Miguel da Silva Júnior, do Tribunal de Justiça de Goiás (TJ-GO), no HC 5592979- 80.2018.8.09.0000, ao reconhecer a necessidade de cumprimento do art. 318, V, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal²⁷ (CPP), conforme se pode notar da ementa²⁸:

Tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo com número de série suprimido e uma munição intacta. 1 – *Em atenção aos princípios da proteção à maternidade e à infância, do melhor interesse do menor e da fraternidade, mister substituir a prisão preventiva por domiciliar, pois preenchidos os requisitos do art. 318, V, do CPP (paciente com filho menor de idade (menos de um ano), que depende de seus cuidados, estando na fase de amamentação, é primária e apontou endereço fixo).* 2 – Ordem concedida para substituir a prisão preventiva por domiciliar. Parecer desacolhido. Confirmada a liminar. (TJ-GO, online, 2019 – grifo nosso)

Cabe notar que a decisão em tela aconteceu **depois** do julgamento do HC 143641 pelo STF, o que acabou por garantir que a presa pudesse cumprir prisão domiciliar para assegurar o interesse do infante.

27 Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...]V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

28 TJGO, Habeas Corpus 5592979-80.2018.8.09.0000, Rel. Edison Miguel Da Silva Junior, 2ª Câmara Criminal, julgado em 13 de fevereiro de 2019, DJe de 13 de fevereiro de 2019

Essa decisão é paradigmática pois o mesmo TJ-GO já havia decidido, em questões anteriores, pela denegação de prisão domiciliar, ainda estando a mãe em momento de amamentar sua filha, conforme pode ser visto na ementa do HC 379486-13.2015.8.09.0000²⁹ de relatoria do Desembargador Fábio Cristóvão de Campos Faria:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PREDICADOS PESSOAIS. REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. A presença de predicados pessoais não elide a constatação dos requisitos exigidos pelo art.312, CPP, os quais autorizam e impõe a manutenção do ergástulo cautelar. II - PRISÃO DOMICILIAR. AMAMENTAÇÃO (FILHA DE TRÊS MESES). Não comprovada nenhuma das hipóteses previstas no art. 318, do CPP e não provada a dependência e o desamparo das filhas menores e nem que estava amamentando a filha de três meses, impõe-se o indeferimento do pedido de prisão domiciliar. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. (TJ-GO, online, 2016 – grifo nosso)

De onde é possível notar o avanço apenas apontando as decisões acima, em relação à possibilidade de a mãe ter sua prisão convertida em domiciliar.

Essa possibilidade é importante para garantir a dignidade da criança, especialmente em condições inadequadas como as informadas pela penitenciária Consuelo Nasser, conforme pontuado amplamente no item anterior.

Agora, para compreender como as decisões podem afetar as vidas das detentas, faz-se mister conhecer as legisla-

29 TJGO, Habeas Corpus 379486-13.2015.8.09.0000, Rel. Dr(a). Fabio Cristovao De Campos FARIA, 2ª CAMARA CRIMINAL, julgado em 24 de novembro de 2015, DJe de 21 de janeiro de 2016

ções e suas implicações, conforme trataremos no próximo tópico.

3 Análise conceitual da estrutural ideal e panorama legal

3.1 Alguns conceitos importantes

Após a apresentação de uma análise histórica da estrutura de aleitamento materno dos presídios e de um panorama sobre decisões e garantias de direito, faz-se mister a discussão sobre o panorama legal e a estrutura ideal em relação a amamentação no sistema penitenciário. Mas antes é necessário a compreensão de alguns conceitos importantes sobre o tema. Então, vejamos:

3.1.1 Conceito de amamentação

O aleitamento materno caracteriza-se como processo natural e ideal de prover alimento a uma criança inicialmente nos primeiros dias de vida, visto que este se constitui como alimento necessário para o desenvolvimento biológico e psicológico do conceito³⁰.

3.1.2 Conceito de amamentação digna

O conceito de amamentação digna permeia inevitavelmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, são conteúdos mínimos da dignidade o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário.

30 CARVALHO, Marcus Renato de. AMAMENTAÇÃO de PRESIDÁRIAS - DIREITO CUMPRIDO? Disponível em: <<http://www.aleitamento.com/direitos/conteudo.asp?cod=1752>>. Acesso em: 01 jul 2019.

O valor intrínseco pode ser caracterizado como uma característica ontológica, o que distingue os seres humanos das outras espécies, como, por exemplo, a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação.

A autonomia da vontade é a capacidade do indivíduo de fazer escolhas, de se autodeterminar, de possuir um mínimo existencial. A autonomia tem uma dimensão pública e privada, sendo esta referente aos direitos e liberdades individuais e aquela referente aos direitos políticos.

Por fim, o valor comunitário é o elemento social da dignidade humana. Refere-se a relação indivíduo-grupo, que possui ligação com os valores compartilhados pela comunidade, assim como os direitos e deveres de cada indivíduo. Esse valor comunitário funciona como um limite às escolhas individuais, por isso também é chamado como heteronomia. Relacionando dignidade com o conceito de amamentação, percebe-se que a amamentação digna pode ser definida como um processo garantidor do mínimo existencial capaz de prover alimento a uma criança inicialmente nos primeiros dias de vida.

3.1.3 Conceito e parâmetros de instituições de Educação Infantil

De acordo com o Ministério da Educação, espaços destinados à Educação Infantil para crianças de 0 a 6 anos devem conter: referente aos parâmetros Contextuais-ambientais, orientação solar, topografia, direção dos ventos, proteção contra ruídos externos, tipologia arquitetônica, forma e padrão construtivo, materiais e acabamentos, aberturas, tipologia, posicionamento, dispositivos de sombreamento, captação e uso racional de recursos hídricos, utilização de fontes energéticas naturais, sistemas alternativos de

geração de energia e infraestrutura urbana básica, que priorizem conforto térmico, conforto acústico, conforto lumínico, eficiência energética, proteção ao meio ambiente, espaço edificado como instrumento didático.

Ainda dentro dos parâmetros destinados aos espaços de Educação Infantil, temos os Parâmetros Programático-funcionais e Estético-compositivos: Setorização dos conjuntos funcionais, estabelecimento de ambiente congregador para atividades coletivas, valorização dos espaços de recreação e vivência, paisagismo, definição de espaços-atividades, escala, possibilidade de organização e controle pelos usuários, valorização da ambientação interna, reforço do caráter lúdico, adaptação do espaço à escala da criança, salas de atividades amplas com possibilidade de compartimentalização; janelas à altura dos usuários; pátios abertos contíguos às salas de atividades – extensão da sala (interação das atividades internas/externas), reflexão sobre os arranjos espaciais, organização dos arranjos internos em função da atividade realizada e da interação desejada, acessos e percursos, alternar espaços-corredores com espaços-vivência, valorização do espaço de chegada à UEI, valorização do convívio com a diferença, evitar quaisquer barreiras ao acesso e à permanência de pessoas com necessidades especiais, proporcionando conforto ergométrico, evitando constrangimentos e permitindo as interações entre diferenças, as quais possibilitam o desenvolvimento socioemocional, o desenvolvimento físico-motor (movimentação, autonomia e independência), a capacidade de estimular a construção do conhecimento, preservação do meio ambiente e segurança.

3.2 Legislações

Aqui vamos recorrer a um arcabouço jurídico constitucional e infraconstitucional que sentencia sobre o pelo direito à amamentação e a possibilidade da prisão domiciliar. Lembrando que conforme a realização da 55ª Assembleia Mundial de Saúde, governos e instituições de saúde propuseram-se estimular a promoção do aleitamento materno exclusivo como a única fonte de alimento para lactentes com até seis meses de idade. Por isso, é importante que a mãe fique no mínimo 6 meses com seu filho. Mas vejamos o que a legislação dispõe sobre essa temática.

Em relação à convivência mãe e filho e a existência de creche a LEP, em seu art. 89, prescreve que: “Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”. Na mesma linha o ECA define que as crianças filhas de presidiárias têm direito à amamentação e ao atendimento em creches, conforme apontado no art. 5º do Estatuto. Ainda, tivemos a importante Resolução nº 3 do Conselho de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) de 15 de julho de 2009, que disciplina a situação de filhas e filhos de mulheres encarceradas e institui o prazo mínimo de um ano e seis meses para que suas crianças permaneçam consigo.

No tocante à prisão domiciliar e a pena, o Código de Processo Penal, em seu art. 318, III e IV, defende que “Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...] III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV

- gestante [...]”. Nesse sentido houve uma recente modificação legislativa, referente a garantia do exercício de maternidade por mulheres reclusas: a Lei nº 12.403/2011, que estendeu às gestantes e mães o direito à prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva.

No plano internacional, em dezembro de 2010, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou as regras mínimas para tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade para as mulheres em conflito com a lei, as chamadas Regras de Bangkok, que declaram que “penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes, quando for possível e apropriado, sendo a pena de prisão apenas considerada quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do filho ou filhos e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado”. (Regra nº 64- Bangkok). Na regra nº 2 é declarado que “Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças, tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a detenção, levando em consideração o melhor interesse das Crianças”. (Regra nº 2 – Bangkok).

Ao analisar esse arcabouço jurídico percebe-se que em geral as leis são bastante progressistas na temática da amamentação no cárcere. Contudo, como em tantos outros casos há uma distância abissal entre garantias no ordenamento e a sua aplicação no mundo concreto. O desafio seria, portanto, descobrir como garantir aplicabilidade e eficácia desta lei.

CONCLUSÃO

Este trabalho possibilitou entender como se encontra a situação carcerária das presas grávidas e lactantes no Brasil e no Estado de Goiás, voltado particularmente para as presas que estão cumprindo pena dentro da Penitenciária Feminina Consuelo Nasser em Aparecida de Goiânia nos anos de 2018 e 2019.

Primeiramente, analisou-se a estrutura de amamentação, pontuando aspectos de saúde, atendimento médico, nutrição e infraestrutura. Nesse contexto, buscou-se compreender também os impactos da atual conjuntura penitenciária na vida familiar e social das crianças cujas mães estão em débito com a justiça brasileira. Associado a essas informações, coletou-se dados quantitativos e qualitativos providos pelo Conselho Nacional de Justiça, a partir dos quais levantou-se medidas estatísticas relevantes para análise conjuntural da realidade feminina no cárcere.

O CNJ constatou a dificuldade no acesso à saúde da mãe e da criança em todos os presídios femininos que foram visitados pela equipe da instituição. A ausência de atendimento médico adequado de ginecologistas e pediatras, bem como vacinação atrasada dos bebês, foram alguns dados levantados. Associado a esses fatores, observou-se uma infraestrutura precária nos estabelecimentos e também mal gerenciamento nutricional para compor dietas balanceadas e específicas às necessidades particulares das mães e crianças.

Verificou-se que a separação da mãe e de seu filho é feita de maneira imprópria. O processo é muito doloroso e, na maioria das vezes, não é acompanhado pela Justiça a fim de garantir que haja preservação das demandas familiares e sociais dos jovens cidadãos. Tudo isso contribui para que o problema se projete também em gerações futuras, sendo, portanto, cíclico e não inteiramente

combatido. Inquestionável atestar que a República Federativa do Brasil não se propõe a esses fins, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, III, ao elevar a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento.

De acordo com o Cadastro Nacional de Presas Grávidas ou Lactantes, percebeu-se que houve uma diminuição de 67% da quantidade de grávidas e lactantes nos presídios brasileiros desde fevereiro de 2018, conforme apontado na Tabela 1. Existe grande probabilidade que isso tenha se dado em virtude da decisão, por maioria dos votos, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) em favor do Habeas Corpus coletivo. No entanto, no mesmo período, no Estado de Goiás houve um aumento expressivo de 475% do número de mulheres gestantes e lactantes no sistema prisional desde o final de 2017, conforme apontado na Tabela 2, e, a partir das informações prestadas pela Diretora do Presídio Feminino Consuelo Nasser, infere-se que ainda há necessidade de melhorias significativas no Estado, colocando Goiás como ponto fora da curva em comparação à situação experimentada no restante do país.

Em seguida, expôs-se o panorama sobre as decisões e garantias de Direito conforme o entendimento jurisprudencial dos principais órgãos do Poder Judiciário, numa perspectiva passada e presente do cenário no país, comentando decisões paradigmáticas nacionais e estaduais.

Em 2009, era entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que mesmo que o direito à amamentação estivesse em risco, não haveria direito à progressão para regime mais brando, conforme pode ser visto na ementa do HC 85727. Pode-se perceber pela transcrição da ementa acima que o entendimento firmado pela corte era a de que caso o estabeleci-

mento dispusesse dos meios necessários não haveria o direito de cumprir a pena em domicílio. Em 2018, por sua vez, há uma mudança no entendimento do STJ e votaram em favor do Habeas Corpus coletivo¹⁵ para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP). Desde então, essa medida tem sido endossada no campo estadual pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Por fim, com o intuito de esmiuçar a abordagem jurídica da situação das grávidas e lactantes, colocou-se em pauta as estruturas definidas em lei e por outros atos administrativos, além das ações previstas para o desenvolvimento no campo.

Existem previsões legais presentes na Constituição Federal, bem como na Lei de Execução Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que tratam sobre o direito de amamentação. Verifica-se avanços legais importantes no plano nacional e internacional. Para fins exemplificativos, em dezembro de 2010, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou as regras mínimas para tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade para as mulheres em conflito com a lei, as chamadas Regras de Bangkok. No âmbito nacional, houve recentemente três importantes modificações legislativas no sentido de garantir o exercício de maternidade pela reclusa: a Lei nº 12.962/2014, a Lei nº 11.942/2009 e a Lei nº 12.403/2011. Todas essas medidas são estabelecidas juntamente com outros dispositivos em diversos âmbitos de atuação e representam um aperfeiçoamento da matéria legislativa no assunto, mesmo que

a efetivação desses mandamentos ainda encontre obstáculos na realidade fática.

Considerou-se alcançados os objetivos que o desenvolvimento desse trabalho ora buscou realizar. No entanto, vale ressaltar que as informações obtidas em relação ao funcionamento do Presídio Consuelo Nasser deixaram a desejar quanto aos detalhes do conteúdo abordado na primeira parte desse trabalho. Analisou-se, nos termos do propósito desse artigo, a disparidade da estrutura prevista daquela de fato encontrada no sistema penitenciário, com base em noções qualitativas e quantitativas fornecidas pelo CNJ. Houve sucesso também em apontar as circunstâncias legais, doutrinárias e jurisprudenciais do que se busca concretizar para mães e bebês dentro do cárcere.

Constatou-se que foi satisfatório o emprego do método dialético-argumentativo, posto que possibilitou o confronto entre diversas opiniões doutrinárias e decisões jurisprudenciais no decorrer do desenvolvimento desse trabalho.

Revela-se inquestionável a deficiência na execução das garantias constitucionais, penais e das determinações do Poder Judiciário no que concerne à situação de gestantes e lactantes nos presídios. Nesse sentido, mostra-se relevante o instituto da fiscalização para um justo e eficaz adimplemento das obrigações do poder público com as mulheres que cumprem pena, empenhando-se em prover, em observância das disposições legais, todos os meios institucionais e financeiros disponíveis para atender às necessidades peculiares decorrentes da maternidade dentro das prisões.

Sobre a contribuição dessa pesquisa, entende-se que se deu devido ao alerta de que nada ou quase nada se faz para identificar, aprimorar e avaliar, em diversos aspectos, a estrutura jurídica e estrutural no processo de gestação e amamentação no sistema

penitenciário brasileiro. Em pesquisas futuras, pode-se procurar analisar de maneira mais aprofundada, com entrevistas e visitas coordenadas, as unidades prisionais em diversos Estados da Federação, bem como da própria Penitenciária Feminina Consuelo Nasser. De qualquer modo, o importante é que as ponderações ora lançadas atuem como ponto de partida ou mesmo de forma auxiliar para definir novos rumos na reeducação das mulheres no cárcere, voltados ao progresso humanitário no cumprimento da pena, independentemente do crime cometido.

LEGAL ASPECTS RELATED TO BREASTFEEDING IN PRISON AND THE PROMOTION OF THIS RIGHT IN THE FEMININE PENITENTIARY CONSUELO NASSER IN THE CITY OF APARECIDA DE GOIANIA IN THE YEARS OF 2018 AND 2019

ABSTRACT: Incarcerated conditions within the prison system are already problematic due to the lack of a qualified structure for the care of women. When this care is due to women who are pregnant or have children in the process of breastfeeding, the situation is even more complex. Paradigmatic decisions have changed this picture, but still remain far from solving the problem. In Goiás the problem is especially felt within the Consuelo Nasser Penitentiary, however, it is noticed that the changes in decisions have begun to change the current paradigm, analyzing data from 2018 and 2019.

KEYWORDS: BREASTFEEDING. PRISON. PENAL LAW. DIGNITY OF THE HUMAN PERSON.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

_____. Código Penal. Decreto Lei nº. 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

_____. Lei de Execução Penal. Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Parâmetros básicos de infra-estrutura para instituições de educação infantil. Brasília: MEC, SEB, 2006.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Série Pensando o Direito, nº 51. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.

BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003a.

_____. O poder simbólico. 6. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral os direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

SOARES, Éricka; CASTRO, Augusto. Amamentação no cárcere: as entrelinhas para mães e filhos como sujeitos de Direito. Disponível em: <http://>

www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12515. Acesso em: 03 jun. 2019.

STF - HC 143641, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, DJ: 09/10/2018. STF, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28143641%2E+NUME%2E+OU+143641%2EA-CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4srk4tp>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

STJ. HABEAS CORPUS: HC 85727 / PR 2007/0147682-0 Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ: 15/06/2009. STJ, 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5346077&num_registro=200802669829&data=20090615&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 14 jun. 2019.

STJ - RHC 45434 / SC 2014/0034950-6, Relator: Ministro Rodrigo Schietti Cruz, DJ: 04/08/2014. Portal da Justiça, 2014. Disponível em: <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/78461>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

TJGO, HABEAS-CORPUS 379486-13.2015.8.09.0000, Rel. Dr(a). Fabio Cristóvão de Campos Faria, DJe de 21/01/2016. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?%20nmfile=TJ_3794861320158090000%20_2015112420160129_9533.PDF>. Acesso em: 14 jun. 2019.

COMO A APROVAÇÃO DA “PEC DA VIDA” PODERIA ATINGIR A PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO NO BRASIL?¹

Igor Oliveira Gomes²
Fhelipe Oliveira de Almeida Souza
Marco Aurélio Alves Faleiro Filho
Vitor Humberto Lobo De Sousa

RESUMO

A pesquisa com células-tronco no Brasil vê-se ameaçada caso o Legislativo aprove norma que estabelece o início da vida a partir da concepção. Ao alterar a Constituição Federal, a PEC 29/2015 institui a “inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”. O processo põe em dúvida a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, que assentou a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. A análise da doutrina clássica e contemporânea, aparecem divergências que a nova legislação não pacificaria.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Civil. Personalidade Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa determinar quais seriam os efeitos para a pesquisa com células-tronco no Brasil caso o Legislativo aprove norma que estabelece o início da vida a partir da concepção.

- 1 Trabalho Acadêmico apresentado à disciplina Metodologia de Pesquisa em Direito da Turma B, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, sob orientação do prof. dr. Cleuler Barbosa das Neves, no 1º semestre de 2019.
- 2 Graduandos do curso de Direito da Universidade Federal de Goiás.

Intitulada “PEC da Vida” pelos seus apoiadores, a PEC 29/2015 altera a Constituição Federal para acrescentar no art. 5º a explicitação inequívoca “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”. A ideia dos autores é barrar por inconstitucionalidade qualquer tentativa futura de abrangência em relação ao aborto e outros direitos reprodutivos das mulheres.

No entanto, fica claro que os efeitos dessa inovação legislativa não se limitariam à interrupção de gravidez. Outro conflito que certamente advirá do processo é o questionamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510. Com pouco mais de uma década de existência, a ADI do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana.

Resta, portanto, a dúvida quanto à manutenção desse entendimento quando a própria Carta Máxima passar a reconhecer plenos direitos de pessoa humana ao embrião a partir da concepção. Visto que a questão não é pacificada na doutrina ou no direito comparado, vê-se premente a análise mais cuidadosa dos pontos de contato entre as duas (potenciais) fontes do direito nacional.

Com esse objetivo, o trabalho lançará mão do método dialético argumentativo, que, empregado em pesquisa qualitativa, desenvolve reflexões que levam em conta o contexto social e as contradições do ambiente foco do estudo. Além disso, uma revisão da principal literatura produzida no país a respeito do tema também se torna imprescindível, passando por autores mais clássicos, como Caio Mário, mas também por obras mais contemporâneas, como a de Flávio Tartuce.

Objetiva-se, por meio dessa reflexão, avaliar se essa inovação legislativa mitigaria a decisão do STF que permitiu o uso de células-tronco em pesquisas científicas no Brasil.

Em suma, o roteiro pelo qual percorrerá o trabalho será o seguinte: I. Analisar a ADI 3.510/STF;

II. Analisar a PEC 29/2015;

III. Relacionar os efeitos da PEC com o âmbito de alcance da ADI.

2 ANÁLISE DA ADI 3.510/STF

2.1 RITO DA ADI

É sabido que a Constituição Federal é a lei mais importante do País, ocupando o mais elevado patamar jurídico dentre as diversas normas que estruturam nosso ordenamento jurídico.

Contudo, devido a sua posição privilegiada, é necessário um sistema de proteção eficaz, capaz de reunir ações voltadas exclusivamente com a finalidade de declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contraria a carta magna.

Deste modo, o controle de constitucionalidade representa o conjunto de instrumentos de proteção da CF que, no Brasil, pode ser feito de mais de uma maneira, destacando-se duas ações, que serão comentadas a seguir, sendo fundamentadas: na Constituição Federal, artigo 102, I, a; na Lei 9868/99; e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigos 169 a 178.

A priori, tem-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade: Esta serve para combater leis e atos normativos federais ou estaduais que sejam de alguma forma contrários à Constituição. Nesse caso, é possível utilizar uma ADI, que será julgada pelo STF, que dirá se a lei poderá ou não ser mais aplicada por desrespeitar a CF.

Vale ressaltar que a ADI contempla três modalidades:

- I. ADI genérica: Esta sendo o caso mais comum das discussões sobre inconstitucionalidade;
- II. ADI interventiva: Como o próprio nome diz, esta é voltada para casos de violação de algum princípio constitucional específico, gerando intervenção federal;
- III. ADI por omissão: Tem por finalidade combater a omissão do Poder Público na criação de leis. Dessarte ela não combate a criação de uma lei, mas sim a ausência de criação de uma lei quando necessária que fosse criada.

Apenas as seguintes pessoas/ entidades podem propor esta ação: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa da 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; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional.

O procedimento tem início com a petição inicial, que deve conter cópia da lei ou do ato normativo que está sendo questionado. Ela deve ser fundamentada, caso contrário pode ser impugnada de imediato pelo relator. O relator deve pedir informações às autoridades de quem emanou a lei, tais como Presidente da República, Congresso Nacional, para estabelecer o contraditório. Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos requerentes, o relator poderá ouvir outros órgãos ou entidades. Caso haja necessidade de esclarecimento da matéria, podem ser designados peritos para emitir pareceres sobre a questão ou chamadas pessoas com experiência e autoridade no assunto para opinar.

O Advogado-geral da União e o Procurador-Geral da República devem se manifestar nos autos. Quando houver pedido de medida cautelar, só poderá haver concessão pela maioria absoluta dos ministros que compõem o Tribunal, ou seja, por 6 votos. Somente em casos de excepcional urgência, a cautelar poderá ser deferida sem que sejam ouvidas as autoridades de quem emanou a lei. Uma vez proposta a ação, não se admite desistência.

A decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei somente será tomada se estiverem presentes na sessão de julgamento pelo menos oito ministros. Uma vez proclamada a constitucionalidade em uma ADC, será julgada improcedente eventual Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a mesma lei. Do mesmo modo, uma vez proclamada a inconstitucionalidade em ADI, será improcedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade contra a mesma norma. Contra a decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade em ADC e ADI não cabe recurso de qualquer espécie, com a exceção de embargos declaratórios. Consequências jurídicas

A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei tem eficácia genérica, válida contra todos e obrigatória. A lei também diz que se gera o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, que não podem contrariar a decisão. Ocorrem ainda efeitos retroativos, ou seja, quando a lei é declarada inconstitucional, perde o efeito desde o início de sua vigência.

A decisão do Supremo Tribunal Federal passa a surtir efeitos imediatamente, salvo disposição em contrário do próprio tribunal. Quando a segurança jurídica ou excepcional interesse social estiverem em jogo, o STF poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha

eficácia a partir do trânsito em julgado ou um outro momento a ser fixado. Essa decisão depende da aprovação de dois terços do ministros.

2.2 A ADI 3.510/STF

Partindo desses pressupostos, percebe-se que o julgamento da ADI número 3.510 pelo Supremo Tribunal Federal foi de extrema relevância jurídica, no que tange ao debate entre Direito e a Ética, e os limites dos avanços tecnológicos frente ao ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando o papel do Biodireito na sociedade moderna.

Muito se discute sobre qual momento se inicia a vida, sendo esse tema central de inúmeras discussões, que obrigaram o STF a revisar o tema frente o ordenamento jurídico vigente, confrontando a Lei 11.105 de Biossegurança. A norma estabelece uma série de medidas de controle, que vão desde o desenvolvimento dos produtos até o seu monitoramento no mercado. Mais especificamente no seu artigo 5º que versa sobre pesquisas com células-tronco embrionárias, havendo inexistência ou não de violação do direito à vida.

O princípio à vida foi o mais questionado em relação ao seu alcance e à sua violação ou não pela Lei 11.105, trazendo para o cerne da discussão jurídica a opinião de cientistas e pesquisadores, que, juntas, foram de suma importância para a construção da opinião majoritariamente aceita pelo STF quando do julgamento da ADI.

A técnica de fertilização *in vitro* é um método de reprodução assistida destinado, em geral, a superar a infertilidade conjugal. Nele, os espermatozoides fecundam o óvulo fora do útero da mulher, para onde ele é posteriormente transferido e continua

seu ciclo de formação³. Esse processo de tentativa e erro gera embriões excedentes. E é justamente essa a questão que virou alvo da ADI 3.510, na qual se discutiu se sua utilização para pesquisas ou tratamentos médicos seria constitucional ou não.

Rememorando maio de 2005, o então procurador geral da república propôs uma Ação Direta De Inconstitucionalidade (a ADI 3510), contra o artigo da lei de Biossegurança que tratava da aprovação das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. Partindo da premissa de que o embrião é um ser humano, pois no seu entendimento, como no entendimento de muitos que vieram depois, entre eles os autores da PEC 29/2015, a vida começa na fecundação. O procurador alegou que o art. 5º da referida lei afrontava os princípios constitucionais de inviolabilidade do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, exatamente no ponto da constituição que a “pec da vida” planeja alterar, mudando a redação do texto original para que a vida seja protegida e resguardada desde a concepção. Tanto a ADI, que alterava, ou planejava alterar ponto específico da lei de biossegurança, quanto a PEC que planeja alterar o texto constitucional, dificultam ou diminuem a zero a possibilidade da realização de pesquisas com células-tronco embrionárias. É importante considerar ainda que o hoje ministro do STF, o professor Barroso menciona que a lei proíbe a comercialização de embriões, células ou tecidos, a clonagem humana e a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano.

Os argumentos do Ministério Público Federal na defesa da inconstitucionalidade do artigo 5º se baseavam, resumidamente,

3 MORAES, Ana Luísa. Conheça as diferenças entre os métodos de reprodução assistida. **Superinteressante**, 14 de agosto de 2017. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/familia/conheca-as-diferencas-entre-os-metodos-de-reproducao-assistida/>. Acesso em: 1 jul. 2019.

na defesa da vida como direito inato do embrião, ainda que seja o mesmo conservado *in vitro*, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana agregado ao princípio da isonomia, sob alegação de que o direito à vida é premissa que deve ser assegurada a todos, sem distinção, não devendo assim a vida do embrião ser tratada de maneira diferenciada e submetida a experiências. As alegações do MPF fizeram surgir inúmeras discussões acerca da técnica de fertilização *in vitro* e a respeito do início da vida, momento a partir do qual se daria a proteção jurídica e constitucional à vida do indivíduo.

Dessa forma, conclui-se que a técnica de fertilização *in vitro* com transferência de embrião gera profundos debates e reflexões, tendo em vista as sérias questões ético-jurídicas que pode acarretar, dentre as quais a que mais interessa a esse estudo é a determinação do início da vida e da personalidade jurídica, momento a partir do qual se daria a proteção jurisdicional da vida.

Com isso, foi julgada improcedente a ADI 3.510, e, diante da manutenção do art. 5º da Lei 11.105/2005 em vigor, analisando os posicionamentos adotados e confrontando-os com os princípios constitucionais, concluímos que a melhor decisão foi tomada, objetivando equilibrar as garantias constitucionais e o desenvolvimento de técnicas científicas.

3 ANÁLISE DA PEC 29/2015

Envolvendo um dos assuntos mais polêmicos da atualidade, a Proposta de Emenda Constitucional chamada “PEC da Vida” pode ser desarquivada, desde que o Plenário vote favoravelmente pelo seu desarquivamento. Apresentada em 2015 pelo então senador Magno Malta, ela ganhou nome peculiar por causa da possibilidade de se proibir, por lei, qualquer forma de aborto, mesmo

os já previstos pela legislação pátria. Mas, afinal, o que diz essa proposta?

Caso aprovada, a emenda alteraria a redação do Art. 5º da Constituição Federal, que passaria a ler: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. A PEC, portanto, garante a inviolabilidade da vida desde a concepção, adotando a teoria concepcionista, na categorização de Flávio Tartuce⁴.

Para justificar sua proposta, Magno Malta afirmou que a omissão no texto constitucional sobre a origem da vida abre espaço para: “grave atentado à dignidade

da pessoa humana, que se vê privada de proteção jurídica na fase de gestação, justamente a fase em que o ser humano está mais dependente de amparo em todos os aspectos”. Para os movimentos pró-vida brasileiros (leia-se contrários ao aborto), a aprovação dessa PEC seria a realização de um sonho. Porém, por outro lado, marcaria um enorme retrocesso, uma vez que essa Proposta tornaria crime casos de aborto já previstos pela jurisprudência dos tribunais, como nos casos de fetos anencéfalos. Além disso, a PEC também iria frear diversas pesquisas na área da saúde, em especial as pesquisas com células tronco.

Conforme já exposto, o entendimento do STF (Superior Tribunal Federal) sobre o início da vida, deu-se por meio do julgamento da ADI 3.510, em que o Ministro Carlos Ayres Britto, em extenso e fundamentado voto, decidiu que: “Embrião é embrião, pessoa humana é pessoa humana e feto é feto. Apenas quando se

4 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil V. 1:** Lei de Introdução e Parte Geral. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

transforma em feto este recebe tutela jurisdicional⁵”. O Ministro enfatizou também que: “Nascituro é quem já está concebido e que se encontra dentro do ventre materno. Não em placa de petri”.

Vale ressaltar que o relatório apresentado pela relatora da PEC, a Senadora Selma Arruda (PSL-MT), dividiu os movimentos pró-vida, uma vez que esse relatório, além de favorável à PEC, propunha também que as duas exceções do aborto, presentes no Código Penal (em casos de gravidez resultante de estupro e risco de vida para a mãe), fossem acrescentadas à Constituição⁶. No entanto, a grande maioria dos apoiadores da PEC acreditam que não faz sentido transformar as excludentes de punibilidade do Código Penal em direitos constitucionais, muito mais difíceis de serem revertidos.

Autor do pedido de desarquivamento, o senador Eduardo Girão (Pode-CE) sustenta que sua aspiração com o desarquivamento e aprovação da PEC 29/2015 não é acabar com direitos já garantidos, e sim, impedir que novas condições de aborto sejam aceitas pelos tribunais⁷. Apesar do Senador afirmar que seu objetivo não é atingir as garantias jurisprudenciais que possuímos hoje, a aprovação dessa proposta eliminaria direitos já aceitos atualmente em relação ao aborto, além de atrapalhar diretamente

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3510**. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar-Jurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 jun. 2019.

6 BARBOSA, Renan. Projeto que endurece pena de quem provoca aborto tem parecer favorável no Senado. **Gazeta do Povo**, Brasília, 18 de março de 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/projeto-que-endurece-pena-de-quem-provoca-aborto-tem-pa-recer-favoravel-no-senado/>. Acesso em: 12 jul. 2019.

7 Apoiada pela bancada evangélica, CCJ vota “PEC da vida” contra aborto. **Exame**, 8 de maio de 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/apoiada-pela-bancada-evangelica-ccj-vota-pec-da-vida-contra-abort-o/>. Acesso em: 5 jun. 2019.

o desenvolvimento científico do país, por impedir que pesquisas na área da saúde sejam realizadas, pela proibição do uso de células tronco.

4 RELAÇÃO ENTRE A ADI 3.510/STF E A PEC 29/2015

Considerando a discussão que feita em torno da lei de biossegurança, que permite a pesquisa científica com células-tronco embrionárias, quando da apresentação da Ação de Inconstitucionalidade no Supremo, relatada pelo ministro Ayres Britto, passamos a considerar a sua relação com a apresentação da PEC 29/2015.

Remetemo-nos ao relator da julgada improcedente ADI 3.510, que, em seu voto, considerou vida humana possuidora de capacidade civil, e, portanto, sujeito de direito, aquela que ocorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.

Ao falar sobre o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, Canotilho⁸ assevera que:

“Os atos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.”

A tese do Procurador Geral da República aduz que a vida se inicia com a fecundação e que, portanto, a utilização de embriões congelados para pesquisa com fins terapêuticos, e consequente destruição destes embriões, violaria dois pilares do ordenamento jurídico brasileiro, o direito à vida e a dignidade da pessoa huma-

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. p. 890. Coimbra: Almedina, 2003.

na.

À luz do Código Civil, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres”, sendo considerada pessoa aquele que nasce com vida, é assegurado, entretanto, o direito do nascituro, que para muitos doutrinadores é aquele que tem o nascimento como “fato certo” e deve “estar em desenvolvimento no útero da mãe”.

Destarte, se o embrião congelado não é pessoa, visto que não nasce e também não é nascituro, pois não foi implantado no útero materno, não lhes são assegurados os direitos destinados às pessoas. Indo além, doutrinadores do porte de Maria Helena Diniz⁹ propõem que o art. 2º do atual Código Civil brasileiro não engloba o embrião. Para a autora, nascitura não é sinônimo de embrião, que seria o produto da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, tendo vida extra-uterina.

É importante salientar que a Constituição Federal não traz em nenhum de seus artigos o momento em que a vida se inicia. Nessa mesma linha, a Ministra Ellen Gracie, em seu voto sobre a inconstitucionalidade do art. 5º da lei de biossegurança, diz não ser tarefa do STF “estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na CF.

A definição constitucional da origem da vida poderia significar um importante passo para solução dos assuntos polêmicos supramencionados, contudo, a posição de alterar o texto constitucional pelo legislador na PEC 29/2015 vai de encontro com a já mencionada importantes decisão do Supremo Tribunal Federal quando tratou sobre a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias.

Analisando a PEC 29/2015, é de extrema importância para o desenvolvimento deste trabalho e para a elucidação de eventuais divergências jurídicas, relacioná-la com a ADI 3.510. De volta

9 DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

à pauta do senado, a PEC 29/2015, além de ser um atraso para o avanço científico, visa retirar direitos das mulheres no campo reprodutivo, abrindo a possibilidade da proibição do aborto em qualquer situação, ao alterar o artigo 5º da Constituição Federal para “...inviolabilidade da vida desde a concepção”.

Isso significa que, se aprovada, a PEC 29, de autoria do ex-senador Magno Malta (PR/ES), poderá proibir o aborto inclusive no caso de mulheres que engravidaram em decorrência de estupro, que correm risco de morte ou que geram fetos anencéfalos. Isso porque a proposta pretende incluir no texto constitucional um novo trecho que reconhece o direito à vida desde o encontro entre espermatozoide e óvulo (fecundação), antes mesmo da implantação do embrião no útero (nidação).

Esta questão criaria um obstáculo e sua aprovação representaria um atraso para a ciência, mais especificamente para as pesquisas com as células-tronco. Como já explicitado, as células-tronco são células que se dividem e se transformam, dando origem a outros tipos de células. Dentre as células-tronco, as embrionárias são as que possuem maior capacidade de gerar outros tipos celulares, sendo as mais utilizadas para as pesquisas científicas. Tais células são retiradas de embriões descartados em processos de fertilização *in vitro*, estas células são a grande aposta da medicina para a cura de lesões na medula ou doenças como osteoporose, doenças cardíacas, Alzheimer ou mal de Parkinson¹⁰.

Com a aprovação da PEC 29, seria possível o descarte de embriões ou mesmo sua utilização para as pesquisas, visto que a

10 MORAES, Ana Luísa. Conheça as diferenças entre os métodos de reprodução assistida. **Superinteressante**, 14 de agosto de 2017. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/familia/conheca-as-diferencas-entre-os-metodos-de-reproducao-assistida/>. Acesso em: 1 jul. 2019.

alteração do texto constitucional tornaria estes embriões invioláveis?

Entendemos que a questão restaria sem solução precisa. Isso porque definir o início da vida e, assim, da personalidade, com a fecundação, não responde à simples pergunta: qual é o marco que fixa o início da vida fecundada?

5 CONCLUSÃO

Diante de todos os aspectos analisados, concluímos que a aprovação da “PEC da Vida” não impediria o prosseguimento das pesquisas com células tronco. Isso porque aderimos à doutrina pátria que faz uma distinção precisa entre embrião e nascituro. Ora, os direitos do nascituro já são resguardados pela atual legislação, conforme atesta-se pela redação do art. 2º do Código Civil. Caio Mário (2017), por exemplo, sustenta que o embrião só passa a ser nascituro a partir do momento em que se implanta no útero materno e mostra-se apto ao desenvolvimento e à maturação, além do eventual nascimento. Por outro lado, o jurista exclui dessa definição o embrião excedentário sem capacidade própria de desenvolver-se.

Somando-se a essa visão, De Plácido e Silva¹¹ assevera que “nascituro” deriva do latim *nasciturus*, particípio passado de *nasci*, e designa aquele que há de nascer. O autor, em seu *Vocabulário Jurídico*, ainda dá mais certeza à questão ao estabelecer que este ente deve ter existência dentro do ventre materno.

Assim, ainda que se defina em texto constitucional que a vida se inicia com a concepção, continuará cabendo à legislação ordinária a definição exata deste fenômeno: o Código Civil de 2002. E o estatuto civilista é evidente: resguardam-se os direitos do nascituro, não do embrião extra-uterino.

11 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III.

Essa questão, em benefício da certeza jurídica, deve ser resolvida com a referida sistemática. De outro modo, como se definirá o marco inicial da fecundação? O texto inicial da PEC não é conclusivo. Pelo contrário, ele fala sobre resguardar a segurança e saúde de um feto “em gestação”¹². Se está em gestação, jamais poderia se falar em embrião extra-uterino.

Do contrário, restariam discussões cerebrinas, filosóficas e pouco produtivas: se há possibilidade de vida no embrião congelado, também o há no espermatozoide em semelhante condição e sobremaneira no óvulo.

Flávio Tartuce¹³ contrapõe-se a esse pensamento, alegando que a autorização das pesquisas com células-tronco de embriões congelados há três anos ou mais centra-se em uma exceção à máxima concepcionista, e não uma adesão à teoria natalista. Segundo ele, essa autorização advinda do STF é baseada na condição de que os embriões sejam considerados como inviáveis.

Resta a mesma conclusão: ainda que se altere o art. 5º do Mandamento Fundamental, a concepção (e, por consequência, o início da personalidade) ainda teria que se definir por meio da hermenêutica do Código Civil: os direitos do nascituro. Como embrião não é nascituro enquanto não se fixar ao útero materno, as pesquisas com células embrionárias não padecerão de inconstitucionalidade.

12 BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição N. 29, de 2015**. Altera a Constituição Federal para acrescentar, ao art. 5º, a explicitação inequívoca “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3455035&ts=1557342748915&disposition=inline>. Acesso em: 10 jul. 2019.

13 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil V. 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Apoiada pela bancada evangélica, CCJ vota “PEC da vida” contra aborto.

Exame, 8 de maio de 2019. Disponível em:

<<https://exame.abril.com.br/brasil/apoiada-pela-bancada-evangelica-ccj-vota-pec-da-vida-contra-aborto/>>. Acesso em: 5 jun. 2019.

BARBOSA, Renan. Projeto que endurece pena de quem provoca aborto tem parecer favorável no Senado. **Gazeta do Povo**, Brasília, 18 de março de 2019. Disponível em:

<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/projeto-que-endurece-pena-de-quem-provo-ca-aborto-tem-parecer-favoravel-no-senado/>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição N. 29, de 2015**. Altera a Constituição Federal para acrescentar, ao art. 5º, a explicitação inequívoca “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3455035&ts=1557342748915&disposition=inline>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3510**. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 jun. 2019.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do STF**. Brasília: STF, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III.

MORAES, Ana Luísa. Conheça as diferenças entre os métodos de reprodução assistida. **Superinteressante**, 14 de agosto de 2017. Disponível em:

<https://saude.abril.com.br/familia/conheca-as-diferencas-entre-os-metodos-de-reproducao-assistida/>. Acesso em: 1 jul. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – V. I**. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil V. 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIREITOS PARENTAIS: EXISTE LICENÇA PATERNIDADE NO BRASIL?

Ana Carolina Carvalho Alba Gomes¹

Laira Saldanha Guimarães²

RESUMO

O trabalho desenvolvido a seguir pretende analisar os direitos parentais no contexto histórico-social brasileiro de forma a demonstrar se há ou não seguridade no que concerne ao direito do pai de estar presente durante os cuidados após o nascimento de seu filho, bem como demonstrar os malefícios advindos da não presença dos pais durante a primeira fase do desenvolvimento de uma criança. Por último, é proposto um estudo comparado com o direito alemão e sueco, suas garantias no que envolve os direitos parentais, de forma a inspirar mudanças na própria legislação brasileira que aborda o assunto.

Palavras chaves: 1. Direitos parentais. 2. Licença maternidade. 3. Licença paternidade. 4. Seguridade social. 5. Direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Identificar os direitos parentais na legislação brasileira não é um trabalho árduo. Tomando como base o documento legislativo mais importante e de maior hierarquia no poder judiciário brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, logo são encontrados os dispositivos que dizem respeito à licença maternidade e à licença paternidade. Já no

1 Graduanda em direito na Universidade Federal de Goiás.

2 Graduanda em direito na Universidade Federal de Goiás.

Capítulo II, Título II, referente aos direitos sociais aparece o art. 7º que aborda a licença à gestante e a licença paternidade como direitos do trabalhador.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias;

XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

Como pode ser observado no dispositivo acima, fica resguardada à gestante trabalhadora uma licença de ao menos 120 dias, mesmo que este seja um prazo distante do ideal não há dúvidas de que representa um grande avanço no que concerne os direitos dos trabalhadores e o princípio da proteção da família. Além disso, pode-se notar de antemão a lacuna deixada quanto à duração da licença paternidade e que continua a existir até os dias de hoje. Ainda que passados mais de 30 anos da promulgação da CF, a licença paternidade ainda é regida pelo art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias devido a falta de lei que diga propriamente sobre o assunto.

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

Diante destes dispositivos constata-se a grande disparidade entre a licença maternidade e a licença paternidade. A atual licença maternidade é 24 vezes maior do que a paternidade e tal

diferenciação não condiz com a atual realidade brasileira, além de se distanciar dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à família, além de também se afastar das próprias garantias estipuladas pela Constituição. É importante entender que os direitos parentais existem para resguardar e proteger a parte mais frágil da relação familiar, as crianças. Desta forma, ao interpretar o art. 201 que diz respeito à seguridade social e, mais especificamente, à previdência social deve-se tomar cuidado com o sentido atribuído à “maternidade” incitada pelo item.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

Neste caso, a palavra “maternidade” precisa ser entendida não como a qualidade de ser mãe e sim como o ato de se ter uma criança e criá-la na sociedade, o que, conseqüentemente, requer cuidados e exige responsabilidade. Responsabilidade esta de “assistir, criar e educar os filhos” que recai tanto sobre a mãe, quanto sobre o pai - se tratando de famílias heteronormativas - e também às partes que compõem o seio familiar responsável nas famílias homoparentais e uniparentais.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O tema deste artigo recai justamente sobre tais dispositivos citados acima pois busca verificar a existência de leis que preservem os direitos parentais no Brasil, evidenciando a desigualdade

entre a licença maternidade e a licença paternidade, questionada pois ambos pais possuem responsabilidades iguais na criação de seus filhos. Por que existe uma discrepância tão grande entre a duração da licença maternidade e paternidade no Brasil? Tal discrepância afeta a seguridade social garantida pela Constituição? Quais suas implicações para o cenário social parental?

Utilizando-se o método dialético-argumentativo e a partir de revisões bibliográficas busca-se, principalmente, promover uma análise sobre a regulamentação dos benefícios assistenciais, licença paternidade, concedido aos pais para que futuramente a pesquisa possa ser utilizada como uma das fontes de revisão do dispositivo ou até mesmo a criação de nova lei que regule os direitos parentais no Brasil.

Para isso, intenta-se revisar a construção dos direitos parentais no mundo e no Brasil de forma a demonstrar como se deram os avanços em tal campo historicamente; evidenciar a importância que os direitos parentais têm na formação da criança, mostrando o impacto que a licença maternidade tem sobre a criança e como a licença paternidade poderia contribuir; indicar como se formaram os benefícios que os direitos parentais, dedicados a ambos responsáveis legais, na Alemanha e na Suécia; e, por fim, fazer uma equiparação entre a legislação brasileira que regula os direitos parentais com legislações de destes países que possuem uma perspectiva de direito à licença parental compartilhada dentro de seus sistemas legislativos.

2 Contexto histórico

É notável o caráter dinâmico do Direito. A teoria tridimensional proposta pelo jurista Miguel Reale entende o Direito como a interação de fato, valor e norma, que estão em constante trans-

formação e são transmutados conforme a evolução da sociedade. Por conseguinte, a Ciência Jurídica passa a ser entendida como reflexo de uma realidade histórico-cultural e o sistema normativo como passível de sofrer mudanças advindas das alterações vivenciadas pela sociedade de cada tempo. Dessa forma, é concebível que haja respaldo para alterações no que concerne aos direitos parentais, a nível mundial, em tempos em que se discute amplamente sobre igualdade de gêneros, respeito à dignidade da pessoa humana e seguridade social.

Historicamente, um ponto importante a ser destacado é o papel da Revolução Industrial no Direito de Família, conduzindo a mulher ao mercado de trabalho, retirando o homem do campo, proletarizando as cidades e transformando o perfil da família tradicional. Assim, as mulheres passam a reivindicar seus direitos e, aos poucos, conseguiram espaço na sociedade. Todavia, foi a chamada Revolução Sexual dos anos 60 e 70 que teve papel preponderante no aceleração da crise do Direito de Família, ao separá-lo de maneira definitiva da Igreja. Seguindo tais diretrizes, a Constituição Federal promulgada em 1988 passa a consagrar um conceito mais pluralista de família, apesar de não se desvincular completamente da busca de uma concepção idealizada.

Em vista disso, as novas configurações familiares e a alteração dos papéis de gênero na sociedade trazem à tona a discussão sobre a distribuição das atribuições parentais e a necessidade de proteção da criança no novo cenário mundial.

Nesse sentido, surgem mundialmente declarações e tratados que dizem respeito aos direitos da criança. Entre eles está a Declaração de Genebra pelos Direitos da Criança, adotada pela Liga das Nações em 1924 e incorporada pela Assembléia Geral da ONU (Organização das Nações Unidas) em 1959. Entre

os pontos abordados pela Declaração se encontra os direitos da criança aos meios para o desenvolvimento material, moral e espiritual, que devem ser garantidos pelo Estado, como também por seus responsáveis legais, questão que faz entrar em discussão as situações das licenças maternidade e paternidade como forma de manter a seguridade social.

2.1 Direitos parentais no cenário mundial

O debate sobre direitos parentais vem crescendo em diversos países, com destaque para a ampliação da licença paternidade. Contudo, reflexos de uma cultura voltada para o papel da mãe na criação dos filhos, ainda impede que hajam mudanças efetivas nesse campo. Recente estudo realizado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), que abarcou 34 países, mostra que em alguns deles, como na Áustria e na França, a licença é utilizada pelos pais em apenas 4% dos pedidos. Por outro lado, na Finlândia, por exemplo, o requerimento da licença paternidade dobrou em um período de 7 anos. Os fatores que geram a baixa procura dos homens pela licença estão atrelados à uma cultura patriarcal que sonda a maioria dos países, mas que, todavia, vem sendo combatida no cenário mundial. Ainda segundo a organização, o medo de prejudicar a carreira é o principal motivo da relutância dos pais em se afastarem temporariamente do trabalho com o objetivo cuidar dos filhos.

2.2 Direitos parentais no Brasil

O primeiro dispositivo jurídico a consagrar a licença-paternidade no Brasil foi a Constituição Federal de 1988. Entretanto, o benefício ainda não seria considerado uma modalidade de política pública pelo ordenamento brasileiro.

Em 2016 foi aprovada a lei 13.257, que trata da formulação e implementação de “políticas públicas para a primeira infância”. Entre as modificações trazidas pela lei, encontra-se as alterações da lei 11.770/2008, criadora do “Programa da Empresa Cidadã”. O referido programa, inicialmente, regulamentava a prorrogação da licença maternidade de 120 dias para 180 dias, e passou, após a promulgação da lei 13.257/2017, a tratar também da prorrogação da licença paternidade de 5 dias para 20 dias.

Existem, contudo, requisitos para que ao empregado seja concedido o benefício de prorrogação da licença-paternidade. Em primeiro lugar, a empresa empregadora deve ser adepta ao Programa Empresa Cidadã, e o empregado deve requerer a prorrogação no prazo de dois dias úteis após o parto. Ademais, ao tratar da licença-paternidade, a lei 13.257/2016 exige que o funcionário comprove a “atividade de orientação sobre paternidade responsável”, conceito que não é exatamente definido, sendo, portanto vago e indeterminado, e também não é exigido da gestante, para se averiguar da mesma maneira se houve “gestação responsável”.

Com relação aos funcionários públicos, não contemplados explicitamente pela lei 13.257/2016, a Presidência da República editou o Decreto de número 8737/2016, com base na lei 1170/2008, instituindo o programa de prorrogação da licença-paternidade para 21 dias para todos os servidores públicos regidos pela lei 8112/1991, incluindo, inclusive, aqueles que obtiverem guarda judicial para adoção de crianças de até 12 anos de idade incompletos.

A legislação não aborda explicitamente, ainda, a questão de licenças concedidas a casais homoafetivos. Entretanto, o artigo 392-A da CLT impõe que “a adoção ou guarda judicial conjun-

ta ensinará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada.” Dessa forma, é plausível a defesa da prorrogação da licença-maternidade a um dos adotantes e da licença-paternidade a outro, independentemente de seu gênero.

Faz-se necessário salientar que, apesar da existência da nova lei, o Brasil foi o único país da América Latina a não ratificar a Convenção 156 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que diz respeito à igualdade de tratamento para funcionários e funcionárias que tenham responsabilidades familiares. Em seu preâmbulo, a referida norma afirma que “(...) para alcançar a plena igualdade entre homens e mulheres, é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem quanto da mulher na sociedade e na família (...)”.

3 Neurociência: a importância da presença dos pais no desenvolvimento da criança

Estudos demonstram que o cérebro de uma criança terá notável desenvolvimento até os seus primeiros dois anos de idade. Tal desenvolvimento dar-se-á, principalmente, por meio de seus sentidos, como o som, o toque, a visão, o odor, a alimentação, os pensamentos, as drogas, os ferimentos, as doenças. Entretanto, tais fatores não são os únicos aos quais o cérebro de um bebê é sensível. Algumas influências ambientais podem gerar o chamado estresse tóxico no início da vida, gerando graves consequências à criança durante seu crescimento e vida adulta. Nesse cenário, o papel dos pais é estabelecer com seus filhos, logo no início da vida, uma relação afetiva estável, a fim de protegê-los de situações de estresse e proporcionar a eles experiências sensoriais que contribuam para o seu desenvolvimento.

O estresse crônico, causado no início da vida por problemáticas relacionadas à pobreza extrema, abandono ou negligência, pode levar a um mau desenvolvimento cerebral e ao estabelecimento de um sistema corporal de resposta ao estresse em constante estado de alerta, o que pode elevar o risco de aparecimento de diversas doenças crônicas.

A construção do cérebro humano se inicia ao nascimento e continua até a maturidade. Nos primeiros anos de vida, são construídas 700 novas sinapses cerebrais por segundo, que diminuem com o tempo e se tornam mais eficientes. Os primeiros sentidos a serem desenvolvidos são a visão e a audição, seguidos pelas habilidades básicas de linguagem e, finalmente, pelas funções cognitivas superiores. As maiores influências que moldam o desenvolvimento cerebral infantil são as interações que estas estabelecem, em maior grau com seus pais, em um relacionamento chamado de “dar e receber”. Os infantes buscam interações ao balbuciar e exprimir gestos e expressões faciais, enquanto recebem respostas, a partir de vocalizações e outras expressões, dos adultos que os cercam. Na hipótese de essas respostas serem inexistentes ou inadequadas, o cérebro não se constitui conforme o esperado, o que pode levar a disfunções na aprendizagem e no comportamento.

Dessarte, em decorrência da maior plasticidade que o cérebro apresenta no início da vida, sua capacidade de mudança diminui com a idade. Conforme amadurece, o cérebro se torna mais capacitado para desenvolver funções complexas e menos capaz de se adaptar a situações inusitadas. Assim, entende-se que é mais produtivo aplicar influência no desenvolvimento cerebral de um bebê do que tentar solucionar eventuais problemas na conexão de seu sistema cerebral na adolescência ou na vida adulta.

Em vista do exposto, pode-se extrair que é menos custoso investir em políticas que ofereçam condições favoráveis ao desenvolvimento infantil do que tentar remediar possíveis consequências posteriores. É importante entender que todos os ambientes em que a criança está inserida, desde a gravidez até a primeira infância, assim como a qualidade de seu relacionamento com seus responsáveis, influenciam diretamente no desenvolvimento de suas sinapses cerebrais. Portanto, devem ser desenvolvidas políticas públicas que protejam as crianças nesse sentido, entre elas a garantia de licenças parentais que permitam aos pais estarem presentes nessa importante fase do crescimento de seus filhos. Além disso, é dever do Estado garantir acesso à educação, cuidados primários de saúde, serviços de proteção à criança, saúde mental de adultos, apoio à economia familiar, entre outros benefícios que garantam o amplo desenvolvimento dos infantes, a partir da garantia de ambientes seguros e apoio familiar em relacionamentos estáveis.

4 Estudo comparado

Mesmo com todos avanços que houveram em relação aos direitos parentais no Brasil percebe-se que ainda há aspectos que muito deixam a desejar quando comparados a legislação de outros países. Para analisar de maneira mais específica, foram escolhidos os modelos de direitos parentais de dois países: Alemanha e Suécia. Esses países são considerados inovadores a respeito dos direitos parentais e o estudo sobre suas legislações pode inspirar e amparar uma reforma no próprio direito brasileiro, visando mudanças que prezam pelo direito a proteção integral da criança.

4.1 Direitos parentais na Alemanha

De acordo com o estudo realizado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) em 2016, as políticas familiares propostas pelo governo alemão têm por objetivo promover o bem estar e o desenvolvimento da criança, principalmente durante a primeira infância. As leis que resguardam os direitos parentais também buscam manter a força laboral, especialmente das mães, ativa e ao mesmo tempo garantir condições para que a população tenha a quantidade de filhos que desejarem, estimulando a taxa de natalidade. As políticas *family-friendly* objetivam garantir às famílias suporte “*in cash, in kind and in time*” (“em dinheiro, em tipo e em tempo”) (BMFSFJ, 2006), são investimentos na educação e nos cuidados da primeira infância (*Early Childhood Education and Care - ECEC*).

A licença parental na Alemanha é denominado como *Erziehungsgeld* e foi criado em 1987 na Alemanha Ocidental. O instituto consistia em uma licença parental de 8 meses que sucedia uma licença maternidade de 14 semanas, durante os quais os pais recebiam um auxílio monetário. Em 1990, dobrou-se o tempo da licença parental remunerada. Em 1992, o Estado concedeu o direitos de que os pais ausentassem-se de seus trabalhos sem que pudessem ser demitidos até que a criança completasse 3 anos de idade, porém sendo remunerados apenas nos 16 primeiros meses da licença.

A primeira grande reforma do sistema de direitos parentais na Alemanha aconteceu em 2007 (*Elterngelt*), quando mostrou-se necessário adequar os termos da licença parental alemã aos estabelecidos internacionalmente visando uma melhor prática e dando um passo a mais em direção à igualdade de gênero quanto à responsabilidade parental. Com essa reforma foi estabelecido 12 meses

de licença remunerada para cada um dos responsáveis na relação parental, sendo que cada um deveria usufruir de ao menos 4 meses para garantir todos os benefícios assistenciais disponibilizados pelo governo. Para incentivar a responsabilidade familiar do pai foi estabelecido que se realmente fosse utilizado os últimos 2 meses garantidos seriam acrescentados mais 2 meses, ou seja, totalizaram 14 meses de licença paternidade remunerada. De forma geral, a licença parental estabelecida em 2007 era de 24 meses e quando utilizados integralmente seriam acrescentados mais 4 meses a esse tempo, sendo 14 meses de licença maternidade e 14 meses de licença paternidade. Entretanto, o *Elterngelt* deixou a desejar em alguns quesitos pois em situações diversas o auxílio recebido durante a licença era inferior ao estabelecido em anos anteriores, prejudicando a situação financeira de algumas famílias.

Procurando resolver os problemas da reforma anterior e pretendendo criar espaços de trabalho que fossem *family-friendly* (favoráveis à família), em 2015, as autoridades alemãs aprovaram *Neue Vereinbarkeit Memorandum* (Novo Memorando de Entendimento) que foi inspirado em uma política empresarial privada chamada de “A família como fator de sucesso”. Com base no progresso obtido por tal política, a reforma da licença parental de 2015 (*ElterngeltPlus*) suscitou um maior equilíbrio entre trabalho e vida, suas diretrizes permitiram que houvesse uma flexibilização de horários, combinação de trabalho meio período com a licença parental, foram previstos incentivos financeiros, entre outros benefícios. Inspirados pelos esquemas de direitos parentais da Suécia, os alemães, para estimular ainda mais a licença parental compartilhada, criaram um bônus de isenção de imposto de 5 euros para cada dia em que a licença é usada igualmente, podendo atingir até EUR 1485.

Figura 4.1.1 - Evolução da licença parental compartilhada na Alemanha



Atualmente, em razão de todas as reformas e leis que regulamentam os direitos parentais, existem três garantias principais na Alemanha que visam a proteção da família: a licença maternidade, a licença parental e a bolsa família. A licença maternidade é cedida àquela mulher que possui um emprego fixo e dura por 14 semanas, podendo ser prorrogada, sendo que este benefício pode começar a ser utilizado até seis semanas antes do nascimento da criança e nesse período a mulher não pode ser despedida de seu emprego. Assim que a licença maternidade acaba, a família pode pleitear pela licença parental. Este benefício pode durar até a criança completar 3 anos de idade, porém a bolsa maternidade dura 12 meses e caso ambos pais adotem a licença, o período de remuneração passa para 14 meses com garantia de retorno ao trabalho. O valor da bolsa maternidade é formado por 65% do salário líquido da mãe/pai que decide se afastar ou reduzir a carga horária do trabalho, mais 300 euros por criança no caso de gêmeos, trigêmeos; as famílias carentes recebem 100% do valor do benefício. Para receber a bolsa maternidade é necessário que ela seja requisitada junto ao órgão específico do governo alemão. Além da bolsa maternidade é possível que a família receba também uma bolsa família, paga pelo governo até que a criança complete dezoito anos.

Através da simplificada análise histórica dos direitos parentais na Alemanha e como se deram seus progressos em relação aos benefícios bem como o que por vezes piorou de uma reforma para outra, é possível visualizar que desde o que inicialmente foi idealizado na década de 80 até o que é efetivamente aplicado nos dias de hoje houveram muitas mudanças. Comparando os dois extremos dessa linha do tempo pode-se concluir que houveram muitos avanços quando focado o bem estar dos pais e da criança e sua relação família e trabalho. Por outro lado, ao focar no mesmo ponto porém comparando o que era aplicado na década de 80 ou o que é aplicado hoje na Alemanha com a legislação brasileira sobre o mesmo tópico, vê-se uma grande disparidade quanto o tempo destinado às licenças e a ausência do instituto da licença parental compartilhada no Brasil.

4.2 Direitos parentais na Suécia

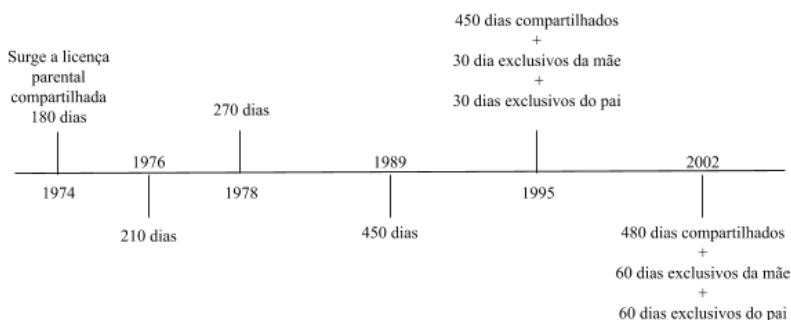
Enquanto no Brasil ainda persiste a ideia de direitos à maternidade e à paternidade como institutos diferentes um do outro, na Suécia tais políticas públicas são conhecidas por estimular a igualdade de gênero. A licença parental no país em questão é compartilhada entre as partes que compõem o núcleo familiar, englobando famílias heteroparentais, homoparentais e uniparentais. O benefício diz respeito ao afastamento laboral remunerado de ambos os pais devido ao nascimento de uma criança.

O processo para se chegar a atual configuração do benefício não foi fácil, para garantir a eficácia deste novo modelo foram necessárias várias reformas e adaptações, sendo que até hoje ainda são enfrentados diversos problemas. A inovadora ideia de se poder compartilhar a licença parental surgiu em 1974, substituindo a licença maternidade até então vigente. Naquela época a licença

parental consistia no afastamento laboral durante 180 dias a serem compartilhados de maneira que melhor convinha aos pais, além de também ser dever do Estado garantir a remuneração das mães e dos pais com o equivalente à 80% de seus salários. O único requisito era de que após os 30 primeiros dias do nascimento da criança, os pais são se afastassem por licença simultaneamente. Em 1976, o governo sueco aumentou a licença para 210 dias; em 1978, para 270 dias; e, em 1989, para 450 dias.

Depois deste grande salto em questões legislativas permaneceu a ineficácia do sistema. No início da década de 90 pôde-se verificar que os pais, homens, tomavam apenas 10% do período da licença para si mesmos sendo que o restante ainda recaía sobre a mulher. Por isso, em 1995 foi realizada uma norma reforma que estipulava além do período de 450 dias, seriam acrescidos mais dois meses que deveriam ser, obrigatoriamente, utilizados um pela mãe e outro pelo pai. Em 2002, os 450 dias transformaram-se em 480 e o tempo adicional de uso exclusivo e intransferível foi aumentado para quatro meses a serem usufruídos dois pela mãe e dois pelo pai, sendo que caso decidissem não utilizar a penalidade seria não poder usufruir desse tempo extra.

Figura 4.2.1 - Evolução da licença parental compartilhada na Suécia



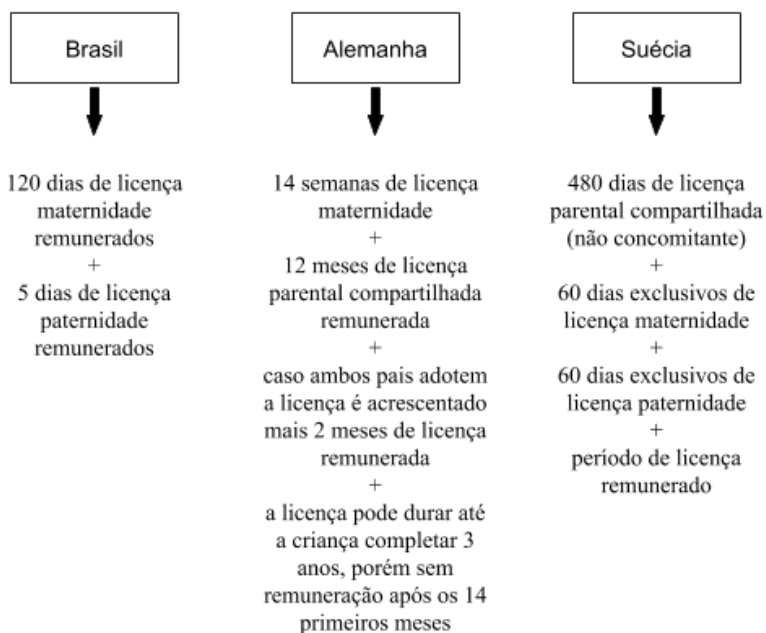
A questão do salário no período da licença também foi muito discutido por ser considerado um dos principais fatores pelos quais os pais decidiam encurtar sua licença ou nem ao menos tirá-la. Em vista disso, em 2006 foi realizada mais uma reforma na qual a legislação prevê três níveis remuneratórios do benefício. Em primeiro lugar tem-se o nível auxílio doença pelo qual o salário da licença equivale a 80% do salário prévio dos pais e deve ser pagos por 390 dias, para adquirir esse benefício é necessário que os pais tenham trabalhado consecutivamente nos 240 dias antecedentes ao nascimento da criança. Caso os pais não atendam a essa exigência, o salário da licença seguirá o nível básico, destinado àqueles que possuem uma renda muito baixa ou até mesmo que não possuem renda alguma. Nos demais 90 dias, os dias finais da licença, é atribuído ao salário o nível mínimo que é estipulado todos os anos pela Confederação de Assistência Empresarial Sueca (Confederation of Swedish Enterprise Insurance).

A dinâmica da licença parental criada pelo direito sueco é, hoje, uma das mais evoluídas no campo e merece o devido prestígio, devendo exercer um papel orientador para os demais países que buscam alterar seus dispositivos nesse sentido. Tendo em vista toda trajetória de reformas da licença parental na sociedade sueca, bem como do salário que acompanha o benefício, é perceptível que tais mudanças não ocorreram da noite por dia e que foram árduas as tentativas de criar um modelo que garantisse a igualdade de gêneros e que resguardasse o direito de ambos os pais na tarefa de criação do filho recém-nascido. Não foi fácil porém, necessário e todo o trabalho foi recompensado com o grande sucesso que representa atualmente.

4.3. Brasil, Alemanha e Suécia

Para efeito de comparação e para facilitar a análise a respeito de como são regulamentados e como são efetivamente aplicados os direitos parentais no Brasil, na Alemanha e na Suécia atualmente, foi feita a seguinte tabela.

Figura 4.3.1 - Comparativo entre direitos parentais: Brasil, Alemanha e Suécia.



Por meio do quadro acima, é perceptível a discrepância entre os direitos familiares nos diferentes países analisados, principalmente com relação ao Brasil e até mesmo dentro dele quando comparados os direitos das partes parentais. Tanto a Alemanha quanto a Suécia, inspirados no ideal de igualdade entre o gêneros e no princípio de que a responsabilidade parental deve ser dividida igualmente entre os responsáveis do núcleo familiar

optaram por um sistema de licença parental compartilhada. Além disso, o tempo estipulado para a licença em ambos países tem como justificativa o bem estar da criança durante sua primeira infância, período importante para o desenvolvimento cerebral do ser e também para a criação de laços afetivos entre os pais e seus filhos, conforme explicado no item que fala sobre a neurociência. Em contrapartida, as autoridades brasileiras optaram por determinar tempos exclusivos para a licença maternidade e paternidade, sendo que o tempo da licença maternidade é exponencialmente maior do que a licença paternidade, não havendo nenhuma justificativa no campo científico para isso.

5 CONCLUSÃO

Em vista do exposto no presente artigo, conclui-se que, apesar dos avanços no campo dos direitos parentais, a licença-paternidade no Brasil existe, porém ainda é falha. A legislação pátria é lacunosa nesse âmbito e não se percebe devida atenção às necessidades da criança em seu desenvolvimento, no sentido de o Estado proporcionar a estas condições de terem a presença de ambos os pais durante a primeira infância, como também promover políticas públicas de seguridade social.

Ainda existe, no país, ampla desigualdade entre as garantias concedidas aos pais e às mães após o nascimento de um filho. Entende-se que essa discrepância se dá em decorrência de crenças ainda presentes na sociedade de que a mulher deve ser o seio do instituto familiar, enquanto o homem deve promover a segurança financeira do lar. Todavia, tal cultura fundada as bases do patriarcalismo vem sendo combatida no cenário mundial, como demonstrado com base nos ordenamentos alemão e sueco. Enquanto no Brasil existem 120 dias de licença-maternidade remu-

nerados e 5 dias de licença-paternidade remunerados, com possibilidade de prorrogação de 60 dias para a mãe e 15 dias para o pai em casos específicos, tanto na Alemanha, quanto na Suécia já é realidade a licença parental compartilhada, permitindo aos pais manejarem da maneira que preferirem os prazos do benefício, que ultrapassam um ano.

Tais avanços são importantes não só para assegurar a igualdade dos papéis dos pais na criação dos filhos, mas também para garantir que a criança possua um ambiente propício para se desenvolver, com base em um relacionamento estável e saudável estabelecido com seus responsáveis. Para que, assim, seja evitado o chamado estresse crônico causado na primeira infância, precursor de doenças crônicas e outros problemas que serão mais custosos para o Estado ao se tratar de um indivíduo adulto.

Portanto, vê-se que o Estado brasileiro é falho na garantia de seguridade aos pais, devendo, tomando como base estudos neurocientíficos e inspirando-se nos ordenamentos de países desenvolvidos, buscar solucionar as disparidades ainda existentes entre os direitos de ambas partes do núcleo familiar.

Salienta-se que é de extrema importância que trabalhos como esse continuem a serem feitos dentro do ambiente acadêmico para que aspectos estruturais da sociedade brasileira e de seus sistemas normativos sejam questionados, levantadas hipóteses e propostas soluções, podendo até mesmo serem utilizados como uma das bases teóricas em uma reforma ou projeto legislativo. A intenção deste artigo é a de questionar a discrepância existente entre as licenças maternidade e paternidade no país, mostrar o porquê da necessidade de se aumentar esse tempo de suporte que a criança recebe dos pais e que os pais recebem do Estado, além de procurar exemplificar modelos mais coerentes de direitos

parentais com os atuais aspectos da sociedade para que possivelmente sirva de alerta à população e às autoridades governamentais do Brasil.

PARENTAL RIGHTS: DOES IT EXIST PATERNITY LEAVE IN BRAZIL?

ABSTRACT

This article intends to analyse the parentals rights in the brazilian's social and historical context to attest if there is or isn't sureness about the father's rights of being part in the care of his newborn in the early childhood, also to show the harms that can be produced if there is lack of presence and attendance of the parents during a child's the first development phase. Finally, it's proposed a comparative study involving the German and Swedish law, their guarantees concerning parental rights, in a way to inspire the changes needed in the brazilian legislation that surround this matter.

Keywords: 1. Parentals rights. 2. Maternity leave. 3. Paternity leave. 4. Social security. 5. Fundamental rights.

DROITS PARENTAUX: EST-CE QU'IL Y A LE CONGÉ PATERNITÉ EN BRÉSIL?

RÉSUMÉ

Cette article a l'intention d'analyser les droits parentaux dans le contexte social et historique du Brésil afin de démontrer si il y a ou non assurance à propos de le droit qui le père a de rester avec ton fils pendant sa première enfance, en plus de démontrer les méfaits qui l'absence parental peut résulter dans le développement de l'enfant. Enfin, il est proposé une étude comparative avec le droit d'Allemagne et de Suède, ses garanties envers les droit parentaux, afin d'inspirer vitesses très nécessaires à la législation brésilienne qui abord ça. Mots clés: 1. Droits parentaux. 2. Congé maternité. 3. Congé paternité. 4. Sécurité sociale. 5. Droits fondamentaux

FONTES BIBLIOGRÁFICAS

BMFSFJ (2006). **Familie zwischen flexibilität und verlässlichkeit. Perspektiven für eine lebenslaufbezogene familienpolitik. Siebter familienbericht.** Berlin: Deutscher Bundestag, printed paper 16/1360.

BOLING, Patricia. **The politics of work-family policies.** Cambridge University Press, 2015. Reino Unido.

CÂNDIDO, João. **Construindo a era dos direitos humanos para crianças, adolescentes.** Disponível em: http://www.scj.pe.gov.br/scjpe/sites/all/themes/zentropy/pdf/producao_scj/CONSTRUINDO_AERADOSDIREITOSHUMANOSporjoacandido.pdf.

Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988. Decreto nº 8.737, de 3 de maio de 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIUZA, César. **Diretrizes hermenêuticas do direito de família.** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/10.pdf.

Goethe Institut. **A vida com filhos.** Disponível em: <https://www.goethe.de/prj/mwd/ptpt/idl/fam/lmk.html>. Acesso em: 20/06/2019.

GOMES, Karina. **Alemanices: “bolsa-filho” e licença paternidade.** Coluna DW Brasil, 22/09/2017. Disponível em: <https://p.dw.com/p/2kXuv>.

HARMATIUK, Ana Clara.; ZIGGIOTTI, Ligia.; KOSTIN, João Pedro. **Licença parental como agenda para a igualdade de gênero: diálogos entre os modelos sueco e brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito UFPR. ISSN: 0104-3315 (impresso) 2236-7284 (eletrônico).

KNUDSEN, EI; HECKMAN, JJ; CAMERON, JL; SHONKOFF, JP. **Economic, neurobiological, and behavioral perspectives on building America’s future workforce.**

Lei nº 13.257, de 8 de Março de 2016.

Lei nº 11.770, de 9 de Setembro de 2008.

Lei nº 8.112, de 11 de Dezembro de 1990.

Proceedings of the National Academy of Sciences 2006: 103(27):10155-10162.
Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1502427/>.

National Scientific Council on the Developing Child (2005/2014). **Excessive Stress Disrupts the Architecture of the Developing Brain: Working Paper No. 3. Updated Edition.** Disponível em: www.developingchild.harvard.edu.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito: situação atual.** 5ª edição. Editora Saraiva. 1994.

OECD. **Alemanha.** Disponível em: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/germany-pt/>. Acesso em: 14/07/2019.

OECD (2016). **Dare to share: Germany's experience promoting equal partnership in families.** OECD Publishing, Paris. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/dare-to-share-germany-s-experience-promoting-equal-partnership-in-families_9789264259157-en. Acesso em: 14/07/2019.

HABEAS CORPUS 84.078 e 126.292: A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E A PRESUNÇÃO DE INOCENCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Alexandre Montagnini De Santana¹

Henrique Segatto Mota²

Pedro Paulo Vieira Souza³

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar as consequências dos Habeas Corpus número 84.078/2009 e 126.292/2016, no qual, no primeiro, foi decidido que não é possível a execução da pena a partir de sentença em segunda instância tendo o réu o direito de recorrer seu julgamento em liberdade até que transitado em julgado em última instância. No Segundo, foi decidido que é possível a execução da pena já a partir de sentença em segunda instância. Tal importância desses julgados se deve por ser tema significativa na constituinte e necessitar de resolução. Por meio deste artigo científico procura-se comparar os argumentos usados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, que assim chegam a essa nova interpretação constitucional da presunção de inocência ou, segundo parte da doutrina, de não culpabilidade. Trata, assim, o presente assunto de grande importância no meio acadêmico, bem como para os operadores do direito de um modo geral, na medida que a possibilidade do réu co-

1 Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás. Email: Alexandre.Montagnini36@gmail.com

2 Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás. Email: Segatto1309@gmail.com

3 Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás. Email: Pedro-paulovieirasouza@gmail.com

meçar a cumprir a pena a partir de uma segunda instância judicial, leva a mudanças de paradigmas, quer nas estratégias dos advogados na defesa de seus clientes, quer agora em uma maior celeridade da justiça. Por ser um tema atual e relevante, apesar da recente repercussão geral do STF, ainda é assunto para debates pelo meio jurídico. Este artigo científico apresenta alguns dados, bem como legislação pertinente, demonstrando que o assunto é relevante, e que este trabalho procura explorar o tema. A problemática em pauta pode ser objeto de estudo pelo meio jurídico e acadêmico.

Palavras-Chave: Constitucionalidade. Presunção de inocência. Inciso LVII do Artigo 5 da Constituição Federal de 1988. Execução Penal. Habeas Corpus 84.078. Habeas Corpus 126.292.

1 INTRODUÇÃO

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal em decisão sobre o Habeas Corpus 84.078/2009 proferiu que o réu só poderia ir preso, (exceto por prisão preventiva ou temporária) após o trânsito em julgado, ou seja, ele poderia aguardar todos os recursos em liberdade. Já em 2016, a mesma corte, decidiu em razão do Habeas Corpus nº 126.292/2016, que o autor condenado em segunda instância deverá iniciar a execução de sua pena, mesmo que esteja recorrendo a sua sentença.

Nesse mesmo sentido o artigo 5º da Constituição Federal, de 5 de outubro 1988, em seu inciso LVII ressalta: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O Supremo Tribunal Federal, Guardião da Constituição, muda então a interpretação pacífica de 2009 do comando e a temática então torna-se alvo no cenário jurídico brasileiro; estaria a decisão do STF ferindo o princípio da presunção de inocência, que é um dos princípios basilares do Estado de Direito e alvo do Artigo 5º no seu inciso LVII?

De um lado, alguns operadores do Direito acreditam que a decisão fere o dispositivo constitucional já que a execução da pena só poderia ser iniciada após a condenação com trânsito em julgado. ou seja, após todas as instancias.

Por outro ponto; alguns apoiam o sentido adotado, uma vez que os recursos após segunda instância são extraordinários e especiais, não apreciam novos fatos e provas, e por isso, não impedem o cumprimento de sentença já proferida em segundo grau; mais que isso, não apresentam efeito suspensivo.

O fato é que independente dessa problemática pelo qual o STF ainda julgará em definitivo, presenciasse no debate jurídico uma iminente preocupação em torno de qual posição deverá prevalecer considerando os regimentos jurídicos e a realidade brasileira em torno da resolução dessa demanda.

Dessa forma, o presente artigo tem por objeto o estudo do Princípio da Presunção de Inocência até o trânsito em julgado de condenação penal, onde será abordado através do método dialético os antagonismos da recente decisão do Supremo comparando as decisões dessa corte no Habeas Corpus 84.078/2009 e 126.292/2016.

Para abordagem do presente objeto o artigo se especificará em cinco capítulos a fim de melhor compreensão do estudo proposto.

O item 1 introduzirá a pauta e irá contextualizar o leitor antes que uma análise mais profunda.

O item 2 explanará especificamente o princípio da presunção de inocência, conceito e alcance na legislação nacional.

O item 3 continuará a abordagem no objeto deste artigo científico, tratando do habeas corpus 84.078 que criou jurisprudência sobre o Princípio da Presunção de Inocência e as princi-

pais argumentações utilizadas nessas decisões do Supremo Tribunal Federal.

O item 4 continuará a abordagem no objeto deste artigo científico, tratando do habeas corpus 126.292 que modificou a jurisprudência sobre o Princípio da Presunção de Inocência e as principais argumentações utilizadas nessas decisões do Supremo Tribunal Federal.

O item 5 refere-se às repercussões jurídicas do tema proposto após a mais recente decisão e ocupara-se dos seus efeitos em pauta, as suas consequências no meio jurídico, mais em especial as recentes tramitações de ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs 43 e 44) questionando a própria decisão do STF.

A conclusão evidenciará os pontos importantes, bem como se o objeto do estudo foi devidamente alcançado e também se o assunto possui pontos que sugerem novos estudos ou novas pesquisas.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA

A condição de inocência do indivíduo é um direito universal, que emana da dignidade da pessoa humana. A violação desse pressuposto vai de encontro à dignidade da pessoa humana, na medida que suprime direitos. Essa condição de “se considerar inocente” foi positivada em nosso ordenamento jurídico e também em outros ordenamentos estrangeiros, de modo que rege a premissa de que é um direito universal. Segundo Norberto Bobbio (2004, p. 19) esses direitos são universais:

Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os

direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.

Ressalta-se também nesse sentido de que o momento processual ao qual o indivíduo é posto é de grande importância ao instituto da presunção de inocência porque esse é momento de verificação de produção de provas, oitivas e outros complexos, e durante suas fases os direitos e as garantias constitucionais devem servir de parâmetros a ser observado.

O Princípio da Presunção de Inocência presume que o cidadão é inocente, ou seja, não culpado, até o trânsito em julgado de sentença condenatória. Assim, impede-se que uma sentença condenatória produza efeitos antes de esgotados todos os recursos que ele tem direito. Para Sanches Cunha (2015, p. 96): “Uma situação é a de presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos”.

A maior parte da doutrina possui o entendimento pacífico de que o Princípio de Inocência se integra com o trânsito em julgado em quaisquer recursos em instâncias superiores, mesmo que a matéria seja discutida de fato, característica do recurso extraordinário e especial.

Na história, a não culpabilidade do agente sempre foi colocada a prova. Assim, havia uma prerrogativa em que o acusado deveria provar que não era o culpado pela denúncia feita, sendo a presunção de inocência irrelevante para o Direito Penal da época. Dessa forma, abriu-se uma forma de infiltração da tortura em uma brecha jurídica perfeita para que o Estado conseguisse resol-

ver esse dilema, como destaca Cesare Beccaria em *Dos Delitos e das Penas* (1764, p. 23):

O inocente exclamará, então, que é culpado, para fazer cessar torturas que já não pode suportar; e o mesmo meio empregado para distinguir o inocente do criminoso fará desaparecer toda diferença entre ambos. A tortura é muitas vezes um meio seguro de condenar o inocente fraco e de absolver o celerado robusto. É esse, de ordinário, o resultado terrível dessa barbárie que se julga capaz de produzir a verdade, desse uso digno dos canibais, e que os romanos, mau grado a dureza dos seus costumes, reservavam exclusivamente aos escravos, vítimas infelizes de um povo cuja feroz virtude tanto se tem gabado.

Situação exposta só irá mudar no Século XVIII após o iluminismo advindo da revolução francesa, temos então a modernização do Direito Penal e valoração de princípios como a liberdade, igualdade, fraternidade, e a consequência de tal fato histórico acarreta na mudança de posição do qual o indivíduo é culpado preliminarmente, e adotasse o princípio da presunção de inocência onde o indivíduo é inocente até que se prove ao contrário.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência foi positividade somente com a Carta de 1988 no art. 5º, LVII (BRASIL, 1988) em que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Esse princípio não está presente somente na CF, sendo que tem a sua complementariedade no Princípio do Devido Processo Legal, já que esse reconhecimento de que o indivíduo é culpado ou inocente requer não apenas que exista um processo vigente, mas que ele seja justo, para que aí sim exista um equilíbrio entre o poder punitivo do

Estado e o próprio direito de liberdade do processado. O devido processo legal é uma dupla garantia ao indivíduo, tendo como resultado e destaque o direito à ampla defesa e ao contraditório, assegurando não só o direito à liberdade no âmbito material, mais também no formal através da plenitude de defesa.

A presunção de inocência ainda possui característica histórica visto que é caráter da evolução dos direitos fundamentais e foi positivado ao decorrer do tempo. A Convenção Interamericana, em seu Pacto de San José da Costa Rica (ONU, 1969) da qual o Brasil é signatário e ratificado pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, no seu artigo 1º (BRASIL, 1992), exhibe que o Princípio da Presunção de Inocência é intrínseco aos direitos e garantias individuais. Ela apensa por cópia ao presente decreto informando que deverá ser cumprida suas regulamentações tão inteiramente como nela se contém”. Nessa convenção tratou-se entre várias pautas a da não culpabilidade até que se prove sua culpa.

Importante arcabouço jurídico no que tange a limitação do poder punitivo do estado, antes de esgotados todas as garantias para defesa do acusado.

Relevante é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da qual o Brasil é signatário ainda desde a vigência da Constituição de 1946, e do qual posteriormente aderiu à Declaração Universal do Direitos do Homem de 1948, destacando-se o artigo 11.1 (ONU, 1948):

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Em alguns países, pesquisa realizada pela BBC News Internacional nas normas de alguns países, como os Estados Unidos, Canadá, Argentina e em vários países da Europa, como França, Inglaterra e Espanha, a prisão em segunda instância é permitida com alguma observação e especificidade do Princípio Da Inocência observado legalidade de norma local.

Na Alemanha, por exemplo, a Constituição prevê que a pena só deve ser cumprida após esgotadas as possibilidades de recurso, mas é comum que o processo transite em julgado após julgamento em apenas dois graus, pois os crimes considerados graves, como o homicídio, já começam a ser julgados diretamente nos órgãos que normalmente atuam como segunda instância e nesse caso são cabíveis apenas recursos para a corte superior alemã. Em Portugal, a execução da pena só se inicia depois de a condenação se ter tornado definitiva. Contudo, apenas recursos de crimes com pena superior a oito anos chegam ao Tribunal Constitucional, a última instância.

Em corrente contrária, alguns juristas como Edwin Sutherland, Antônio César Bochenek, Cezar Peluso defendem o conceito por considerar que o Direito Penal seria mais eficiente e que não teríamos o sobre carregamento do Supremo Tribunal Federal com processos penalistas, ainda destacam que essa posição não estaria essa ferindo o princípio da presunção de inocência presente na Carta Maior visto que o indivíduo ainda possui direito ao duplo grau de jurisdição, ao juiz natural, a imparcialidade da jurisdição, entre alguns princípios basilares, permitindo ainda que o processo se torne mais célere, sendo no fim positivo.

Destaca-se ainda que estudos recentes, realizados em 2018 pelo STJ a apresentado em sua plataforma digital online, evidencia que a absolvição de réus condenados em segunda instância é

de 0,62% no STJ. Nesse sentido a pesquisa foi feita apenas em processos eletrônicos, e o levantamento estatístico tomou por base as decisões monocráticas e colegiadas dos dez ministros que compõem a Quinta e a Sexta Turma do STJ, especializadas em direito criminal, no período de setembro de 2015 a agosto de 2017, nas classes processuais de *recurso especial* e *agravo em recurso especial*.

Nesse período, foram proferidas 68.944 decisões terminativas em recursos interpostos pela defesa (Advogados ou Defensoria Pública). As principais medidas concedidas em favor dos réus e os respectivos percentuais apurados são os seguintes (com a ressalva de que os percentuais não são cumulativos): Absolvição: 0,62%; Substituição da pena restritiva de liberdade por pena restritiva de direitos: 1,02%; Prescrição: 0,76%; Diminuição da pena: 6,44%; Diminuição da pena de multa: 2,32%; Alteração de regime prisional: 4,57%. Dessa forma, quanto ao risco da prisão injusta, o ministro Rogerio Schietti Cruz, do STJ, observa:

A mutação constitucional do STF não suprimiu o direito dos réus de rever decisões condenatórias proferidas nas instâncias ordinárias. Apenas encurtou o prazo – que era demasiadamente longo – para iniciar a execução da pena. Continuam, porém, o STF e o STJ acessíveis às iniciativas da defesa, tanto por habeas corpus quanto por recurso em habeas corpus, para, em caráter urgente, suspender o início da execução da pena quando constatada a probabilidade de êxito do recurso especial.

Dessa forma, vemos que existe um contraste muito grande de opiniões em torno da temática. Não existe uma posição pacífica, sendo que muitos consideram a medida positiva, outros consideram negativas como já explicitado no presente artigo.

3 HABEAS CORPUS 84.078

O presente Habeas Corpus, um dos objetos de estudo do presente Artigo, trata-se de pedido habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, em que se atribui ao Superior Tribunal de Justiça constrangimento ilegal, consubstanciado na denegação de habeas corpus cuja ementa tem o seguinte teor:

‘HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO, LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA’. É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do status libertatis do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada.”⁴

O paciente foi denunciado pela prática do crime tipificado no artigo 121, § 2º, I e IV, c/c o artigo 14, II, todos do Código Penal. O Tribunal do Júri acolheu a tese de homicídio privilegiado e o condenou a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Levado a novo Júri em virtude do provimento da apelação do Ministério Público, o paciente foi condenado a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84078. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2EENUME%2E+O_U+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lj1wyy66>. Acesso em: 27 jun. 2019.

de reclusão, em regime integralmente fechado, posteriormente corrigido para o inicialmente fechado pelo TJ/MG, no julgamento da apelação da defesa.

Denegaram ordem ao Habeas Corpus, sete ministros: Eros Grau, Celso de Mello, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Contra a concessão do habeas corpus, e vencidos, portanto, os ministros: Menezes Direito, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Em termos de evolução dos precedentes do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema da execução provisória da pena, é possível destacar dois períodos históricos bem delineados onde a Corte Suprema firmou posições antagônicas entre si. Do advento da Constituição Federal de 1988 até o julgamento do Habeas Corpus nº 84078-MG, datado de 5 de fevereiro de 2009, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitia a execução provisória da pena privativa de liberdade fixada em sentença condenatória mantida pelo órgão jurisdicional de 2º instância.

O principal argumento que embasava esse entendimento repousa no fato de que os recursos excepcionais eventualmente interpostos (recurso especial e recurso extraordinário) não possuíam efeito suspensivo em relação ao acórdão condenatório recorrido, sendo então possível a produção imediata de efeitos prisionais dos pronunciamentos judiciais colegiados, consoante se extrai da ementa do seguinte aresto:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DECORRENTE DE CONDENAÇÃO AINDA PENDENTE DE RECURSO. CF, ART. 5º, LVII. I. - Não configura constrangimento ilegal o fato de o réu condenado aguardar na prisão o julgamento dos recursos que interpôs. II. - O recurso especial e o

recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Regra contida no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que não fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. III. - H.C. indeferido.⁵

No mesmo sentido:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. 1. A sentença condenatória, mantida em segundo grau de jurisdição, sujeita-se à execução provisória (CPP, art. 637), independentemente do trânsito em julgado, porque os recursos eventualmente cabíveis - especial e extraordinário - não têm efeito suspensivo. 2. HC indeferido.⁶

Contudo, no julgamento do Habeas Corpus nº 84078-MG4, datado de 5 de fevereiro de 2009, relatoria do Ministro Eros Grau, o Plenário da Suprema Corte alterou sua jurisprudência primitiva e passou a entender que a execução provisória ou antecipada da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Neste julgamento, foram estabelecidos alguns paradigmas em relação ao tema da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Assim, a Corte entendeu que a permissão

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 84846. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+ E+84846%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+84846%2EACMS%2E%29&b ase=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l3rln4t>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 85886. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885886%2ENUME%2E+OU+85886%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qcxe5go>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

da prisão decorrente de acórdão condenatório recorrível, antes do trânsito em julgado, violaria não só garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB), como também o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB), uma vez que esse princípio deveria ser prestigiado também nas instâncias recursais excepcionais.

Ainda nesse diapasão, haveria incompatibilidade entre a prisão executada antes do trânsito em julgado e o ordenamento infraconstitucional, mormente a Lei de Execuções Penais em seu artigo 105, que condiciona o início da execução da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo esta diretriz legal condizente com a norma constitucional da presunção de inocência. Ressaltou a Corte que o artigo 637 do Código de Processo Penal, que embasa a tese segundo a qual seria possível a execução provisória da pena em virtude de o recurso extraordinário não possuir efeito suspensivo, não deveria prevalecer diante da especialidade cronológica do mencionado artigo 105 da Lei de Execuções Penais.

Por fim, destacou o Supremo que a exegese advinda da Constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional permitiria admitir apenas e tão somente as prisões cautelares, prisões processuais – temporárias e preventivas, como únicas formas de restrição da liberdade antes do implemento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não sendo possível conceber-se a prisão-pena decorrente de um acórdão recorrível antes do trânsito em julgado.

A partir do julgado acima exposto, percebe-se que o entendimento jurisprudencial da suprema corte, em meados de 2009, era no sentido da impossibilidade da execução provisória da reprimenda estatal.

O julgamento encetado a partir do Habeas Corpus (HC) 84078/MG serviu de estopim para o surgimento da Súmula 716, firmando jurisprudência orientadora da execução pena.

Entendeu-se que a prisão, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, apenas poderia ser de natureza cautelar (aquela que tem por objetivo assegurar a utilidade do processo).

Em uma interpretação garantista, foi asseverado que o Princípio da Legítima Defesa não poderia ser entendido de forma restrita, de modo que deve abarcar todas as fases processuais, inclusive os recursos extraordinário e especial, sob pena de configurar desequilíbrio nos meios de defesa.

Defendeu-se, ainda, que a execução provisória da pena não poderia se fundamentar na comodidade dos magistrados, pelo fato de que haveria exasperação no número de recursos a serem julgados pelas instâncias superiores, além de outros argumentos para ensejar a redação do verbete sumular.

Dessa forma, o entendimento de que não caberia execução provisória da pena, no âmbito do processo penal, vigorou até meados de 2016, quando então houve mudança de entendimento jurisprudencial do STF, conforme se verá adiante.

Todavia, a outrora jurisprudência pacificada em ambos os Tribunais Superiores fora modificada pelo recente julgamento do HC n. 126292-SP10, datado de 17 de fevereiro de 2016, no qual, conforme já salientado nas primeiras linhas deste artigo científico, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que tenha havido a confirmação dessa sentença em grau de apelação e ainda que o acórdão condenatório esteja sujeito a recursos excepcionais.

4 HABEAS CORPUS 126.292

O Habeas Corpus n 126.292 de 17 de fevereiro de 2016 se originou na inconformidade de réu ao ter negada liminar em razão de um habeas corpus impetrado contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 313.021/SP. Um novo recurso foi endereçado ao Supremo Tribunal Federal, o Habeas Corpus nº 126.292, do qual o ministro relator Teori Zavascki deferiu a liminar ao recurso. Depois o ministro relator optou por levá-lo a plenário onde, após explicação dos motivos desse habeas corpus ser objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal, fato devido a Súmula 691 do qual orienta que não cabe ao STF conhecer habeas corpus impetrado contra decisão do Relator pela qual, em razão de habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar. Nesse caso o STF o conheceu, pelo motivo de ser considerado teratológico (algo monstruoso, uma decisão absurda), manifestadamente ilegal (STF, HC 126.292, p. 4):

Todavia, admite-se o conhecimento do pedido em casos excepcionais, quando a decisão impugnada se evidencie teratológica, manifestamente ilegal (v.g., entre outros, HC 122670, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 5/8/2013, DJe de 15/8/2014; HC 121181, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/4/2014, DJe de 13/5/2014)

Assim, o Habeas Corpus 126.292 traz nova jurisprudência para as instâncias ordinárias de segundo grau, na medida que possibilita, a partir daquela, sentenciar o réu a cumprir a pena a que foi lhe imputado, mesmo haja pendência de apelo à instância

superior. De forma, a nova jurisprudência, gerada por esse novo Habeas Corpus tem a condição de lançar um novo paradigma no âmbito jurídico, tanto na parte regente a estratégia na defesa criminal, quanto na possibilidade de ter maior satisfação em uma maior celeridade para o início do cumprimento de pena.

O cerne da discussão jurisprudencial, inclusive já comentando, se encontra no alcance do Princípio da Presunção de Inocência ou “de não culpabilidade”; Isso porque para alguns doutrinadores o termo certo seria “não culpabilidade” visto que a Constituição não explicitou o termo “presunção de inocência” já que consta na própria que “ninguém será considerado culpado...”. Nomenclaturas à parte, a questão objetiva continua sendo se o indivíduo pode ser começar a cumprir a pena após a segunda instância, ou seja, o marco temporal de quando o réu será preso, e também se após considerado analisada todas as provas e fatos ou se após as pendências de todo e qualquer recurso válido ainda no processo.

Nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, destacam-se as argumentações para votar contra ou a favor no habeas corpus em julgamento do HC deste estudo. Sabemos que a decisão denegatória do plenário, sete votos contra e quatro a favor, demonstra a ambiguidade que se pode observar em uma ou outra argumentação. Assim, o acórdão resultou em nova jurisprudência no ordenamento jurídico, merecendo estudo também pelo fato de existirem quatro votos vencidos. Denegaram a ordem de habeas corpus, sete ministros: Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. A favor da ordem mandamental, e vencidos, portanto, os ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Mas a decisão deste habeas corpus, no que se observa nas

várias argumentações dos ministros, possui uma forte dimensão hermenêutica. As decisões dos magistrados, como se sabe, contém uma decisão fundamentada, mas também uma possui carga discricionária na prolação da sentença de acordo com o artigo 371 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015): “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Assim, um julgador pode ter entendimento diferente do outro, o que é natural, e o alcance dessa hermenêutica dos dispositivos legais são das mais diversificadas e variadas. A decisão, assim, também requer saber quais os limites na interpretação da Carta Magna no que se tangencie à presunção de inocência. Em âmbito criminal, mais importante ainda é o destaque desse efeito nessa hermenêutica, pois o tempo passado na prisão, por um inocente, não pode ser remediado.

Esse julgamento tem muita relevância, no que pese a concessão em si da liminar para a liberdade no caso concreto dentro do recurso, mas também o alcance e limitação de quando se considera inocente ou não culpado o paciente da ação. A argumentação ministerial é muito vasta ao se discutir o Princípio da Presunção de Inocência. Entre os argumentos, os mais relevantes que parecem encontrar o cerne da questão julgada são: A questão da celeridade judicial frente a segurança jurídica e o marco temporal do processo em que é possível o início do cumprimento da pena.

O primeiro ponto é intrinsecamente relacionado ao volume de processos no que tange com a capacidade do judiciário em julgar milhares de processos, ou seja, cumprir a garantia constitucional estampada no artigo 5º, LXXVII da Constituição Federal, sobre a Razoável Duração do Processo, dever do Estado e direito do cidadão, harmonizando a celeridade da justiça e segu-

rança jurídica, direito da sociedade como um todo. Sabemos que os processos possuem um ritmo de julgamento, ou seja, dependendo sempre da própria complexidade do caso concreto, assim podem vir a serem julgados depois de muito tempo. A morosidade dos processos afeta a todos, inclusive os réus, pois um paciente inocente não quer que o seu processo dure quase que uma “eternamente”. O Estado preza não só pela celeridade, mas também que o processo tramite de acordo com todos os requisitos processuais devidos, até se chegar na justiça adequada. Uma outra questão importante é a discussão de quando termina a presunção de inocência ou de não culpabilidade, que é referencial para se presumir o réu culpado e assim cumprir a pena imposta pela ação jurisdicional. Esses pontos levantados passam nas exposições dos ministros, bem como pela doutrina de maneira a avaliar seus pontos de vista, como por também, por exemplos, as estatísticas do sistema prisional, comparações com o sistema judiciário de outros países, e principalmente o fim do revolvimento da matéria fática no processo. Muito debatido nos votos também é a questão do término de apreciação de fatos e do surgimento de provas em segunda instância, onde alguns ministros supõe a necessidade de iniciar o cumprimento da pena. O contraponto para outros ministros é que apesar do termino de análise de fatos e provas, a Constituição garantiria somente a possibilidade de prisão após todos os recursos recorríveis, ou seja, uma leitura com uma hermenêutica literal e garantista da Constituição.

4.1 DILEMA ENTRE CELERIDADE JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.

Assim, é importante destacar a celeridade judicial e a segurança jurídica que passam por uma dimensão axiológica; o quanto

e o que queremos que tenha valor dentro do processo judicial. Uma lentidão processual pode levar a uma falha a garantir direitos individuais. Uma rapidez demasiada pode levar a fragilização de alguns princípios, como o da Ampla Defesa, do Contraditório e do Devido Processo Legal. Muitos processos tramitam por anos, cada movimentação processual leva tempo, despachos a cumprir, oitivas, perícias, recursos e mais recursos acabam por deixar a prestação jurisdicional muito comprometida no quesito rapidez. Já há bastante tempo a autotutela deixou de ser um caminho e hoje o cidadão necessariamente tem cada vez usado mais a justiça para resolver seus conflitos, exigindo muito mais do Poder Judiciário. Se por um lado aumentou o acesso da população à justiça, a duração razoável do processo está longe de ser satisfatório. Dessa forma, a celeridade talvez seja uma utopia processualmente falando. O que na verdade está em jogo é qual o parâmetro ideal de celeridade, sem que seja afetada a segurança jurídica. Precisamos de uma prestação jurisdicional rápida, mais rápida processualmente, sem atropelar a Ampla Defesa, o Contraditório e o Devido Processo Legal. A garantia de uma celeridade razoável em que o processo jurisdicional promova justiça sem esquecer direitos é uma grande dificuldade do judiciário, apesar de comandos constitucionais para dar vazão a essa necessidade, como o do inciso XII do artigo nº 93, da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “o número de juizes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;”. Contudo, nem sempre esse comando constitucional se representa à realidade, como no caso do superpovoamento de processos nas estantes do judiciário. A segurança jurídica também é um outro ponto que é importante para essa discussão, afinal, esperamos que o processo dure um tempo razoável. Se esse tempo

for estendido, poderá ocasionar perdas, talvez irreversíveis. Daí a importância de se ter a segurança de que aquele processo transcorreu dentro das normas e lei, o Devido Processo Legal.

Nesse caso do habeas corpus aqui estudado, vários ministros, principalmente os que denegaram o remédio constitucional, se referem a uma necessidade da rapidez na tramitação dos processos criminais, de modo que o processo deságue no cumprimento da punição e não dê margem a falta de efetividade jurisdicional. Em várias argumentações dos integrantes do STF, relatam a preocupação em se dar uma satisfação à sociedade frente aos crimes que se arrastam anos para que enfim o réu comece a cumprir a pena a que foi condenado. A segunda instância é requerida, em várias passagens argumentativas dos votos, como a plausível de se demarcar o começo da execução da pena.

4.2 MARCO TEMPORAL PARA O FIM DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA

Para inicia-se o cumprimento da pena, o processo deve obedecer em sentido amplo, o Devido Processo Legal. Entendemos que o processo deve seguir as leis, as normas, mas sobretudo deve ser compatível com a Constituição. Além disso o processo deve ser devido, ou seja, justo (justiça). Essa é a melhor acepção do Devido Processo Legal. Assim, desta forma justa e dentro da lei que o Estado procura atuar jurisdicionalmente, procurando a justiça através da Carta Magna. Assim, o Princípio da Presunção de Inocência é o marcador da justiça no processo, onde o réu é tratado como inocente até o final do processo, garantindo ao Estado fazer a “justiça justa”

Devemos considerar que para criar um equilíbrio entre o

fim da presunção de inocência e a possibilidade de cumprimento da mesma é necessário criar condições viáveis para que isso seja realizado, dessa forma, a pauta da questão foge do âmbito jurídico e recai também sobre a execução de políticas públicas que busquem dá efetividade ao ato jurisdicional.

Dessa maneira, é considerável se pensar em reformular o sistema prisional, assim como todos artifícios necessários dessa execução de penal, tal fato é tão necessário quanto a celeridade processual ou mitigação do Princípio de Não Culpabilidade, isto para se dar uma resposta aos anseios da sociedade.

5 REPERCUSSÕES JURÍDICAS E JULGADOS RELEVANTES DO STF

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que as controvérsias que permeiam este tema se referem diretamente com a Teoria das Fontes do direito moderno. Sendo assim, já é pacificado que o ordenamento jurídico deve dialogar com as diversas fontes naquilo que for possível, afastando o mero legalismo na aplicação das normas. Logo, fontes como os costumes, os princípios gerais de direito e a jurisprudência são imprescindíveis para se chegar ao ideal da equidade das decisões proferidas pelos diversos poderes, seja em âmbito jurisdicional ou meramente administrativo. Igualmente, a hermenêutica é outro fator que, em conjunto com as fontes, estabelece a interpretação do texto legal adequada a cada caso, sendo possíveis diversos entendimentos, mesmo que, *a priori*, seja *contra legem*, aumentando ou reduzindo o sentido normativo daquele dispositivo. Introduzida essa perspectiva, é possível analisar este objeto de estudo apresentado nesta obra à luz dos julgados e entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF), pois a divergência nos votos se estabelece, majoritaria-

mente, no que concerne ao legalismo apresentado na Constituição, não admitindo orientações contrárias, contra outro entendimento que leva em consideração aspectos sociais, hermenêuticos e doutrinários.

O ponto de partida, portanto, é analisar o porquê de se ter mudado o entendimento do STF da decisão de 2009 para a decisão de 2016. No ano de 2009, o STF julgou inconstitucional a prisão em segunda instância, por entender que feriria o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, alegando que a admissão da prisão em segunda instância feriria o princípio da presunção de inocência. Contudo, há uma mudança do entendimento do Plenário do STF a partir do *Habeas Corpus* número 126.292/SP, no ano de 2016. Neste *habeas corpus*, invocou-se o princípio da presunção de inocência do artigo constitucional supracitado para impossibilitar o início da execução penal condenatória. Contudo, o remédio constitucional invocado foi denegado pelo Plenário do STF, como se pode perceber pela ementa do acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (ADC. ACMS. ADJ2 43. ACMS.)

Esta decisão requereu maiores explicações do Supremo, exigindo que o mesmo se pronunciasse acerca da constitucionalidade ou não da prisão em segunda instância. Assim, o Partido Ecológico e a Ordem dos Advogados do Brasil entraram com pedido para o STF se posicionasse definitivamente sobre o assunto. Feito isso, através das Ações Declaratórias de Constitucionalidade número 43 e 44, o STF mudou seu posicionamento e declarou, por seis votos contra cinco, que a prisão em segunda instância não feriria o disposto no artigo 5º, inciso LVII, que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

O argumento dos ministros que votaram a favor da prisão em segunda instância era de não lesão ao princípio constitucional, pois as duas primeiras instâncias tratariam de analisar as provas, os fatos e o mérito da questão, e condenando o réu em decisão singular e colegiada já o pode considerar como apto a iniciar o cumprimento da pena, pois os recursos elevados aos Tribunais Superiores são para analisar, meramente, infrações ou lesões constitucionais ou infraconstitucionais, mas não matéria destinada aos dois primeiros graus de jurisdição. Por esta feita, a decisão do STF nas ADC's foi de:

Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme a Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida. (ADC. ACMS. ADJ2 43. ACMS.)

Em contrapartida, o relato dos vencidos, em especial o da Ministra Rosa Weber, foi de não ser possível interpretação contrá-

ria à Constituição, pois a Carta Magna deixa claro que o princípio da presunção de inocência e o da não culpabilidade estão atrelados ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Mas, o Ministro Gilmar Mendes defendeu em seu voto nas ADC's 43 e 44 que, além da não infração ao texto constitucional, a impunidade não pode sobressair:

Não se conhece no mundo civilizado um país que exija o trânsito em julgado. Em princípio se diz que se pode executar a prisão com decisão de segundo grau. Uma coisa é termos alguém como investigado. Outra coisa é termos alguém como denunciado, com denúncia recebida. Outra coisa é ter alguém com condenação e agora com condenação em segundo grau. Quer dizer, o sistema estabelece uma progressiva de 'ruição', vamos chamar assim, da ideia de presunção da inocência. E nós sabemos da nossa experiência. Amanhã um sujeito planta um processo qualquer, embargos de declaração, e aquilo passa a ser tratado como rotina a despeito... O processo ainda não transitou em julgado, vamos examinar. E daqui a pouco sobrevém uma prescrição, com todas as consequências e o quadro de impunidade. Eu acho que os presídios brasileiros vão melhorar daqui para a frente, porque se descobriu que se pode ir para a cadeia.

Percebe-se, portanto, que ultrapassada a visão meramente legalista do texto constitucional, outras questões foram levantadas para legitimar a prisão em segunda instância. A primeira delas, de caráter hermenêutico, foi a de não haver lesão ao texto constitucional, pois estabelecida uma interpretação conforme a Constituição, por se possibilitar ao réu apelação às Cortes Supe-

riores. A segunda, de caráter social, foi de cercear a impunidade, com alegações de que com a interposição de recursos e mais recursos, o prazo prescricional chegaria, ninguém mais iniciaria o cumprimento da pena, e a segurança jurídica estaria ameaçada. Por fim, as atribuições de competências jurisdicionais possibilitariam a prisão em segunda instância, pôr as Cortes Superiores ser apenas instituições que deliberariam acerca de infrações legais ou constitucionais, não sendo competências delas a análise das provas, fatos e mérito da questão.

6 CONCLUSÃO

Em suma, em termos de evolução dos precedentes do Supremo Tribunal Federal em relação ao tema da execução provisória da pena, foi possível destacar neste trabalho dois momentos notórios em que a Corte Suprema firmou posições antagônicas entre si. Do julgamento do Habeas Corpus nº 84078-MG, datado de 5 de fevereiro de 2009, até 2016, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitia a execução provisória da pena privativa de liberdade fixada em sentença condenatória mantida pelo órgão jurisdicional de 2º instância. Além do mais, os dois julgados de Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), nº 43 e 44 respectivamente, demonstraram que a decisão do STF, demonstrada pela maioria, afirmou que a temática não se sustenta apenas sob o ponto de vista da Constituição, pois as demais fontes devem estar de acordo com o texto em si para um bom posicionamento sobre o tema.

Pelo exposto, entende-se que a presente decisão do Supremo Tribunal Federal mostrou relevância, sobretudo em termos de política criminal. Entre os julgados de 2009 e 2016 não houve inovação legislativa substancial para ensejar mudança de entendi-

mento. A mutação que, de fato, houve, foi na composição do STF.

Na atualidade a população está saturada com a crescente onda de violência e proporcionalmente à elevada impunidade. Dessa maneira, executar, desde logo, uma decisão condenatória satisfaz o clamor social. No mesmo esteio, também se entende que foi acertada a referida decisão, haja vista que não há princípio absoluto, razão pela qual a ponderação de interesses foi devidamente efetivada pelo STF, ao conceder a possibilidade da execução provisória da pena.

O que podemos concluir ao analisar o Habeas Corpus nº 126.292, as ADC's e o princípio da presunção de inocência, é que existe um grande dilema jurídico e prático de como se deve decidir essa pauta. De um lado o art. 5º da nossa Carta Magna expressa em seu inciso LVII: “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; no entanto, não existe definido de forma expressa o que seria o “culpado” na nossa constituinte, abrindo espaço para o âmbito hermenêutico. Por outro lado, existe uma promessa de celeridade no processo apresentando por emenda constitucional que visa garantir o acesso teleológico do indivíduo à justiça, além de existir uma promessa em acordos internacionais, em outra emenda constitucional de que o indivíduo deve ter o direito a sua liberdade enquanto seu processo não foi julgado em última instância disponível. O que podemos concluir é que diante da indefinição, o Supremo Tribunal Federal resolveu tomar outra postura, por um lado, isso fica bem nítido nas mudanças de posição ao longo do lapso temporal. Dessa forma, acreditamos que a melhor solução ainda é um equilíbrio entre as posições (uma que busque a celeridade processual sem que prejudique os direitos de liberdade do indivíduo), portanto, é nítido que essa discussão vai muito além de uma mera discussão

de constitucionalidade, cabendo estudos sobre políticas públicas e de execução que torne isso possível.

ABSTRACT

This work aims to analyze the consequences of Habeas Corpus number 84.078/2009 and 126.292/2016, in which, in the first, it was decided that it is not possible to execute the sentence from sentence in second instance having the defendant the right to appeal his trial at liberty until it became *res judicata* in last instance. In the second instance, it was decided that it is possible to enforce the sentence already from a second instance sentence. Such importance of these judgements is due to the fact that it is a significant issue in the constituent and requires a resolution. This scientific article seeks to compare the arguments used by the justices of the Federal Supreme Court, who thus arrive at this new constitutional interpretation of the presumption of innocence or, according to part of the doctrine, of non-guilt. Thus, it deals with this issue of great importance in the academic world, as well as for the operators of the law in general, to the extent that the possibility of the defendant starting to serve the sentence from a second judicial instance, leads to changes in paradigms, both in the strategies of lawyers in the defense of their clients, and now in a faster justice. As it is a current and relevant issue, despite the recent general repercussion of the STF, it is still a subject for debate by the legal community. This scientific article presents some data, as well as pertinent legislation, demonstrating that the subject is relevant, and that this work seeks to explore the subject. The issue on the agenda can be studied by the legal and academic community.

Keywords: Constitutionality. Presumption of innocence. Item LVII of Article 5 of the Federal Constitution of 1988. Criminal Execution. Habeas Corpus 84.078. Habeas Corpus 126.292.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 84078**. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2ENUME%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ljlwy66>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 84846**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível

em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+84846%2ENUME%2E%29+OU+%28RHC%2EACMS%2E+ADJ2+84846%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l3rln4t>>. Acesso em: 27 jun.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 85886**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885886%2ENUME%2E+OU+85886%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qcxe5go>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

_____. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: **Senado Federal**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 jun. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Humanos**. 1948. Disponível em <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

_____. Pacto de San José da Costa Rica. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **O Tribunal da Cidadania**. < http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Absolvi%C3%A7%C3%A3o-de-r%C3%A9us-condenados-em-segunda-inst%C3%A2ncia-%C3%A9-de-0,62%25-no-STJ>. Acesso em: 28 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/2016**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43 MC / DF - DISTRITO FEDERAL**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%24%2ESCLA%2E+E+43%2ENUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+43%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zubmaqe>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Martin Claret, 1764. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 2004. Disponível em: <<https://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a--dos-direitos.pdf>>. Acesso em 28 mai. 2019.

SCHEREIBER, Mariana. **Alvo de disputa no Brasil, prisão após condenação em segunda instância é permitida nos EUA e em países da Europa**. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43480154>>. Acesso em 28 mai. 2019.

HISTÓRICO ESCRAVISTA E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O ENCARCERAMENTO EM MASSA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS REALIDADES CARCERÁRIAS BRASILEIRA E NORTE-AMERICANA

Bruna Vander Medeiros da Silva¹

Déborah Borges Ribeiro²

Isabella Santana Léda³

RESUMO

O presente artigo tem como escopo o estudo analítico e comparado do fenômeno de encarceramento em massa nos cenários brasileiro e estadunidense, tomando como guia o questionamento do quão definitivo foi, para ambas as nações citadas, o passado com a escravidão dos negros e a lógica racista que a fundamentou. Para tanto, a partir de uma breve introdução sobre o contexto factual brasileiro e norte-americano acerca deste seu histórico escravista, busca-se compreender a problemática do sistema carcerário no que tange o encarceramento seletivo da população negra, de ambos os países.

Palavras-chave: cárcere; racismo; encarceramento; discriminação racial; segregação; penal; Brasil; EUA.

1 aluna do terceiro período na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, (brunavander@gmail.com)

2 aluna do terceiro período na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (deborah.br@hotmail.com)

3 aluna do terceiro período na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, (isleda@icloud.com)

1. INTRODUÇÃO

A realidade do encarceramento em massa assola as realidades carcerárias de incontáveis países, no entanto, a situação atual no que concerne ao Brasil e aos EUA, além de bastante preocupante, é também de fato similar. Partindo de tal pressuposto, provenientes da exploração colonial europeia, ambos países contaram na sua fundação econômica o pré-capitalismo e o mercantilismo, que prevê em suas bases a mão de obra escrava e, portanto, nas raízes de sua formação, as nações experienciam forte preconceito racial no que tange a construção psicossocial de seus povos. O racismo instaurado nas sociedades em análise resultou em uma criminalização racial do ser humano, a fim de manter, após a abolição da escravatura, a desigualdade a partir de um reordenamento sistêmico.

O mito da democracia racial brasileira, criado e desenvolvido pelo sociólogo brasileiro Gilberto Freyre em sua renomada obra “Casa Grande e Senzala” trata acerca da suposta inexistência de discriminação racial entre os brasileiros, o que abriria precedentes a uma obviamente possível mobilidade social; tal tese foi amplamente disseminada e muito crida por renomados pesquisadores a ponto de ser largamente instaurada no imaginário popular como verdadeira. A permanência de tal ideal, no entanto, como argumenta o sociólogo estadunidense Skidmore, foi uma das grandes formas de dominação promovidas pela elite predominantemente branca para perpetuar de maneira encoberta a opressão racial desenvolvida na era escravocrata. Contando com mais de 700 mil presos, 64% da população carcerária brasileira é negra; da escravidão ao encarceramento, a hierarquização racial no Brasil é mantida a partir dos meios de poder: antes a Casa Grande, hoje o Sistema de Justiça Criminal.

A grande argumentação acerca do mito da democracia racial brasileira se baseava principalmente no quadro racista norte americano. Enquanto velado no Brasil, o racismo nos EUA sempre foi manifesto sem pudores. Após a abolição da escravatura, com o término da Guerra Civil, o sul perdeu a principal fonte de sua economia, a propriedade do seu bem semente, o escravo. Com tal mudança radical na estrutura econômica baseada principalmente em plantation - tipo de sistema agrícola baseado em uma monocultura de exportação mediante a utilização de latifúndios e mão-de-obra escrava - a saída encontrada pelo grande produtor se deu por meio de uma possível brecha na décima terceira emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.

Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado.

(EMENDA XIII Seção 1; Constituição dos Estados Unidos da América - 1787)

A primeira explosão carcerária nos EUA adveio de tal aplicação constitucional, quando negros nos estados do sul eram presos por crimes insignificantes, os quais justificavam a utilização de sua mão de obra de maneira forçada. Seguintes os anos e o racismo às claras, os EUA se tornaram lar de 5% da população mundial, mas também de 25% de toda a população carcerária do mundo, em que 40% deles são negros, um número bastante elevado, considerando que apenas 12% da população total da “terra da liberdade” é negra.

As semelhanças entre Brasil e Estados unidos estão guardadas no histórico escravocrata e nas consequências desse no que

tange a população carcerária e sua explosão no que tange os afro-descendentes. O encarceramento em massa ocorrentes em ambas nações possui como raiz a permanência do preconceito racial pelas décadas e a criminalização dessa população.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A problemática do encarceramento em massa

Ao longo das décadas, um pensamento foi sendo construído a tratar o aprisionamento como única possibilidade de reação aos desvios de conduta convencionados socialmente. De tal modo era o entendimento predominante, que a única alternativa “lógico-racional” para um delito cometido em meio a sociedade seria o castigo, a vingança, a punição.

Diversas são teorias a respeito da função social da pena. Absoluta é aquela em que a punição não visa um fim socialmente útil, mas uma imposição de um mal merecidamente determinado, e as relativas, as quais a pena serve como forma de prevenção geral, negativa ou positiva, sendo que no primeiro caso a sanção serviria de exemplo para causar receio em toda a sociedade e no segundo a ideia é que sirva de forma conscientizadora sobre a população no geral. A teoria da prevenção especial, por meio do qual se estabelece especificamente para com o indivíduo, é negativa quando busca neutralizar um indivíduo para que não volte a cometer crimes e positiva ao ter por foco a ressocialização daquele infrator.

De fato, o Código Penal Brasileiro adotou a teoria mista, ou “unificadora da pena”, conforme a parte final do artigo 59 determina a conjugação da necessidade de reprovação com a de prevenção do crime, fazendo, assim, a união entre as principais li-

nhas teóricas e demonstrando o foco do ordenamento nacional em prol da reinserção daquele que delinuiu na sociedade. Mirabete define a teoria aplicada no Brasil como se a pena demonstrasse, além do seu caráter retributivo e moralista, também uma finalidade não só preventiva, mas que resultaria na soma de educação e correção.

Zaffaroni trata em seu livro sobre o papel do direito penal e destaca, muito além da postura de punição, a sua face responsável por garantir segurança e o cumprimento do princípio constitucional da dignidade humana, o que funciona de certa forma como oposição à cultura de violência contra os transgressores da lei que existe instaurada no país e que pode ser visualizada claramente em certas composições culturais do país, como filmes e literatura, e em casos de violência policial registradas diariamente

Referindo-se a um direito penal garantista em um Estado de Direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro direito senão o de garantias, de modo que se supõe que todo penalista, nesse marco, é partidário das garantias, isto é, garantista.

Um fator que é determinante quando o assunto é encarceramento em massa é a ideia de “guerra às drogas”, que embora a cada dia venha se mostrando menos eficiente e de certa forma até prejudicial ainda assim é o método determinado pela legislação brasileira. As consequências desse posicionamento são a morte de inocentes e um expressivo número no cárcere - o maior dentre todos os outros - apenas por delitos ligados à essa área específica. A abordagem atual adotada pelo Brasil é de uma posição extremamente punitivista, e que atinge inclusive aqueles que são apenas usuários e que deveriam ser tratados como em

alguns países europeus onde vigoram políticas de contenção de danos.

Diversos estudos já foram capazes de provar que a linha de atuação atualmente adotada no país só serve para sobrecarregar o sistema penitenciário e conseqüentemente de forma involuntária fortalecer as organizações criminosas presentes dentro dos presídios. Essa violência, tanto dentro como fora das instalações carcerárias é ponto de partida de vários estudos, como um artigo de Kananda Santos e Nilvanete Cabral, que tem como enfoque a situação do Complexo Presidiário de Pedrinhas

Em janeiro de 2014 houveram diversos ataques à população de São Luís, ordenados de dentro do presídio por facções criminosas, que resultaram no incêndio de vários ônibus e na morte de uma menina de 06 anos, chamada Ana Clara Santos Souza (G1 Maranhão, 2014). Em decorrência desses e de outros ataques, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), juntamente com o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), realizaram uma visita ao Complexo Penitenciário de Pedrinhas em outubro de 2013, com vistas a fazer um relatório dos problemas que afligem o sistema penitenciário do Maranhão, constatando uma série de irregularidades, tais como instalações impróprias, superlotação e falta de segurança. (Conselho Nacional do Ministério Público, 2013).

O encarceramento em massa é aquele que abrange algum grupo específico da sociedade e pode ser visualizado em diversos recortes, mas que comprovadamente atinge principalmente a população negra e pobre, como demonstrado nos dados do Censo Conselho Nacional de Justiça e Infopen, em que 67% da popula-

ção prisional do Brasil é negra (tanto dentre homens quanto dentre mulheres), o que será analisado desde suas origens no presente artigo.

2.2 Racismo e encarceramento em massa no Brasil

Desde os primórdios do Brasil colonial, houve uma forte tendência ao encarceramento da população negra, o que fica explícito com a questão da diferenciação das penas direcionadas aos homens livres e as para os escravos (negros), como o escritor Ricardo Ferreira cita em seu livro “Crimes em comum: escravidão e liberdade sob a pena do Estado imperial brasileiro (1830-1888)”:

Havia, com isso, diferenciação das penas entre escravizados e livres. Um exemplo é a execução da pena capital em que os “bem-nascidos” eram executados pelo machado, considerada uma morte digna, e aos demais era utilizada a corda, considerada uma morte desonrosa.

Essa situação perpetua-se para além da escravidão, quando se destaca que não houveram medidas que visassem a inserção da mão de obra negra que havia acabado de sair do regime escravocrata, mas que, por outro lado, tem-se a criação de legislação que previa o encarceramento daqueles acusados de “vadiagem”, classe onde se encaixava, precisamente, a maior parte do povo liberto em 1888, e que, por razões preconceituosas - muito no viés de que o negro não valia dinheiro - não tinha sido inserida no mercado de trabalho. Assim, pode-se dizer que mesmo após o regime de escravidão, outras medidas criaram uma cultura de aprisionamento no país com enfoque sobre a população negra, o que tem reflexo inclusive nos dias atuais, já que o Estado não mede esforços reais

para uma integração eficaz dessa minoria, que continua subalternizada e à periferia de uma vida digna e com oportunidades.

A falta de políticas públicas que buscassem uma inserção da população recém liberta gerou profundos efeitos e que perduram, marcando fortemente a estrutura do país até os dias atuais. Essa segregação, que não foi feita explicitamente como nos Estados Unidos com as leis de Jim Crow, mas sim de forma velada pode ser observada inclusive geograficamente, sendo as favelas locais de habitação precária, mas que serviram de abrigo para essa parcela da sociedade, que não possuía muitas opções considerando o contexto socioeconômico.

E é nesses espaços onde o impacto da guerra às drogas causa seus maiores efeitos, uma vez que esta legitima o uso de força policial. No Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Intercâmbio para a Infância e Adolescência Contemporâneas (NIPIAC) da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que está vinculado ao Programa de Pós-graduação em Psicologia do Instituto de Psicologia e à Faculdade de Educação é possível encontrar textos sobre essa realidade como o seguinte trecho que foi extraído do discurso de um morador do Complexo do Alemão e que adota o pseudônimo Brito Andrade

O sofrimento maior provocado por essa ‘guerra’ concentra-se no interior das comunidades (morros e favelas do Rio), onde a ação é direta, porque lá habitam seres chamados por lei de ‘cidadãos’, que, no entanto, não são tratados como tais, já que nesse território a atuação do poder público não condiz com a atuação que se dá fora; ou seja, esses cidadãos são obrigados a viver tendo diferentes referências de leis a serem seguidas: a Constitucional e a “Faccional”. E os cidadãos morado-

res das comunidades vivem como verdadeiros réus de ambas as leis.

(Brito Andrade)

Assim é possível ter uma visão sobre como as políticas atualmente adotadas pelo Estado brasileiro como forma de combate às drogas afeta diretamente a vida de milhares de habitantes de comunidades, que já se encontram em uma situação precária de vida e ainda têm que lidar diariamente com a violência policial aplicada naquelas regiões e que tem como foco principalmente a população negra ali presente, que passa a viver em constante estado de alerta e medo.

2.3 RACISMO E ENCARCERAMENTO EM MASSA NOS ESTADOS UNIDOS

Contando com uma população carcerária de 2,3 milhões de pessoas, os EUA são a nação com maior taxa de encarceramento no mundo, chegando a contar com um quarto de toda a população encarcerada no globo. No entanto, a questão da institucionalização do racismo é presente em tais taxas: 40% da população prisional é negra, contando que apenas 12% da população estadunidense possui herança afro americana, é possível a identificação de desnivelamento racial.

A décima terceira emenda da Constituição dos Estados Unidos garante liberdade a todos os americanos, entretanto, concedeu uma pequena brecha para aqueles que houverem cometido um crime: a esses o Estado pode retirar a liberdade e aplicar trabalho forçado. Advindos de um passado colonial escravista, os estados do sul dos EUA possuíam como base de seu sistema econômico a mão de obra escrava e a suspensão desse método de exploração pela Guerra Civil atrapalhou profundamente o desenvolvimento

econômico regional, 4 milhões de então bens semoventes se tornaram cidadãos protegidos constitucionalmente.

A partir da busca de reconstrução de sua economia, os estados do sul imediatamente utilizaram da brecha constitucional existente sobre a escravidão. A primeira explosão da demografia carcerária foi constituída exclusivamente pela população negra; aplicando a estes a criminalização, era possível “reescravizar” aqueles a quem a liberdade havia sido concedida. Utilizando de pretextos a partir de crimes insignificantes, como “vadiagem” e “vagabundagem”, as instituições de aplicação penal dos estados do sul dos EUA aplicaram como pena a essa população o trabalho escravo.

A criminalização negra se tornou rapidamente uma mitologia no país a fim de justificar e sustentar as atitudes tomadas pelo Estado. O “negro diabólico” era então o personagem mais temido da nação, pintado como um animal fora de controle, era uma ameaça de violência às mulheres brancas. A partir da substituição da imagem do negro amigável contador de histórias construído pela imagem do “Tio Reamus” pelo negro maldoso, ambicioso e ameaçador, essa população se tornou, a partir do imaginário da nação, um ser que precisava ser banido. A partir do filme de D.W. Griffith “O Nascimento de uma Nação”, é claramente possível identificar tal mudança de paradigmas. Aclamado como um evento cultural profundamente importante, sendo o primeiro sucesso de bilheteria nos EUA, “Nascimento de uma Nação” constitui verdadeiramente a construção psicossocial de toda uma geração. A fim de contar a história que parte da população branca muito desejava, o filme buscou substituir a derrota do sul por uma espécie de martírio; a formulação presente na obra cinematográfica da imagem do negro é demonstrada de maneira degradada e bruta,

praticamente canibal e animalesca. O retrato do afro americano estava finalmente claro no imaginário popular: um homem violento que deve ser fortemente evitado e segregado da população; uma simples criminalização racial que proveria ao sul a reconstrução de sua economia. Com tais objetivos claramente traçados, a previsão da obra foi extremamente precisa de como a questão racial funcionaria nos EUA; sendo considerada praticamente responsável pelo renascimento do grupo reacionário extremista Ku Klux Klan (KKK). A partir do ideário de supremacia branca e xenofobia, o grupo nacionalista branco KKK foi retratado pelo filme de forma heróica, gloriosa e romântica, como a solução para a problemática do negro então criminoso enfrentada pelos estados do sul. Servido como base de inspiração para uma nova onda de terrorismo e linchamentos, a obra de D.W. Griffith não significou apenas uma revolução cinematográfica, mas definiu o status de toda a população afrodescendente norte-americana.

A criminalização a partir da questão racial, que criou uma era de terrorismo declarado, foi migrando para um cenário mais legalizado. A segregação racial promovida pela leis de Jim Crow relegaram os afro-estadunidenses a um status permanente de “segunda classe”. O fardo de ser diariamente segregado em meios de transporte, estabelecimentos públicos, impedidos de votar e frequentar a escola era verdadeiramente danoso, o que levou ao surgimento do movimento dos direitos civis. Apesar de lutar por seus direitos, os ativistas eram largamente tratados como criminosos ao infringir as leis de segregação.

Cem anos atrás, um grande americano, na qual estamos sob sua simbólica sombra, assinou a Proclamação de Emancipação. Esse importante decreto veio como um grande farol de esperança para milhões de escravos

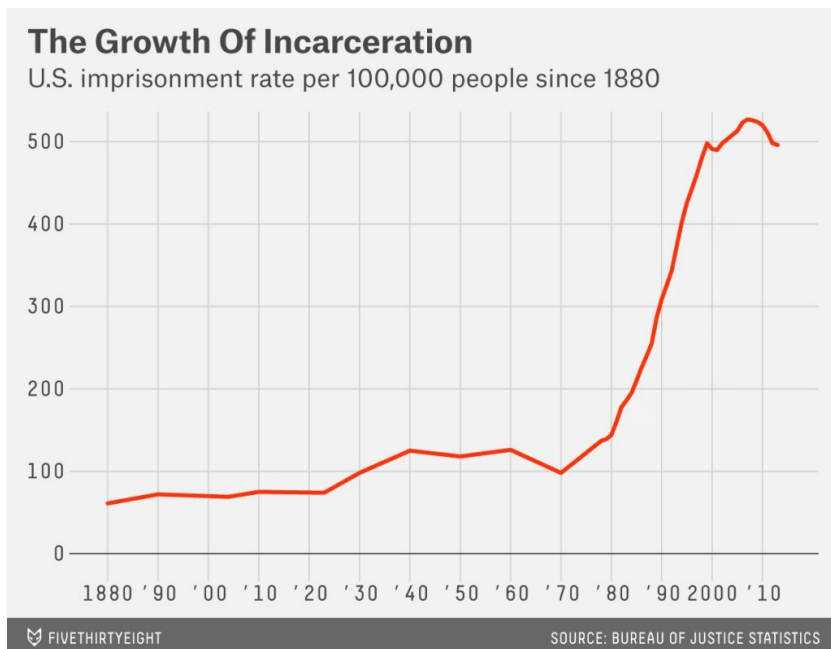
negros que tinham murchados nas chamas da injustiça. Ele veio como uma alvorada para terminar a longa noite de seus cativos. Mas cem anos depois, o Negro ainda não é livre. Cem anos depois, a vida do Negro ainda é tristemente inválida pelas algemas da segregação e as cadeias de discriminação.

(Martin Luther King Jr.)

Tendo em vista toda a criminalização da imagem do negro nos EUA, uma das táticas mais brilhantes do movimento dos direitos civis foi transformar essa noção de criminalidade entre a população injustiçada: pela primeira vez, ser preso era enxergado entre os ativistas como algo nobre. A nova luta por direitos enfocava no principal cerne da problemática: o negro como um homem completo e complexo, digno de respeito e cidadania, ultrapassando a imagem visceral de criminalidade e o perigo e ameaça que a população branca tende a os associar.

O ato dos direitos civis e do voto em 1964 era a admissão do Estado que o movimento negro constantemente buscava. Embora a escravidão tenha chegado ao seu fim em dezembro de 1865, os direitos da população negra nunca haviam sido considerados. Com a Lei dos Direitos Civis, a promessa de justiça igualitária era finalmente uma possibilidade. A meio a tais conquistas dos ativistas, decorrente da geração “baby boom”, as taxas de crime cresceram nos EUA devido a tal mudança demográfica no cenário pós Segunda Guerra. Concomitantes, embora não relacionados, os eventos foram facilmente associados e a conquista por direitos iguais da população negra não vingou, e as novas políticas apontavam para o movimento dos direitos civis como grande contribuinte para o aumento da criminalidade.

Apesar do aumento da população carcerária, esse era consideravelmente regular até a década de 1970, quando a explosão da população carcerária passou a ser conhecida termo “encarceramento em massa”.



(O crescimento do encarceramento - prisão nos EUA a cada 100.000 pessoas desde 1880)

2.4 Brasil e Estados Unidos

A traçar um quadro comparativo de como o racismo estrutural se manifesta nas realidades norte-americana e brasileira, é fundamental entender que ele atualmente se faz de caráter velado, discreto e, portanto, mais perverso, pois não é explícito e assim torna-se alvo mais difícil ainda de ser combatido, visto a necessidade de antes ser desnudado, revelado socialmente.

Entretanto, como narrado no tópico anterior, o racismo não foi sempre encoberto. Nos Estados Unidos, a segregação racial aconteceu legal e judicialmente, por decisão da Suprema Corte, com base no princípio de “separate, but equal” (separados, mas iguais), em que fica explícita a discriminação aos negros, que nunca tiveram as mesmas oportunidades e condições que os brancos.

Tanto por isso que daí seguiu-se toda uma trajetória de luta pelos direitos civis dos afro-americanos. Como referência, têm-se as leis Jim Crow, que iriam determinar assentos específicos de um ônibus para brancos e negros, como o *apartheid* educacional e a proibição do direito ao voto.

A questão é que o vetor segregacionista e discriminatório racial não consiste mais nas leis Jim Crow (não vigente desde 1965), mas no próprio fenômeno da seletividade racista do encarceramento em massa. É isto que mantém a hierarquia racial e a marginalização da população negra, excluída estruturalmente pelo Estado das oportunidades e instituições, para depois ser aprisionada em função da Guerra às Drogas e posteriormente perder seus direitos políticos, impedindo assim a sua participação democrática e de transformação na sociedade. Como a advogada de direitos humanos e escritora, Michelle Alexander, pontua, muitos dos estados dos EUA suspendem os direitos políticos dos réus egressos, mesmo depois do cumprimento de sua pena, ou seja, projetando para toda a vida, a marginalização do sistema e o relegando a uma subcategoria de “cidadãos de segunda classe”. Além disso, também são esquecidos através da forte estigmatização e preconceito para com esses egressos do cárcere, como ela mesmo afirma:

[...] através de uma rede de leis, regulações e regras informais, todas reforçadas, poderosamente, pelo stig-

ma social, eles são confinados às margens da sociedade e tem seu acesso à economia negados. Tem negados, legalmente, a possibilidade de obter emprego, habitação e direitos sociais – assim como os afro-americanos foram relegados a uma cidadania segregada e de segunda classe na era Jim Crow.

O ponto que se faz presente nessas realidades de passado escravocrata, tanto nos Estados Unidos, como no Brasil, é a questão da Justiça Criminal ser, por herança e continuidade desse histórico racista, etnosseletiva, especialmente à população negra e pobre, e, justamente, por cima de um projeto de marginalização e empobrecimento dessas pessoas. Dessa forma, o intuito é deixá-los bem delimitados às periferias dos grandes centros, longe das oportunidades, sem o mínimo de dignidade e qualidade de vida, para que assim, relegados ao tráfico, os estabelecidos nos guetos e favelas, sejam o alvo fácil do “supermax” (encarceramento em massa).

Somado a isso, adquire cada vez mais respaldo a visão de que os crimes ligados a esses atores negros, pobres e periféricos, são os mais investigados e perseguidos pela maquinaria do sistema penal, configurando a este ponto o aspecto da seletividade carcerária, da estratégica escolha de o que e a quem punir. Então, o juízo de valor sobre o que deve ser mais penalmente combatido não leva tanto em consideração a gravidade do bem jurídico lesado, mas quem o cometeu, de que minoria ou grupo social faz parte.

Como demonstrado pelos dados da instituição “World Prison Brief”, feita pelo Institute for Criminal Policy Research, da Universidade de Londres, que detém os dados mais atualizados de cada local, segue que: os EUA figuram como o país com a

maior taxa de aprisionamento do mundo, com um índice de 655 presos a cada 100 mil pessoas, enquanto o Brasil, nos mesmos moldes e ritmo, está em 26º lugar, com taxa de 335 presos a cada 100 mil habitantes, e se for considerar a taxa bruta, o Brasil sobe para a posição de 3º país que mais encarcera.

3. CONCLUSÃO

Retomando tudo o que foi tratado no presente artigo é possível notar que existe uma profunda necessidade de mudança na forma como se trata o encarceramento no país, que da forma como é atualmente aplicada serve basicamente para punir aqueles responsáveis por cometerem crimes, visto que a situação dos estabelecimentos carcerários é deplorável e estes não possuem as mínimas condições de abrigar seres humanos. Além disso, há a necessidade de políticas públicas que se baseiam em uma perspectiva interseccional, uma vez que, como exposto, existe um seleto grupo da população que é mais visado nas operações policiais e nas violências por eles aplicadas, além de representarem as maiores taxas ao se tratar da realidade carcerária brasileira.

Em um diálogo com a realidade estadunidense é possível perceber que tais situações também fazem parte da realidade ali vivenciada, devido a um processo histórico semelhante do ponto de vista da escravidão em ambas as nações, portanto políticas públicas apontadas como necessárias no Brasil também seriam úteis no país da América do Norte.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. Editora Record. Rio de Janeiro, 1998. 34ª Edição.

HOLANDA. Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Editora José Olympio. Brasil, 1936. 1ª Edição.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 1995.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?**. Editora Pólen Livros. 1ª Edição. 2019. 13th. Direção de Ava DuVernay. Brasil: Netflix, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal – parte geral arts. 1º a 120 do CP**. 26ª Edição. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2010

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1/** Cezar Roberto Bitencourt. – 17 ed. Rev. Ampl. Atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Edição atual. Pensilvânia: Convenção Constitucional de Filadélfia, 1787.

Ferreira, R. A. **Crimes em comum: escravidão e liberdade sob a pena do Estado imperial brasileiro (1830-1888)**. São Paulo: Editora UNESP, 2011.

ALEXANDER, Michelle. **The new Jim Crow: mass incarceration in the age of colorblindness**. New York; London: The New Press, 2010, p. 7, tradução livre da autora para “system of racialized social control”.

OEA visita Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Maranhão. São Luís, 06 de Novembro de 2018. Disponível em:

<[https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2018/11/06/oea-visita-complexo-peniten ciario-de-pedrinhas-no-maranhao.ghtml](https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2018/11/06/oea-visita-complexo-peniten-ciario-de-pedrinhas-no-maranhao.ghtml)>. Acesso em: 15 jul. 2019

SANTOS, Kananda M., CABRAL, Nilvanete de L. A. **A violência nos presídios: a ação do crime organizado e seus reflexos na sociedade, com ênfase no complexo penitenciário de pedrinhas**. Disponível em:

<[https://kananda12musik.jusbrasil.com.br/artigos/381651445/a-violencia-nos-presidi os-a-acao-do-crime-organizado-e-seus-reflexos-na-sociedade-com-enfase-no-compl exo-penitenciario-de-pedrinhas-1](https://kananda12musik.jusbrasil.com.br/artigos/381651445/a-violencia-nos-presidi-os-a-acao-do-crime-organizado-e-seus-reflexos-na-sociedade-com-enfase-no-compl-exo-penitenciario-de-pedrinhas-1)>. Acesso em: 15 jul. 2019

Tragédia em presídio do MA se deve à concentração de presos em São Luís, diz juiz do CNJ. Disponível em:

<<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/60886-tragedia-em-presidio-do-ma-se-deve-a-concentra-cao-de-presos-em-sao-luis-diz-juiz-do-cnj>>

Relatório de Visitas ao Sistema Prisional do Estado do Maranhão pelo Conselho Nacional do Ministério Público, 22 a 24/10/2013.

<www.cnmp.mp.br/portal/.../2013_Relatório_de_Visitas_Maranhão.pdf>
Acesso em: 15 jul. 2019

FOUCAULT, Michel, **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Vozes: Petrópolis, 1987.

DAVIS, Angela Y. Are prisons obsolete? New York: Seven Stories Press, 2003.

ANDRADE, Brito. **Violência nas comunidades populares: problema ou solução?** Disponível em:

<<http://www.nipiac.ufrj.br/producao2/item/561-violencia-nas-comunidades-populares-problema-ou-solucao>> Acessado em: 16 jul. 2019

Bureau of Justice Statistics - Departamento de Estatísticas de Justiça dos Estados Unidos.

MORSOLIN, Cristiano. **Violência policial e assassinatos dos jovens nas favelas desafiam o Brasil**. Disponível em:

<<https://www.ecodebate.com.br/2015/12/22/violencia-policial-e-assassinatos-dos-jovens-nas-favelas-desafiam-o-brasil/>>. Acessado em: 16 jul. 2019

ABSTRACT

The article in analysis has as its object of study the comparative phenomenon of the mass incarceration existent in the Brazilian and American social scenery, taking as guide the slavery past both countries lived throughout decades, and if the instaurated racism fundamented the logical of the present criminal system. The social context of both countries will be analyzed in search for comprehension of the actual relation between the slavery past and the selective incarceration of the black population in Brazil and in the United States of America.

Keywords: prison; racism; incarceration; racial discrimination; segregation; criminal law; Brazil; United States.

LEI MARIA DA PENHA ENQUANTO ELEMENTO CONSOLIDADOR DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Bárbara Soares Peres¹
Gabriela Borges Barbosa²
Janaina Gonçalves Mendes³
Maria Salgado Rodrigues⁴

Resumo: O presente artigo trata dos impactos trazidos pela implementação da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, no que tange a consolidação do princípio de igualdade trazido pela Constituição Federal de 1988. Primeiramente, foram abordadas questões referentes à lei em si, como sua importância e seus objetivos. Em seguida, a discussão foi acerca do princípio constitucional de igualdade, tratando especificamente de sua caracterização em formal ou material. Por fim, a reflexão desenvolvida foi voltada para os impactos provocados efetivamente pela Lei Maria da Penha na sociedade brasileira. Além disso, foram exploradas diversas questões jurisprudenciais, afim de explicitar tais impactos causados dentro do âmbito do ordenamento jurídico.

- 1 Graduanda do curso de Direito da instituição Universidade Federal de Goiás, barbarasp@hotmail.com
- 2 Graduanda do curso de Direito da instituição Universidade Federal de Goiás, gabriela.borges1610@gmail.com
- 3 Graduanda do curso de Direito da instituição Universidade Federal de Goiás, mendes_janaina@hotmail.com
- 4 Graduanda do curso de Direito da instituição Universidade Federal de Goiás, mariasalgado169@gmail.com

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Princípio de igualdade. Igualdade formal. Igualdade material.

1. INTRODUÇÃO

É inquestionável que a Constituição Federal de 1988 trouxe à luz do direito positivado uma série de princípios que norteiam as relações sociais humanas. Diante disso, torna-se imprescindível a diferenciação entre princípios e regras: os primeiros, de acordo com Miguel Reale (2002) “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua integração e compreensão quer para a elaboração de novas normas”, ao passo que as regras expressam uma positivação que deve ser seguida, valendo a lógica do “tudo ou nada”, apresentada por Dworkin. Quando se aborda o princípio constitucional da Igualdade, então, deve-se pensar nessa como um princípio que foi positivado e incorporado ao *corpus* do ordenamento jurídico.

Assim sendo, conclui-se que a igualdade, explicitada no artigo 5º da Constituição, direciona o comportamento sócio-jurídico, de modo a investir em ações que propiciem a consolidação de tal preceito. E é sob esta ideia, além de casos concretos que reiteraram a necessidade de sua elaboração, que nasceu a Lei Maria da Penha. Essa advém de um cenário social segregacionista no tocante às questões de gênero, o qual se viu impelido a agir para que essas não se consolidassem enquanto valores culturais de uma visão machista e sexista.

Logo, é necessário questionar: seria a Lei Maria da Penha um elemento ratificador do princípio em questão? Assim, faz-se necessária uma análise acerca da Lei Maria da Penha com base no

princípio da igualdade, incorporada ao ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º.

Ademais, tendo em vista a problemática abordada, tem-se como objetivo geral a análise do modo como a lei supracitada se faz como um mecanismo consolidador dos ditames constitucionais, isto é, a maneira pelo qual a Lei Maria da Penha atua em conformidade e harmonia com as disposições contidas no Artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988. Além de, por óbvio, salientar o processo social que levou a essa positivação em terreno jurídico.

Além disso, os objetivos específicos pautam-se na análise acerca da importância da Lei alvo do estudo na proteção às mulheres, bem como os objetivos principais a que se propôs; também, para compreender o que seria o princípio da igualdade, será feito um estudo sobre as questões formais e materiais inerentes ao princípio, além de compreender o que limita a atuação do dispositivo; por fim, será relacionada a Lei Maria da Penha ao princípio da igualdade, de modo a perceber como esse vem sendo efetivado por meio daquela e os efeitos dessas disposições legais na sociedade.

Tendo em vista a complexidade do tema, entende-se que uma investigação dos ditames legais é de suma importância para que se compreenda o descompasso entre o contexto que vivemos e a realidade idealizada por meio da disposição legal. Para tanto, deve-se analisar, conjuntamente, os preceitos da Lei Maior, na forma de seu artigo 5º, e as disposições da lei alvo da análise.

Em uma sociedade marcada por desigualdades, estereótipos e discriminações sexistas, é indispensável uma pesquisa que possa permear pelos aspectos desiguais que vivemos e pela ação jurisdicional que visa combater esses. Desse modo, um estudo

acerca dos aspectos sociais que se encontram atrelados ao aspecto jurídico, de maneira que um tenta influenciar o outro (no caso da lei que reprime desigualdades marcadamente sofridas pelo gênero feminino), possui indubitável importância investigativa.

Para a elaboração do presente trabalho foi utilizada a revisão bibliográfica, de modo a pesquisar como autores consagrados trataram o tema da igualdade, e uma análise geral baseada no método dialético-argumentativo, aliando-se a tudo isso um minucioso estudo de conceitos e definições necessários a uma boa compreensão da temática.

Também, para que tal estudo seja efetivado, foi utilizado um amplo número de autores que trataram sobre essas discussões, dentre os quais pode-se citar: Robert Alexy, Ronald Dworkin e Chaïm Perelman. Não apenas isso, mas também foi alvo de investigação o viés dos conceitos condizentes à igualdade, bem como a relação desses com os pontos abordados pela Lei Maria da Penha.

Por fim, conclui-se que o trabalho baseia-se em uma extensa análise conceitual e dos ditames constitucionais, além de trazer um teor crítico e argumentativo sobre os aspectos alvos do estudo, tais como a congruência entre a Lei Maior brasileira e a Lei Maria da Penha.

2. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA LEI MARIA DA PENHA

A lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, tem seu histórico pautado em uma história de luta por parte da mulher que deu nome à lei. Maria da Penha, por duas vezes, sofreu tentativa de homicídio por seu marido, que desferiu-lhe um tiro enquanto dormia, que a deixou paraplégica e,

posteriormente, a eletrocutou durante o banho, conforme constam informações do Instituto Maria da Penha.

E foi após isso que esta mulher deu início a uma luta que se estenderia ao longo dos anos. Maria da Penha se dedicou incessantemente ao combate à violência doméstica, o qual é marcado pela publicação de seu livro “Sobrevivi... posso contar” no ano de 1994 (mais de dez anos após as tentativas de homicídio).

Além de expor toda a violência sofrida por ela e suas filhas, Maria denunciou o agressor à Justiça brasileira, que muitas vezes descredibiliza a versão da vítima, e acionou o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Esses, por sua vez, encaminharam o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1998, a qual condenou o Estado brasileiro por omissão e negligência.

A partir de então, o Brasil teve que se comprometer com o combate à violência contra as mulheres, reformulando suas leis e embasando novas políticas públicas, as quais serão tratadas a seguir.

2.1 A IMPORTÂNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

A violência contra a mulher é uma questão histórica, que tem raízes na cultura patriarcal brasileira, a qual sempre teve o homem como dominante e a mulher como submissa desse. E é diante dessa hierarquização que incide a violência, pois o patriarcado também deve ser tido como uma forma de respeito e submissão à estrutura que tem como “líder” o homem. Vários são os casos de mulheres agredidas (física ou psicologicamente) por seus companheiros por não se submeterem a alguma imposição desses.

Diante disso, é nítido que é um traço quase cultural da sociedade, que, muitas vezes, acredita que isso não é moralmente errado, aceitando esse tratamento degradante e se calando diante do agressor. E foi neste cenário que nasceu a Lei Maria da Penha, que traz em seu nome a referência de luta a qual se propõe a fazer, como já mencionado.

Não obstante, a Lei em questão é primordial ao combate de violência contra a mulher, uma vez que é ascendente o acontecimento destes casos, que, como supracitado, encontram respaldo cultural para se justificar. É resultado de uma luta secular contra a violência e sua impunidade, sendo reconhecida pela ONU como uma das melhores legislações no enfrentamento às agressões.

Todavia, o dispositivo sofreu impasses por parte da sociedade, que ainda vê essas circunstâncias como menor potencial ofensivo, ou seja, situações que não são graves o suficiente para manipular todo o arcabouço jurisdicional do Estado. O que somente reafirma a visão patriarcal que permeia a cultura e que ainda assola o setor jurídico.

Mas o que deve ser lembrado quando se aborda a Lei é o progresso que essa trouxe para a sociedade, que há anos lutava contra essas situações, trazendo um tratamento humanizado e diferenciado àquelas pessoas que estavam em situação de vulnerabilidade dentro do núcleo familiar. Isto é, as políticas públicas abarcaram uma demanda de uma parcela da sociedade que necessita de um instrumento de proteção e acolhimento, de modo a preservar vidas que sempre estiveram em potencial de serem tiradas.

O artigo 1º da lei 11.340/2006 traz que:

Art. 1o Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a

Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Dessa forma, o que se percebe é que tal artigo traz métodos preventivos e repressivos aos casos de violência doméstica, dispondo sobre diversas alternativas ao tratamento e acolhimento das mulheres vítimas de tais situações. Há de se perceber, também, que a lei apresenta uma série de normas e procedimentos próprios, como pode-se notar na apreciação que, agora, é feita pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Ademais, é necessário ressaltar que, ao longo do artigo 2º da mesma Lei, são expostas, de maneira exemplificativa, as condições que abarcam todo o público alvo, sem haver qualquer forma de diferenciação, tais como raça, orientação sexual, dentre outros. Assim, a lei age de modo garantista para com as mulheres, de modo a proteger o direito dessas, ou seja, a lei propõe que nenhuma das condições citadas (como a orientação sexual) seja tida como um empecilho à proteção legal.

Diante disso, é nítido que a Lei Maria da Penha abarca todas as diferenças inerentes à classe feminina, não discriminando nenhum destes fatores, o que, diante de uma sociedade repleta de preconceitos, se constituiu como mais uma forma de luta. Isso porque, por vezes, existe a discriminação da mulher por não seguir determinado padrão social, alegando que a lei abarca apenas aquelas que preenchem os pré-requisitos do sexo feminino.

Uma das principais discussões está ao redor da orientação sexual e identidade de gênero, conceitos abarcados por terminologias como “gênero” e “sexo”. Esse diz respeito às características biológicas do indivíduo (como a genitália e a composição hormonal, por exemplo), enquanto gênero significa que homens e mulheres são produtos da realidade social e não decorrência da anatomia de seus corpos (GÊNERO, 2009, p. 43). De modo sucinto, “o fato é que não há dois caminhos, mas um caminho com numerosas encruzilhadas, onde cada um de nós toma a direção masculina ou feminina. Nós nos tornamos homens e mulheres em etapas” (Money; Tucker, 1981, p. 9).

É comum haver uma confusão destes termos, uma vez que existe um tabu na sociedade acerca da identidade de gênero. O que se percebe, demasiadas vezes, é que existe a ideia de que a mulher é aquela que se constitui como tal biológica e socialmente, sendo excluídos transexuais e, até mesmo, mulheres homossexuais.

Toda essa opressão somente reforça os inúmeros preconceitos enraizados em nossa sociedade e o quão difícil é tratar da violência da mulher, pois bate-se à porta de um fator excludente. Que a lei veio para combater a violência contra as mulheres grande parte da sociedade já compreendeu, mas falta, ainda, o entendimento de quais pessoas seriam abarcadas e teriam direito a fazer jus a essa proteção.

Assim, deve-se retomar os ditames do artigo 2º, que abarca mulheres heterossexuais, homossexuais, transexuais, negras, brancas, brasileiras ou com origem em outro país, ricas ou pobres, dentre outras. Por meio do artigo em questão e da análise feita, é incontestável que a lei abrange toda e qualquer mulher, desde as consideradas assim por critérios biológicos às que se conside-

ram como tal por meio das suas próprias percepções ou valores sociais.

Além de entender o público alvo da disposição legal, é primordial entender a justificativa para esta proteção “especial”. Tal discussão já foi iniciada quando foi abordada a necessidade da lei, mas ainda é necessário compreender, através da análise dos protegidos pela lei, qual a justificativa para o tratamento diferenciado.

Primeiramente, já foi abordado o fato da mulher, historicamente, ser alvo da cultura patriarcal que a submeteu, e ainda submete, a diversas situações de preconceito e discriminação. Em meio a todo um contexto e uma cultura de violência, viu-se o momento para judicializar de maneira específica todo e qualquer delito que envolva as relações intrafamiliares contra o sexo feminino.

Entende-se que é dever do Estado zelar por seus membros, independente de qualquer situação inerente às particularidades desses. E é por esse motivo que a lei Maria da Penha se justifica, pois ela almeja a proteção de uma classe que foi, socialmente, construída como vulnerável. Socialmente porque as limitações que o sexo feminino encontra não se baseiam em questões fáticas; a submissão secular das mulheres não se deve a uma “necessidade” natural dessas, mas a uma construção social que sempre as colocou à mercê destes estereótipos.

Então, é totalmente possível inferir que a lei tenta resgatar os valores de igualdade que foram retirados das mulheres ao longo da cultura avassaladora que as colocou em um patamar de submissão em relação ao dito “sexo superior”. Além disso, sem tal mecanismo, as mulheres jamais conseguiriam ter a força jurídica que têm alcançado, uma vez que as instituições jurídicas sempre depositaram incredulidade às vítimas, que sofriam duplamente:

durante o ato de violência que partiu do agressor e durante a violência psicológica pela incredibilidade no âmbito jurisdicional e social.

Logo, com a lei, visa-se dar um tratamento diferenciado àquelas que estão sendo atacadas pela sua condição de mulher, seja em questão de gênero ou sexo, de modo que essas tenham meio de alcançar seus objetivos, além de oportunidades equivalentes ao sexo masculino (o que é difícil, tendo em vista as questões históricas). Trata-se, portanto, de um mecanismo que possibilita a proteção da vida e das oportunidades que, a todo momento, estão condicionadas a uma força limitadora que almeja cerceá-las.

2.2 PRINCIPAIS OBJETIVOS DA LEI 11.340/2006

Ao considerar o extremo quadro de violência sob o qual as mulheres brasileiras estão suscetíveis, observa-se a necessidade de criação de medidas especiais cujo fim seja a proteção desse grupo. Desse modo, a Lei Maria da Penha foi implementada como forma de combate à violência contra as mulheres.

Deve-se ressaltar que segundo o art. 1º da referida lei, seu propósito está relacionado à proposição de alternativas para prevenção e repressão da violência doméstica e familiar contra a mulher. Além disso, é discorrido sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e promoção de métodos de assistência e proteção às mulheres. Somando-se a isso, a Lei 11.340/2006 promove mudanças no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.

Ao estabelecer a elaboração de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, a Lei Maria da Penha, promoveu uma centralização nas formas de garantir direitos funda-

mentais das mulheres que passaram por algum tipo de agressão doméstica e familiar. Dessa forma, ao atribuir competência cível e criminal aos Juizados em questão, contribuiu-se para garantir o acesso à justiça por parte de mulheres que sofreram violência.

No entanto, apesar de ser um grande avanço no que diz respeito aos métodos de proteção às mulheres, ainda existe a necessidade de ampliar o número de varas especializadas pelo país. Tal questão é confirmada pela pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2016, que demonstra que há um número reduzido de varas especializadas no interior do Brasil. Além disso, o estudo mostra que a maioria das cidades com altos índices de feminicídio ainda não possuem esse serviço judiciário especializado, sendo que das 112 varas especializadas em violência doméstica, apenas 55 eram em cidades do interior. Essa situação é conflitante com a realidade do país, uma vez, de acordo com o Mapa da Violência 2015, baseado em dados divulgados pela Organização Mundial da Saúde (OMS), ONU Mulheres e pelo Governo Federal, os índices mais altos de violência contra mulher estão nas cidades com menos de 100 mil habitantes. Logo, a falta da quantidade apropriada de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, representa uma violação ao texto da Lei Maria da Penha, além de representar um ferimento aos direitos fundamentais das mulheres.

Segundo o texto da lei em questão, em seu art. 3º, parágrafo 2º, é dever do poder público, da sociedade e da família assegurar que os objetivos supracitados sejam efetivados.

Destarte, existe uma descentralização em relação ao papel de promover a garantia dos direitos fundamentais das mulheres, sendo essa função coletiva, o que é justificável ao considerar que é descrito como um dos objetivos da República, no art. 3º, inciso

IV, da Constituição Federal, a promoção do bem estar de todos, sem qualquer forma de discriminação, sendo a aplicabilidade de direitos fundamentais à todos os cidadãos uma etapa essencial para a garantia de uma vida digna. Além disso, considera-se que a falta de aplicação dos direitos de uma parte expressiva do grupo social, nesse caso, as mulheres, é um problema para a sociedade como um todo, de forma que cabe a essa, também, o dever de minimizar a questão. Por fim, é preciso considerar que uns dos desafios no que tange à efetivação dos direitos das mulheres está relacionada à resistência, especialmente, no âmbito familiar, à imagem da mulher como cidadã que possui os mesmos direitos dos homens, de forma que é fundamental que especifique-se dentro da lei que é, também, papel da família contribuir para que as mulheres tenham seus direitos garantidos.

No que diz respeito à titularidade de proteção da Lei Maria da Penha, deve-se lembrar o artigo 2º, que traz que

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Dessa forma, percebe-se que a lei em pauta objetiva garantir um tratamento igualitário entre as mulheres, ao abarcar todas, sem distinções, como protegidas pela Lei Maria da Penha, de modo que esse tratamento isonômico caminha em direção à concretização do princípio de igualdade trazido pelo texto constitucional.

Essa especificidade em relação ao ambiente familiar tem relevância ao considerar que, segundo dados de um levantamento do Datafolha, feito sob encomenda da ONG Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), em fevereiro de 2019, concluiu-se que 76,4% das mulheres que sofreram algum tipo de violência conheciam o autor da agressão, sendo que a maioria ocorreu dentro de casa. Logo, é necessário que haja um esforço diferenciado que busque combater as agressões contra mulheres no espaço doméstico.

3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no caput do artigo 5º traz um rol de direitos individuais e coletivos, entre esses está elencado o direito à igualdade. Porém, não é limitado a isso, deve-se dar o destaque para que no mesmo artigo o inciso I o qual se refere a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. Entretanto, a igualdade não é apenas uma norma a ser vista, é um princípio que guia a hermenêutica jurídica, apesar de não ser explicitamente elencado como tal. Ao julgar, o aplicador deve levar essa questão para ponderar sua decisão.

Segundo o autor Rodolfo Viana Pereira (2001, p.127), esse acontecimento de operar o direito ultrapassando a ideia de normas é uma revolução na Teoria do Direito, e também torna-se essencial para a aplicabilidade constitucional. Vai além do positivismo puro, aplicam-se princípios. Porém, é importante visualizar o conceito de regras e princípios.

Os autores que possuem evidência sobre esse assunto são Ronald Dworkin e Robert Alexy, a visão de ambos inspiram as doutrinas de Direito Constitucional. Nesse sentido, Dworkin (1978, p.24) vê as regras e os princípios como objetos separa-

dos, sendo que a diferença está no fato de regras que se chocam serem resolvidas pelos critérios de antinomias, já os princípios são vistos com pesos, e assim um princípio ter um peso maior ou menor que o outro para a hermenêutica constitucional. Alexy (1993, p.81), coloca ambos como extremidades de um mesmo horizonte, que são as normas. Entretanto, para ele são diferentes, o princípio é visto como um mandado de otimização, uma maneira de se encontrar um ponto ótimo, não como um tudo ou nada, levando em conta sua ponderação. Diferentemente, a norma é um mandado de determinação, não existe espaço para a variação. Não é precisamente somente uma segurança jurídica fechando-se no ordenamento jurídico, mas a importância de levar em consideração seus princípios para a efetividade, há uma coexistência.

Dessa forma, o destaque dado a essa conceituação torna-se presente e necessário para a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, tendo em vista a importância da questão principiológica. Assim, o princípio da igualdade deve pautar as decisões, tanto formal, como materialmente. Levando em consideração que uma mulher não pode sofrer violência por não ser um ser inferior, não sendo um objeto, deve possuir dignidade de tratamento e possuir seus direitos fundamentais efetivados.

3.1 IGUALDADE FORMAL E MATERIAL

Para a efetivação do princípio da igualdade é imprescindível ter claro a importância da igualdade formal e material, realizando assim a segurança jurídica e validação da norma no aspecto social. Vê-se um cuidado, assim, de relacionarem-se os conceitos com essas espécies de igualdade, colocando a igualdade como extremos de uma norma.

Além disso, é importante dar destaque a progressão na história brasileira da construção da igualdade, de modo que é variável com o regime em voga, levando em consideração a lei e sua aplicação. A ideia de igualdade formal é vislumbrada desde a Constituição de 1891, essa visão é inspirada no Estado Liberal, vindo da Revolução Francesa, um condicionamento de direitos que não levava em consideração a realidade fática vivida, sendo a primeira a elencar a existência dessa norma, segundo seu artigo 172, §2º “todos são iguais perante a lei”. Porém não foram criados mecanismos de efetivação.

Em seguida, à luz da Constituição Alemã de Weimar e da Constituição Mexicana de 1917, o Brasil em sua Lei Maior de 1934, agora estabelecendo também o sufrágio feminino, propôs direitos fundamentais, o que tornou maior a viabilidade da igualdade formal e um vislumbre da substancial. Entretanto, com um regime totalitário em 1937, essa igualdade permaneceu somente em forma na constituinte, não passando de letra morta. Logo em seguida, felizmente, sendo remontado uma democracia junto à Constituição de 1946, inspirada na própria de 1934. Porém, novamente com um regime ditatorial, em 1964 os direitos foram restringidos com Carta de 1967, mesmo que tenha sido trazido novamente a frase “iguais perante a lei”, não havendo progresso com a constituição de 1969. É construída assim, ao ressurgir o Estado Democrático de Direito uma evolução de forma e conteúdo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual traz, como já posto, esse molde da validade e eficácia.

Ao se referir no artigo 5º, I, na Constituição Federal de 1988 o legislador traz o direito à igualdade de maneira formal, diante da lei. Ou seja, homens e mulheres, são iguais perante a lei, não possuindo nenhuma diferença. Se tratando de uma questão for-

mal preocupa-se somente com a forma, o que é feito legalmente em relação a isso. Portanto, a igualdade formal está diretamente ligada ao princípio da legalidade, à obediência da lei enquanto lei, sendo tudo ou nada, é um elo direto com a segurança jurídica, um mandado de determinação. Torna-se louvável, assim, a legalidade da Lei Maria da Penha, tendo em perspectiva uma proteção para essas mulheres, não diminui-se essa importância. Não obstante, para o julgamento em casos de violência doméstica, mostra-se essencial uma visão substancial da situação.

Assim, a igualdade material é essencial para a lei ser posta em prática. Aqui, então, não é visto um cenário que todas as pessoas são iguais em oportunidades e realidades, é posto em cheque as circunstâncias vividas. Dessa forma, não considera-se somente o que está em lei, é uma questão substancial, é visto, assim um mandado de otimização, como um princípio. Sendo, portanto, essencial para a interpretação e criação de leis infraconstitucionais, executando, desta forma, pela lei. Torna-se um papel do legislador ordinário e do aplicador do direito o cumprimento da verdadeira igualdade.

Além disso, é meritório salientar que a igualdade material torna-se uma ponderação de desigualdades, ou seja, dar um tratamento desigual tratando-se das desigualdades de cada indivíduo ou grupo de indivíduos. Torna-se uma questão racional e necessária para a realização do Estado Democrático de Direito. Segundo o constitucionalista Leonardo Martins (2013, p. 224), inspirado no pensamento aristotélico, existem duas hipóteses para a aferição do tratamento desigual, sendo pertinente constitucionalmente: “Na primeira hipótese, há de ser verificado um tratamento desigual quando uma pessoa, um grupo de pessoas ou uma situação forem essencialmente iguais e apesar disso tratadas

diferentemente”; e continua com uma segunda possibilidade: “A segunda hipótese estará presente sempre que uma pessoa ou uma situação forem essencialmente diferentes e apesar disso tratadas indiferentemente”.

Além disso, configura-se como minimizador de desigualdades. Assim, é possível dar ênfase também para os objetivos mostrados pela Constituição, sendo um deles “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, Constituição Federal de 1988). Já que é um objetivo da República Federativa do Brasil, seria impossível ser posto em prática sem a criação de leis ordinárias para isso e também de políticas públicas agindo em favor da eliminação de qualquer que seja a forma de discriminação, tais são mecanismos de concretude faz obter uma eficácia social.

Destarte, a criação de regras desiguais de maneira não arbitrária e pensada racionalmente, com o objetivo de proporcionar a justiça para essas pessoas é o objetivo conglobante do ordenamento jurídico brasileiro, com base na efetuação da lei maior. A igualdade material, na verdade, é a chamada equidade. A equidade traduz toda a vontade material da Carta Magna, é um princípio basilar do direito, sendo essencial para a aplicação das normas e realização justa do direito. Conforme dito, pelo filósofo Perelman, a equidade é a muleta da justiça:

Cuando las antinomias de la justicia aparecen y la aplicación de ésta nos obliga a transgredir de la justicia formal, se recurre a la equidad. A ésta se le podría considerar como la muleta de la justicia, y es el complemento indispensable de la justicia formal siempre que su aplicación resulta imposible. Consiste en una

tendência a no tratar de manera demasiado desigual a los seres que forman parte de una misma categoría esencial. La equidad tiende a disminuir la desigualdad ahí donde el establecimiento de una igualdad perfecta, de una justicia formal, se vuelve imposible por hecho de que se toman en cuenta simultaneamente dos o varias características esenciales que chocan em ciertos casos de aplicación. (PERELMAN, 1964. p. 46)

Deste modo, é inspirador o pensamento do filósofo. Visto que resume o objetivo da comparação entre as igualdades, sendo na verdade simplesmente uma, a justiça em sua prática. E quando o operador do direito tem o papel hermenêutico na situação de violência doméstica é necessário ter em mente essa união entre a igualdade formal e material. Apesar da mulher ser igual formalmente ao homem ainda existem desigualdades e esse sofrimento que a acarreta é resultado de um machismo efetuado em seus próprios lares.

3.2 DIFICULDADES PRÁTICAS À CONSOLIDAÇÃO DO PRINCÍPIO

Como já dito anteriormente, é necessário que o aplicador jurídico olhe com cuidado a maneira de interpretar a situação, inspirado pelo princípio da igualdade. Assim, é posta de forma que exista a justiça, formal e material, caminhando juntas e na realidade sendo uma só. Entretanto, quando é falado sobre princípios vê-se uma dificuldade prática, levando em consideração que o juiz possui sua pré- compreensão, e infelizmente preconceitos, que não deveriam ser levados para a execução material. Dessa forma, são princípios do Direito Processual o juiz imparcial e o devido processo legal, para agir corretamente.

Contudo, é visto que a decisão é tomada a partir de uma interpretação, desse modo, o intérprete é dotado de discricionariedade, correspondendo a uma zona para criar a solução que considera apropriada a ser tomada. O autor Lênio Luiz Streck (2017, p. 71) analisa essa questão como sendo uma arbitrariedade:

Isso porque é preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para “preencher” os espaços da “zona de penumbra” do modelo de regras. Não se pode esquecer, aqui, que a “zona da incerteza” (ou as especificidades em que ocorrem os “casos difíceis”) pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, *ad libitum*, aumenta o espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de “discricionariedade”. Nesse sentido, discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. (STRECK, 2017. p. 71)

Dessa forma, a verdadeira dificuldade prática de aplicar o princípio da igualdade é esse espaço que o juiz usa para tomar suas decisões finais, correndo risco de uma decisão nem sempre racional, correta, e livre de seus “pré-conceitos”. Ocorre, portanto, um obstáculo na jurisdição brasileira, que não está livre e não é perfeita. O acontecimento da Lei Maria da Penha em 2006 é um fato histórico, mas não livre de preconceitos, algo que já deveria ter existido desde antes, desde a Lei Maior passaram 18 (dezoito) anos para a construção de uma lei que deveria ser uma prática formal e material urgente, antes mesmo da época da constituinte. Deste modo, uma lei que é criada a partir de uma necessidade alertada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para

o legislativo reflete algo que o país não está a parte. Tornando-se um impasse de ser recebido pelo próprio judiciário, mas urgente e necessário. Vê-se uma reciclagem na maneira de julgar e uma fiscalização maior indispensável.

Posto isso, é analisada a sentença de 12 de setembro de 2007, do juiz Edilson Rumbelsperger Rodrigues, de Sete Lagoas/MG, que respondeu por um processo administrativo no Conselho Nacional de Justiça e foi afastado por declarar que a Lei Maria da penha “tem regras diabólicas” e “a desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher”. Essa zona arbitrária é vista com abundância nessa decisão, demonstrado o disparate aos princípios e leis do país. Sendo somente um exemplo do imaginário não peculiar do juiz, mas de uma parcela de indivíduos.

Tamanho é o problema que foi solicitado pelos Tribunais de Justiça dos estados Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul a inconstitucionalidade da lei em discussão, por considerarem contrária à Carta Magna. Desta maneira, vê-se gritante falta de senso de igualdade material pela jurisdição brasileira. Sendo um ato fundamental a Ação de Constitucionalidade 19 do dia 09 de fevereiro de 2012, seis anos depois da criação da legislação, a qual foi solicitada pela Advocacia Geral da União ao Superior Tribunal Federal, e por votação unânime considerou a Lei Maria da Penha Constitucional. Em suma, comprovando, portanto, a atribuição que é no Brasil de se executar corretamente o princípio da igualdade, que deveria ser algo de praxe, e não contestado, algo que sem dúvida é imprescindível de ser levado em consideração hermenêuticamente por cada juiz e por cada operador do direito.

4. NECESSIDADE DE MEDIDAS COMO A LEI MARIA DA PENHA À EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 determina, em seu inciso I, a igualdade de homens e mulheres no que tange a direitos e obrigações, nos termos do texto legal da Lei Maior. Por meio desse dispositivo, reconhece-se o princípio da igualdade como integrante dos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais mais especificamente direitos e deveres individuais e coletivos, de brasileiros e de estrangeiros residentes no país, conforme caput deste mesmo artigo e como já supracitado. Além da igualdade, o referido artigo garante, também, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Contudo, é de suma importância salientar que o estabelecimento de tal princípio na Constituição brasileira não é, por si só, suficiente para garantir a sua devida efetivação. Embora represente um grande avanço no âmbito sócio-jurídico, que não pode ser ignorado, tampouco diminuído, face a uma realidade marcada por preconceitos e valores culturais que reforçam a desigualdade e a discriminação sexista e machista, revela-se necessária a adoção de outras medidas para a real concretização dos ditames constitucionais.

Não resta dúvidas de que a Lei Maria da Penha constitui um marco notável e significativo nessa trajetória. Através do seu surgimento, que se deu mediante muita luta e debates entre a sociedade civil e os Poderes Executivo e Legislativo, abriu-se o caminho para a tomada de outras providências e estimulou-se o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

A criação de um dispositivo jurídico de tamanha relevância implica repercussões igualmente relevantes no corpo social

e na jurisprudência brasileira, questões que serão tratadas em seguida.

4.1 PRINCIPAIS IMPACTOS DA LEI NA SOCIEDADE

A Lei Maria da Penha, nome dado à Lei 11.340, foi sancionada no dia 7 de agosto de 2006, com o intuito de “coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. Anteriormente ao seu surgimento, os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher eram considerados crimes de menor potencial ofensivo, enquadrando-se, portanto, na Lei 9.099/95, que “dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.”

A caracterização da violência de gênero como crime de menor potencial ofensivo e a falta de dispositivo legal que prevesse a devida punição aos agressores acarretava em uma banalização da violência de gênero, que já era, de certo modo, aceita socialmente. Em uma sociedade acostumada com a frase “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher” e com a ideia de que discussões domésticas só diziam respeito ao casal envolvido, a admissão de que esse tipo de violência não era considerado algo fora do comum não é de se surpreender.

Há de se considerar também, que a mentalidade histórico-cultural que serve de base para a perpetuação da violência contra a mulher tinha reflexos no julgamento de casos de violência doméstica, mesmo quando esta era tratada como sendo de menor potencial ofensivo.

Muitas vezes, a vítima não recebia apoio das autoridades, que duvidavam da veracidade de seu abuso e a descreditavam, ou sentia-se ameaçada pelo agressor e retirava a queixa na delegacia, ou mesmo passava a acreditar que a culpa pela agressão sofrida

era de si própria, que talvez a violência sofrida tenha sido resultado de uma ação sua.

Para se ter uma ideia do despreparo do ordenamento jurídico brasileiro nesse contexto anterior ao surgimento da Lei Maria da Penha, após realizar a denúncia, a vítima tinha que levar a intimação ao agressor para que este comparecesse perante o delegado. Ademais, as penas aplicadas geralmente consistiam em trabalho comunitário ou pagamento de cestas básicas, o que não garantia proteção à vítima contra possíveis futuras agressões, nem servia de conscientização a respeito da reprovabilidade de tais condutas.

Por sua vez, o artigo 17 da Lei 11.340/2006 veda aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a aplicação “de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.”

A chegada da Lei Maria da Penha representou o início de uma mudança em mais de um sentido, conforme exemplificado pelo seu artigo 3º, na íntegra:

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Desse modo, entende-se que a responsabilidade de garantir as condições para a efetivação de todos os direitos supracitados pertence à família, à sociedade e ao poder público – portanto, não se deve manter silêncio diante de situações que representem ameaça à integridade física e psíquica de uma mulher, simplesmente por tratar-se de uma discussão doméstica, por exemplo, uma vez que esse compromisso é, também, da sociedade, e não se trata apenas de uma questão familiar.

Além de assegurar as condições para o exercício efetivo de direitos às mulheres (termo que, de acordo com o texto legal, abrange todas as mulheres, o que significa sua independência de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião), a Lei Maria da Penha dispôs sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, de Casas-abrigo, de Centros de Referência da Mulher, de Núcleos Investigativos de Femicídio, dentre outros.

Outro importante reflexo da Lei Maria da Penha consiste na definição dos conceitos de violência doméstica e familiar, com a devida caracterização de suas formas, quais sejam: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. O estabelecimento desses conceitos facilita a aplicação da lei e cerceia possíveis arbitrariedades, durante a aplicação da lei a casos concretos, que poderiam ser causadas devido à vagueza.

Adicionalmente, a Lei Maria da Penha define a fixação de medidas protetivas em favor de mulheres que se encontram em situação de risco de violência doméstica e familiar, visando salva-

guardar suas integridades físicas e psicológicas. A adoção dessas medidas e a possibilidade de tê-las em primeiro lugar representa um relevante impacto no corpo social, bem como um importante progresso na luta que originou a lei supracitada, visto que, com essa previsão legal, as mulheres passam a ter maior expectativa de segurança e respaldo jurídico.

Como demonstrado, são muitos os impactos que a referida lei trouxe para a sociedade de maneira geral, e mais especificamente, para as mulheres.

De acordo com o Mapa da Violência 2015 - Nações Unidas (ONU Mulheres), o Brasil está em 5º lugar no ranking da violência contra mulher no mundo, com uma taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres. Dados anuais de processos que tramitam na Justiça estadual, oferecidos pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, mostram, por uma comparação entre 2016, 2017 e 2018, um aumento no número de casos pendentes em violência doméstica, medidas protetivas (voltadas ao agressor ou à vítima) e feminicídio, sendo que 2018 apresenta os maiores números: 1.009.165 casos pendentes em violência doméstica,

339.216 medidas protetivas e 4.461 feminicídios. Tais dados, dentre outros, podem ser usados para questionar a efetividade da Lei Maria da Penha, colocando em dúvida sua credibilidade.

Frente a isso, deve-se enfatizar que a Lei Maria da Penha representa um marco institucional de extrema importância, que procurou tratar o problema da violência doméstica de forma integral, sendo considerada uma das três mais avançadas do mundo pela Organização das Nações Unidas (ONU).

O fato de que a violência contra as mulheres persiste, apesar da criação dessa lei, não significa sua inefetividade, tampouco

sua inutilidade. Uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em março de 2015, concluiu que:

Nossos resultados indicaram que a lei cumpriu um papel relevante para conter a violência de gênero, ainda que sua efetividade não tenha se dado de maneira uniforme no país, uma vez que a sua eficácia depende da institucionalização de vários serviços protetivos nas localidades, que se deu de forma desigual no território.

Logo, entende-se que o avanço proporcionado pela Lei Maria da Penha constitui em essencial instrumento legal na constante luta pela proteção aos direitos humanos das mulheres em uma sociedade ainda dominada pelo patriarcalismo.

4.2 QUESTÕES JURISPRUDENCIAIS

Desde sua sanção em agosto de 2006, a Lei Maria da Penha tem movimentado os órgãos estatais através de denúncias, proferimento de medidas protetivas, abertura de processos relatando casos de violência doméstica e familiar, e até questionamentos sobre sua constitucionalidade, originando os julgamentos da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4424.

Desse modo, entende-se que a quantidade de julgados que, de uma forma ou de outra, envolvem a Lei 11.340/2006 é ampla e continua a se expandir. A título de elucidação, alguns exemplos serão expostos a seguir.

O processo nº 201702393970, julgado em Ipameri, no estado de Goiás, se trata de uma decisão a respeito de um pedido de fixação de medidas protetivas pugnada por uma mulher que alegava sofrer diversas ameaças de morte, feitas pelo seu sobrinho. Neste caso, a juíza Maria Antônia de Faria, após analisar o texto

da Lei 11.340/06 e o depoimento prestado pela vítima, bem como o risco de que o convívio conturbado entre a vítima e o representado evolua para transgressões mais graves, decidiu deferir o pedido formulado. Estabeleceu que o ofensor estaria proibido de aproximar-se da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, por distância menor que 200 (duzentos) metros, não podendo tentar qualquer tipo de aproximação com eles, além do afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. O descumprimento dessas medidas resultaria na decretação da prisão preventiva do agressor a qualquer tempo, caso estejam presentes os requisitos ensejadores de custódia cautelar, dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Em outro caso, de autos nº 201503680848, no município de Anápolis, no estado de Goiás, discute-se a concessão da liberdade provisória ao indiciado em questão e o requerimento da fixação de medidas protetivas do artigo 22 da Lei 11.340/06 em favor da vítima. A juíza, Edna Maria Ramos da Hora, entendeu que embora estivessem presentes os pressupostos que autorizam a prisão preventiva, ou seja, a prova da existência do crime e indícios suficientes de sua autoria, o crime praticado não gerou clamor público nem representou gravidade extrema para a sociedade. Com essa fundamentação, concedeu a liberdade provisória ao indiciado, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. Ademais, deferiu a concessão de medidas protetivas em favor da vítima, quais sejam: a proibição do agressor de se aproximar dos ofendidos, seus familiares e das testemunhas, com o limite mínimo de distância de 500 (quinhentos) metros entre estes e o agressor; e a proibição de tentativa de contato do agressor com os ofendidos, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação. De-

terminou, por fim, que o indiciado deveria ser advertido de que o descumprimento de qualquer uma das medidas protetivas de urgência implicará em sua prisão.

Em uma outra decisão realizada pela juíza Edna Maria Ramos da Hora, agora nos autos nº 201800955094, tem-se situação similar à anterior, isto é, solicitação de medidas protetivas para preservar a integridade física e psicológica da vítima. Com base no disposto no artigo 22 da Lei Maria da Penha, bem como na análise dos autos (que segundo a juíza, permitem a verificação da existência de relação íntima de afeto entre as partes e a constatação da suposta prática das infrações penais de injúria e ameaça pelo requerido), além do Boletim de Ocorrência que noticia as agressões sofridas pela vítima por parte do agressor, há o deferimento da solicitação de concessão de medidas protetivas. Tais medidas consistem na determinação de que o agressor fica proibido de se aproximar da ofendida, seus familiares e das testemunhas, com a fixação do limite mínimo de 500 (quinhentos) metros de distância entre estes e o agressor, além da proibição de manter contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação. O agressor deveria, ainda, ser submetido a acompanhamento psicológico. A última medida protetiva se trata do afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, desde que a vítima demonstre a propriedade do imóvel, ou mesmo que este pertença ao casal, sendo que a partilha deve ser posteriormente analisada no Juízo de Família. Por fim, determina que deve ser feita a comunicação acerca da decisão à Patrulha Maria da Penha, para que essa apoie o cumprimento da medida.

No processo de nº 201403687514, a juíza Dayana Moreira Guimarães trata de auto de Prisão em Flagrante delito em desfa-

vor do indiciado em questão. Determina que o auto foi lavrado dentro dos ditames legais, sendo que todas as formalidades pertinentes ao ato foram atendidas, quais sejam, oitiva do condutor(s), testemunha(s) e indiciado(s), assim como a entrega de nota de culpa(s), assinada(s) pela autoridade com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. Portanto, homologou o auto de prisão em flagrante, já que não houveram vícios. Argumentou que, embora a prisão cautelar seja medida excepcional, em determinados casos se faz necessária, para garantir a prestação jurisdicional e no caso em especial, para assegurar a integridade da vítima diante das ameaças sofridas. Compulsando os autos, a juíza verificou que o indiciado foi preso em flagrante delito pela suposta prática de crime de ameaça e agressão contra sua companheira, utilizando-se, para isso, de arma imprópria (instrumento de metal). A pertinência da segregação cautelar se deu, inicialmente, para garantia da ordem pública, considerando-se que se tratava de reiteração de violência doméstica, haja vista a existência de um registro de ocorrência anterior, também por ameaça. Em sua decisão fundamentada, não concedeu liberdade provisória ao indiciado, e converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Outro exemplo a ser tratado consiste no pedido de *habeas corpus* nº 481.948 - SP (2018/0321621-3), apresentado ao Superior Tribunal de Justiça. A relatora do caso, ministra Laurita Vaz, detalhou que consta nos autos que o Paciente teria desferido golpes de faca na vítima, sua ex-companheira, por não aceitar o término do relacionamento, causando-lhe lesões corporais de natureza grave. Na ocasião, ainda teria tentado atear fogo à vítima e ameaçado de morte o filho do casal, de três anos de idade. O pedido de *habeas corpus* foi impetrado pela Defesa no Tribu-

nal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo este sido denegado. O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem. Na ementa em questão, a ordem de *habeas corpus* foi denegada. Tem-se o acórdão, na íntegra:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2019 (Data do Julgamento)

Com a apresentação desses casos, que são apenas alguns exemplos em meio a tantos outros que também poderiam ser relatados, reforça-se a importância da Lei Maria da Penha no que se refere à preservação da integridade física e psicológica das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, além da luta contra a impunidade daqueles que as submetem a tal violência.

5. CONCLUSÃO

Observa-se ao longo da exposição do artigo o caráter essencial da Lei Maria da Penha para a afirmação dos direitos fundamentais das mulheres. Além disso, a necessidade da Lei 11.346/2006 é, mais uma vez, justificada ao compreender a questão emergencial de proposição de medidas que visem a proteção das mulheres, sendo necessário ressaltar o quadro extremo de violência sob o qual essas estão submetidas.

Desse modo, faz-se oportuno o estudo acerca da Lei abordada sob o espectro do princípio da igualdade ao considerar esse como fundamental ao Estado Democrático de Direito. Ademais, ressalta-se que constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil, elencado no art. 3º da Constituição Federal, promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação. Dessa forma, ao considerar que todos os indivíduos possuem direitos iguais, observou-se a necessidade de aplicação de medidas que efetivem esse princípio, uma vez que a igualdade não deve ser vista somente pelo plano formal, mas também, em seu âmbito material.

Logo, ao observar a igualdade material, conclui-se que essa representa uma maneira de efetivação da justiça. Segundo Nery Junior (1999, p. 42) “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Dessa forma, percebe-se que a aplicação de normas como a Lei 11.346/2006, que abarcam especificamente um grupo social, em situações determinadas, representa uma forma de efetivar a isonomia, diminuindo, conseqüentemente, as desigualdades sociais.

Somando-se a isso, entende-se que o princípio de igualdade da Lei Maria da Penha está presente dentro do próprio texto dessa, de forma que a titularidade da Lei pertence às mulheres como um todo, sem distinções de qualquer tipo. Tal generalização faz-se necessária, não somente para garantir a igualdade proposta no texto constitucional brasileiro, mas também para tentar evitar polêmicas acerca de quais indivíduos seriam tratados pela lei, de forma que o contexto cultural brasileiro mostra-se altamente excludente em relação a grupos minoritários.

É perceptível que ainda existe resistência em relação ao conteúdo da Lei. Dessa forma, apesar da extrema importância da Lei Maria da Penha no que diz respeito às garantias de direitos fundamentais, percebe-se que, na prática, ainda existem diversos desafios para sua aplicação, sendo tal situação fruto de uma tradição patriarcal intrínseca à sociedade brasileira.

No entanto, apesar das dificuldades que persistem no que diz respeito à efetivação da Lei Maria da Penha, é necessário ressaltar todo o impacto que já foi trazido pela lei em questão. Entre as mudanças ocasionadas pela lei, pode-se ressaltar a definição da violência doméstica e familiar, sendo tal definição abrangente, o que limita possíveis arbitrariedades. Além disso, a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, de Casas-abrigo, de Centros de Referência da Mulher, de Núcleos Investigativos de Feminicídio, entre outros, também representou um considerável avanço trazido pela Lei, sendo a criação desses órgãos fundamental para assegurar que as mulheres tenham acesso à justiça. Ademais, cabe afirmar que essas medidas representam somente algumas das inúmeras mudanças trazidas pela lei em questão.

Dessa forma, percebe-se que a Lei Maria da Penha, ao abarcar questões relacionadas à proteção das mulheres, representa um avanço no que diz respeito à garantia de igualdade, uma vez que ao propor medidas que assegurem especificamente os direitos das mulheres, propicia uma tentativa de minimizar as desigualdades sociais. Tal situação, por sua vez, representa uma maneira de garantir direitos fundamentais. Sendo assim, conclui-se que um dos fundamentos da criação da Lei Maria da Penha é relacionado à

igualdade entre todos, sendo a igualdade, não somente um dos princípios que fundamentam a lei, mas também, uma de suas consequências práticas.

THE MARIA DA PENHA LAW AS A CONSOLIDATING ELEMENT OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Abstract: The presente article verses about the impacts caused by the implementation of the Law 11.340, from august 07th of 2006, known as Maria da Penha Law, in reference of the consolidation of the principle of equality brought by the Federal Constitution of 1988. Firstly, the issues approached were about the law itself, such as its importance and goals. Secondly, the discussion was about the constitutional principle of equality, treating specifically its description as formal or material. At last, the reflection developed was turned to the impacts effectively provoked by the Maria da Penha Law in the brazilian society. In addition, several jurisprudencial examples were explored, in order to make explicit such impacts caused within the scope of the juridical system.

Keywords: Maria da Penha Law. Equality principle. Formal equality. Material equality.

FONTES

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. Disponível em:

<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/439_CNJdecisesde1ae2ainstncias.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BEZERRA, Juliana. **Lei Maria da Penha**. 2014. Disponível em:

<<https://www.todamateria.com.br/lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas corpus nº 481.948** - SP 2018/0321621-3. Habeas corpus. Tortura. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei Maria da Penha. Prisão cautelar. Ação pública incondicionada.

Reiteração delitiva. Excesso de prazo não configurado. Ordem denegada. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4.424/DF, estabeleceu que a ação penal nos crimes de lesão corporal em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher é sempre pública incondicionada. 2. A retratação da representação pela vítima não tem o condão de impedir o prosseguimento da ação penal. 3. A prisão preventiva encontra-se devidamente justificada, ante o risco concreto de reiteração delitiva. 4. Encontra-se prejudicada a discussão acerca da hipossuficiência do Impetrante, visto que a liberdade provisória mediante fiança foi revogada pelo Magistrado de primeiro grau, no momento em que decretou a prisão preventiva do Paciente. 5. Depreende-se dos autos que o feito vem tendo regular andamento, não se vislumbrando, na hipótese, a ocorrência de desídia estatal injustificada. 6. Ordem de *habeas corpus* denegada. Relatora: Min. Laurita Vaz, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686891171/habeas-corpus-hc-481948-sp-2018-0321621-3/inteiro-teor-686891199?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19**. ADC 19 DF. Violência doméstica. Lei nº 11.340/06. Gêneros masculino e feminino. Tratamento diferenciado. O artigo 1º da Lei nº

11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros mulher e homem, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. Competência.

Violência doméstica. Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária.

Violência doméstica e familiar contra a mulher. Regência. Lei nº 9.099/95. Afastamento. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de fevereiro de 2012. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342755/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-19-df-stf?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Anápolis). **Decisão - processo nº 201800955094**. 15 de agosto de 2018. Disponível em:

<<https://www.tjgo.jus.br/sdm2/consultaPublica/consultarAtoJudicialPublicado>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Anápolis). **Sentença - processo nº 201503680848**. 20 de outubro de 2015. Disponível em:

<<https://www.tjgo.jus.br/sdm2/consultaPublica/consultarAtoJudicialPublicado>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Anápolis). **Sentença - processo nº 201403687514**. 05 de outubro de 2014. Disponível em:

<<https://www.tjgo.jus.br/sdm2/consultaPublica/consultarAtoJudicialPublicado>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (Ipameri). **Decisão - processo nº 201702393970**. 2º Vara Cível, Criminal, das Faz. Publ., de Reg. Publ. e Ambiental. 05 de outubro de 2017. Disponível em:

<<https://www.tjgo.jus.br/sdm2/consultaPublica/consultarAtoJudicialPublicado>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 11 jun. 2019.

CERQUEIRA, Daniel *et al.* **Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha**. [S. l.], março 2015. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=24606&Itemid=383>. Acesso em: 11 jun. 2019.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **A Lei na íntegra e comentada**. [S. l.], 2018. Disponível em: <<http://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/lei-maria-da-penha-na-integra-e-comentada.html>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

MARTINS, Leonardo. Comentário ao artigo 5º, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almeida, 2013. p. 222.

OKA, Mateus, LAURENTI, Carolina. **Entre sexo e gênero: um estudo bibliográfico-exploratório das ciências da saúde**. Saúde Soc. São Paulo. 2018.

V.27. N.1. Disponível em:

<https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/asset_s/sausoc/v27n1/1984-0470-sausoc-27-01-238.pdf>. Acesso em 29 mai. 2019.

PERELMAN, Chaim. **De La justicia**. México: Centro de La Universidad Nacional Autónoma de México. 1964.

SILVA, Walber Carlos da. **Normas, princípios e regras no ordenamento jurídico brasileiro**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64137/normas-principios-e-regras-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

LIMITE DE ACESSO AOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS: ABUSO NA RELAÇÃO DE TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DA LEI 13.709/2018

Bruno José de Morais¹

Daniel Neves de Rezende Rodrigues²

Maria Vitória Carvalho Morais Cardoso³

RESUMO

Os dados pessoais sensíveis tornaram-se objeto de debates no âmbito corporativo em razão da Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) que entrará em vigor em 2020, um dos pontos da lei coloca em questão o consentimento do indivíduo. O objetivo do trabalho é verificar quais os limites a que estão sujeitos os empregadores ao solicitar os dados sensíveis ao empregado ou futuro empregado em caso de uma seleção, uma vez que a nova lei determina que o indivíduo deve ter total conhecimento sobre a finalidade do uso dos dados.. Foi realizada revisão bibliográfica dos textos mais recentes abordando a proteção ao direito da privacidade e aos dados sensíveis, assim como a análise do entendimento dos tribunais sobre a temática. Por fim, analisamos técnicas de ponderação que seriam úteis à resolução do impasse.

PALAVRAS-CHAVES: *Dados pessoais sensíveis. Direito à privacidade. Relações de trabalho. Lei Geral de Proteção de Dados.*

- 1 Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás - Regional Goiânia. E-mail: brunojdmorais@gmail.com.
- 2 Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás - Regional Goiânia. E-mail: anielneves.13r@gmail.com.
- 3 Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás - Regional Goiânia. E-mail: mariavitoriamorais1@gmail.com

“LIMIT OF ACCESS TO SENSITIVE PERSONAL DATA: ABUSE IN THE LABOR RELATIONS UNDER LAW PERSPECTIVE 13.709/2018”

ABSTRACT

Sensitive personal data became the subject of corporate debate due to Law 13,709 of August 14, 2018 (General Data Protection Act), which will come into force in 2020, one of the points of the law calling into question the consent of the individual. The objective of the study is to verify the limits to which employers are subject when requesting data sensitive to the employee or future employee in case of a selection, since the new law determines that the individual must have full knowledge about the purpose of the use of the data. A bibliographical review of the most recent texts was carried out addressing the protection of the right to privacy and sensitive data, as well as the analysis of the courts' understanding of the subject. Finally, we analyzed weighting techniques that would be useful to solve the impasse.

KEYWORDS: Sensitive personal data. Right to privacy. Labor Relations. General Data Protection Law.

1. INTRODUÇÃO

Conforme dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged), divulgados pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, o Brasil encerrou 2018 com saldo positivo de 529,5 mil empregos formais; atingindo um total de 38,44 milhões, primeiro saldo positivo desde 2014. Com o elevado número de trabalhadores no Brasil entendemos que um dos desafios relativos às relações de empregos é a preservação dos direitos fundamentais dos empregados, sendo que um deles é a privacidade.

Quando se estabelece um contrato de trabalho que dará início às atividades do empregado, tomam-se alguns dados

pessoais do trabalhador que serão úteis ao funcionamento da empresa, utilizando do poder diretivo do empregador. Entretanto, daí resultam alguns problemas, tais como a falta de definição do limite de acesso do empregador a determinados dados pessoais do empregado e o questionamento sobre infração ao direito de privacidade deste.

A Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018) conceitua no Art. 5º, inciso II, o que são dados pessoais sensíveis: “Aqueles que revelam a origem social ou étnica, opiniões políticas e convicções religiosas ou filosóficas, filiação sindical, dados genéticos, dados relacionados com a saúde e dados relativos à vida sexual ou orientação sexual da pessoa”. A mesma Lei, além de reforçar o caráter fundamental do direito à privacidade, também postula sobre o consentimento do titular dos dados pessoais, que deve concordar com o tratamento de seus dados para finalidades pré-determinadas.

A fim de descobrir ou mesmo propor tais limites, este trabalho visa, por meio dos métodos qualitativo e dialético argumentativo, analisar quais os limites entre o uso do poder diretivo do empregador para selecionar os indivíduos que atuarão em seu negócio e o direito à privacidade pautado no consentimento do empregado sobre dados que não necessariamente seriam úteis à demanda do serviço prestado; com base nesse limite, analisaremos o entendimento dos tribunais sobre o tema, partindo do pressuposto da presunção de discriminação, fator que coaduna ao princípio da não discriminação que rege o direito do trabalho; ao final, visa-se observar técnicas de ponderação que poderiam ser utilizados na prática das relações trabalhistas.

2. DIREITO À PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS NA ERA DA INFORMAÇÃO

No Brasil, o direito à privacidade é considerado direito fundamental dada sua importância. O legislador optou pelo uso dos termos *intimidade* e *vida privada*, sendo estas condições essenciais ao desenvolvimento do senso de individualidade e da garantia da liberdade, destituídos de tal prerrogativa, o indivíduo estaria limitado ao expressar o que pensa e sente (DONEDA, 2018). Assim expõe o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A legislatura jurídica enfrenta dificuldades ao conceituar “privacidade”, uma vez que o conceito encontra-se em permanente mutação. Para Celso Bastos, a privacidade é a “Faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano” (BASTOS, MARTINS, 1989, p. 63). Já MILLS (2008) afirma que o termo privacidade está associado a conceitos como independência, liberdade, autonomia, individualidade, dignidade, isolamento e ausência de invasão. Por esse lado, a privacidade lograria forma negativa, ou seja, caberia ao indivíduo o direito de excluir os outros de temas que lhe sejam particulares.

Entende-se que a privacidade é condição de existência à liberdade humana, porquanto o consentimento forma-se como fundamento ao que tange os dados pessoais. Essa interdependência ocorre no momento em que o indivíduo invoca o seu direito à

proteção da intimidade e da vida privada, delimitando o que deseja ou não expor a respeito de si ou ainda arrogar a si tal direito perante terceiros (JABUR, 2000). Tal ação possui natureza negativa, ao proteger o titular das intromissões de terceiros e positiva, ao permitir que o próprio indivíduo controle suas informações, expressão da liberdade que lhe é inata.

De acordo com o entendimento de VIEIRA (2007), há classificações da privacidade em diferentes categorias, são elas: física, do domicílio, das comunicações, decisional e informacional. A privacidade física protege o corpo do indivíduo contra procedimentos invasivos e não autorizados pelo próprio indivíduo, como a realização forçada de testes de drogas e de exames genéticos. A segunda espécie aponta para o direito à privacidade do domicílio, protegida pelo inciso XI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que assim dispõe: “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. A terceira categoria contempla o direito à privacidade das comunicações, prevista no inciso XII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que garante ser “Inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. O quarto tipo contempla o direito à privacidade decisional, entendida como o atributo do indivíduo de decidir seu próprio destino, de tomar as próprias decisões, o que se nomearia também direito à autodeterminação. Por fim, a última espécie diz respeito à privacidade informacional.

Ao nosso estudo cabe a análise da privacidade informacional, que mantém sob sua proteção as informações sobre determinada pessoa, contendo não só aquelas relacionadas a sua esfera mais íntima, mas também dados pessoais, sendo este o dado relacionado a um indivíduo identificado ou identificável, independentemente do suporte em que se encontre registrado (escrita, imagem, som ou vídeo), que possam conduzir à identificação de tal titular.

Tratando-se da privacidade informacional, considera-se que esta foi reconhecida pela primeira vez na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso da Lei do Censo (“*Volkszählungsurteil*”) de 1983. A problemática envolvida resume-se ao desvio de finalidade de uso dos dados recolhidos que, de início, serviriam apenas ao recenseamento. Após uma campanha pública contra a lei esta foi questionada perante o Tribunal Constitucional Federal que apoiou os propósitos estatísticos da lei, mas declarou que os direitos fundamentais dos cidadãos deveriam ser salvaguardados contra possíveis abusos, anulando parcialmente a lei de censo populacional e forjando a noção de um direito constitucional de autodeterminação informativa, estruturando os fundamentos da proteção de dados alemã (CHAVES, 2010).

Frente ao exposto, tem-se que a crescente precaução e defesa da privacidade deu-se paralelamente ao desenvolvimento tecnológico e social; principalmente, no século XXI, com a chamada “era da informação” (CASTELLS, 2011). Nas sociedades pré-industriais, caracterizadas pela proximidade e pelos laços de confiança entre indivíduos, registrar e armazenar dados ligados ao cotidiano e à intimidade dos indivíduos era tarefa desnecessária e, por vezes, árdua, considerando que as relações aconteciam, em sua maioria, entre sujeitos próximos e as tec-

nologias eram limitadas a certas classes privilegiadas (WERTHEIN, 2000, p.73).

O cenário atual demonstra considerável mudança, o avanço da internet e dos meios de comunicação, aliados a interesses econômicos e políticos, fizeram dos dados pessoais um mecanismo altamente eficiente de controle dos indivíduos (CORREIA e JESUS, 2013). As informações pessoais são valiosos ativos para as empresas, que recolhem cada vez mais dados em prol de eficiência e rentabilidade, elaborando perfis de consumo e, consequentemente, de empregados que desejam contratar, podendo utilizar destes como filtro para externalizar preconceitos de uma sociedade que não consegue equiparar o rápido desenvolvimento tecnológico com o desenvolvimento social e humano.

A chamada “era da informação” foi vislumbrada nos tecno centros dos EUA e do Japão na década de 80 (GERMAN, 2000), com a explosão da indústria da computação. Em 1993, o mundo toma conhecimento da expressão “sociedade da informação”, utilizada pela primeira vez em caráter oficial, pelo então presidente da Comissão Europeia, Jacques Delors, no Conselho da Europa de Copenhague, para definir o crescente uso da tecnologia da informação no intuito de reforçar a economia, melhorar a prestação dos serviços públicos e incrementar a qualidade de vida dos cidadãos. Os avanços tecnológicos permitem o uso de mecanismos de intrusão na vida privada e alimentam uma sociedade “transparente” (CORREIA e JESUS, 2013).

A expressão sociedade da informação expõe uma forma de convivência social que agrega valor a dados da realidade, sistematizando-os e disponibilizando-os, tem como característica a produção do conhecimento a partir de processos de interação cujos lastros são informações novas reconstruídas (FROÉS,

2000). A informação, assim sendo, contém em si o principal ativo da sociedade da informação, ou seja, sua principal riqueza, sendo indispensável ao desempenho de qualquer atividade. Seja o trabalho, a educação, a saúde, o lazer, a política, a economia, enfim, tudo nesse novo paradigma social depende da utilização das informações.

Dentro a enorme quantidade de dados que circulam, existem informações de caráter pessoais, denominados “dados pessoais sensíveis”, são aqueles que fazem surgir a identificação, direta ou indireta, de origem racial, de opiniões políticas, filosóficas ou religiosas, ou mesmo o fato de se pertencer a sindicatos, ou de comportamentos específicos, inclusive sexual. Por conter elementos íntimos, esses demandam maior cuidado, como a expressa permissão do titular ou de seu representante para serem coletados e tratados, exceto se houver autorização legal, quando será dispensável essa manifestação (CASTRO, 2002).

Diante tal sensibilidade de informação e a possível invasão à esfera da individualidade na seara trabalhista, a literatura jurídica fala em “presunção de discriminação”, uma vez que as informações coletadas, por vezes, não interferem na eficiência do indivíduo para realizar a função a ele destinada. Nos Estados Unidos da América, a prática local adota que o candidato ao emprego preencha um formulário de solicitação, que pode ter as mais variadas indagações. Diante essa possibilidade discriminatória, exemplifica LIMA (2010, p. 92) sobre a solução encontrada nos Estados Unidos:

A Equal Employment Opportunity Commission, agência de governo estadunidense encarregada de combater a discriminação laboral conforme a Lei dos Direitos Ci-

vis, estabelece uma série de diretrizes que os empregadores deverão cumprir, para não incorrerem em situações discriminatórias. Diretrizes como proibir anúncios apontando determinadas categorias preferidas, uso de testes não relacionados com o trabalho, recrutamento dirigido, utilizar-se de dados dos nos formulários que induzam à discriminação por um dos motivos proibidos.

A exemplo de invasão da privacidade por empregadores, chama atenção que no início do século XX, auge da industrialização, o departamento sociológico da companhia FORD iniciou um trabalho marcado pelo controle à vida particular de seus funcionários sob a alegação de garantir segurança, saúde e bem estar, o departamento regulava desde relações amorosas até a higienização pessoal de seus funcionários (PEÑARREDONDA, 2018). Diante a situação, questiona-se até onde se pode valer da privacidade do trabalhador em prol da eficiência e do desenvolvimento. De acordo com o renomado jurista Rodotà, é necessário empenho para alcançar o equilíbrio nas relações entre a tutela das liberdades individuais e a eficiência administrativa e empresarial (RUARO, 2011).

Comumente, em fase de seleção, empresas utilizam meios diversos a fim de definir critérios para a escolha de funcionários, fato que abre margem à possível invasão de privacidade, seja com a aplicação de testes genéticos, exames toxicológicos, investigação para levantamento de questões pessoais nas mais diversas redes sociais, como Facebook, Instagram e Twitter, e a elaboração de questionários sobre orientação sexual, opinião política, dentre outros (COSTA E GOMES, 2017). Entretanto, as decisões dos tribunais de todo o país mostram-se favoráveis ao trabalhador em

razão do “in dubio pro misero”, princípio fundamental ao direito do trabalho que estabelece amparo preferencial ao trabalhador (FELICIANO, 2005). Por outro lado, objetivando defender seus interesses, as empresas afirmam necessitar de tais informações para que possam criar estratégias empresariais a fim de alcançar maior desenvolvimento econômico, acreditando utilizar do que a doutrina estabelece por “poder diretivo”.

A doutrina tem preferido se reportar de forma autônoma às dimensões do poder empregatício, que se dividem em poder diretivo, regulamentar, disciplinar e fiscalizatório (DELGADO, 2002, p. 750). O poder diretivo é exclusivo ao empregador e dirige-se à organização da estrutura e espaço empresariais interno, como um processo seletivo para os novos membros da empresa; o poder regulamentar fixa regras gerais a serem observadas no estabelecimento da empresa para efetivar intenções e metas, Delgado defende que esse poder seria a “manifestação exterior” do poder diretivo; o poder regulamentar produz os diplomas resultantes do poder regulamentar empresarial, compostos por cláusulas obrigacionais; por fim, o poder fiscalizatório seria o conjunto de prerrogativas para propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno.

Para NASCIMENTO (2009, p. 225), esse poder diretivo (poder de direção) nada mais é que uma “Faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”. Além disso, está legalmente fundamentado no artigo 2º da CLT, onde o legislador prescreve que ao empregador cabe dirigir a prestação pessoal dos serviços executados pelo seu empregado. No entanto, se o empregador o faz de forma arbitrária, o ambiente

de trabalho poder´transforma-se em local de aviltamento da dignidade do trabalhador.

Poder diretivo, de acordo com NASCIMENTO (2009, p. 271), está fundamentado em algumas teorias, entre as quais se destacam:

A TEORIA DA PROPRIEDADE PRIVADA, que prega que o empregador manda porque é o dono do empreendimento;

A TEORIA DO INTERESSE, segundo a qual o poder de direção resulta do interesse do empregador em organizar, controlar e disciplinar o trabalho que remunera, objetivando atingir os fins propostos para o seu empreendimento;

A TEORIA INSTITUCIONALISTA, que concebe a empresa como uma instituição, o que autoriza o empregador a proceder como se estivesse governando;

A TEORIA CONTRATUALISTA, segundo a qual o poder de direção encontra suporte no contrato de trabalho, ajuste de vontades na qual o empregado espontaneamente se põe em posição de subordinação, aceitando a direção da sua atividade pelo empregador.

Diante do embate pela manutenção do direito pela privacidade do empregado e a necessidade de critérios ao empregador no momento de selecionar seu time, deve-se traçar o limite de acesso, já que permitir o acesso desenfreado pelo empregador a dados sensíveis do trabalhador, causa riscos e possíveis violações a direitos constitucionais, a exemplo disso, a tratar dos direitos de personalidade, o art. 17 do Código do Trabalho português proíbe o empregador de exigir do candidato informações sobre sua vida privada, saúde, estado de gravidez, solicitar testes que compro-

vem sua condição física ou psíquica, salvo quando tenham por finalidade proteger o trabalhador ou quando a atividade o exigir (Código do trabalho). Nesse sentido também decidiu o TST na Súmula nº 443, esta que anuncia:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

É preciso que haja ponderação entre os interesses presentes na relação empregatícia, isto é, um ponto de equilíbrio para que o exercício do direito do empregador não viole os direitos de personalidade do empregado. Caso ocorra violação, o trabalhador está segurado pelo direito à indenização por dano moral, alegando ofensa ao bem juridicamente tutelado, ainda que imaterial, conforme previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Dessa forma, o empregado pode pleitear judicialmente uma indenização pela violação à sua privacidade. É comum na jurisprudência dos tribunais trabalhistas, o ajuizamento de ações que tratam de situações de discriminação, seja pela orientação sexual, seja por opiniões políticas ou religiosas, que buscam a devida reparação pela violação à imagem, à honra e a dignidade do trabalhador.

Essas ações, normalmente, são ajuizadas apenas quando o empregado é demitido pela empresa, ou quando as consequên-

cias da violação aos direitos da personalidade atingem o trabalhador de tal maneira que o impede de se manter no trabalho. E as consequências dos atos discriminatórios, a depender da situação, podem causar graves problemas que comprometem o desenvolvimento da sua personalidade. O assunto será melhor desenvolvido na segunda parte do presente artigo.

3. ABUSO NO USO DE DADOS SENSÍVEIS: PRECEDENTES JUDICIAIS

A eclosão da legislação acerca da proteção de dados pessoais no Brasil é retardatária. Apesar dos calorosos debates e da acentuada necessidade de regulamentá-los, a previsão de sanções frente à violação de dados sensíveis deu-se somente no ano de 2018, enquanto no Direito Europeu a pretensão de pacificação do tema, que já vinha se desenvolvendo, se concretizou com a regulamentação de 2016. Vale destacar, por exemplo as formidáveis inovações trazidas ainda na diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, antigo regulamento relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de seus dados pessoais e sua livre circulação. Elemento inovador trazido por ele é atribuição de cada país membro da União Europeia de criar instituições de controle e supervisão acerca da legalidade de tratamentos de dados privados dos indivíduos, alegando a importância desse mecanismo à proteção da privacidade. Diz a Diretiva 95/46/CE (30) sobre a disposição dos dados pessoais:

Considerando que, para ser lícito, o tratamento de dados pessoais deve, além disso, ser efectuado com o consentimento da pessoa em causa ou ser necessário para a celebração ou execução de um contrato que vin-

cule a pessoa em causa, ou para o cumprimento de uma obrigação legal, ou para a execução de uma missão de interesse público ou para o exercício da autoridade pública, ou ainda para a realização do interesse legítimo de uma pessoa, desde que os interesses ou os direitos e liberdades da pessoa em causa não prevaleçam; que, em especial, para assegurar o equilíbrio dos interesses em causa e garantir ao mesmo tempo uma concorrência real, os Estados-membros são livres de determinar as condições em que os dados pessoais podem ser utilizados e comunicados a terceiros no âmbito de actividades legítimas de gestão corrente das empresas e outros organismos; que, do mesmo modo, podem precisar as condições em que a comunicação a terceiros de dados pessoais pode ser efectuada para fins de mala directa ou de prospecção feita por uma instituição de solidariedade social ou outras associações ou fundações, por exemplo de carácter político, desde que respeitem as disposições que permitem à pessoa em causa opor-se, sem necessidade de indicar o seu fundamento ou de suportar quaisquer encargos, ao tratamento dos dados que lhe dizem respeito;

Ademais, reconhece-se que o recente Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR, na sigla em inglês) da União Europeia veio para consolidar e trazer uma abordagem moderna sobre o tratamento de dados pessoais sensíveis. Considerado o maior conjunto de proteção informacional já criado, o GDPR trouxe rígidas medidas tanto contra abusos na utilização dos dados quanto contra a espionagem, tudo isso objetivando assegurar que mesmo online as pessoas tenham privacidade e segurança. Sob forte inspiração do regulamento europeu, foi no Brasil recen-

temente sancionada a lei 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados, ainda em período de vacância.

Entretanto, vale destacar que o ordenamento jurídico brasileiro já contava com uma abordagem legislativa, ainda que não totalmente desenvolvida, acerca da matéria, como na Lei 12.414, de 9 de junho 2011 que anuncia a respeito do tratamento de informações positivas e bancos de dados para proteção crediária e nos diversos julgados. Destarte, torna-se pertinente consultar a maneira com a qual os Tribunais brasileiros vêm tratando sobre tema, a fim de posteriormente vislumbrar a possibilidade da compatibilização das atuais decisões com a nova Lei.

De antemão, explicita-se que a legislação até então não configurava de forma assertiva o conceito de “Dado Sensível”, incumbia-se à doutrina e a jurisprudência, principalmente, fixar e impor os limites do uso de dados. Tal situação encontra-se diante controvérsia, uma vez que não há consenso relativo à classificação desses recursos como fontes válidas do direito.

De um lado, Miguel Reale afirma que a doutrina seria apenas um instrumento de complementação das fontes do direito, não possuindo força jurídica, sendo assim, firmar todos os julgados seria fator para a existência de contraditórios, já que os juízes não são obrigados a levar em conta a opinião dos doutrinadores (BORGES, 2013). Por outro, vêm sendo objeto de entendimento majoritário no Judiciário o dever de sanar os vácuos legislativos gerados pela inércia das casas detentoras desse poder, como ressalta Monica Herman Caggiano, tal omissão constitui ofensa à ordem constitucional, gerando maléficis danos a sociedade. Expressa também tal percepção o ilustre Ministro Gilmar Mendes, na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.682 posta no Diário da Justiça em 06 de setembro de 2007,

As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão

É notório pontuar que a Lei 12.414/2011 introduziu o conceito de “Informação Sensível”: assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas. De toda forma, percebe-se o vácuo jurídico frente a matéria, parcialmente após a conceituação da General Data Protection Regulation – GDPR, que informa em seu art. 9º que,

Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade-union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person’s sex life or sexual orientation shall be prohibited.

Essa percepção é polêmica pois valoriza, como dito anteriormente, a privacidade do indivíduo em relação a dados íntimos. Em razão da sensibilidade, a proteção decorre dos princípios constitucionais da dignidade, intimidade e privacidade. Na contramão, assim como qualquer vagueza jurídica, corre-se um forte risco de insegurança jurídica, justificando assim sua adesão no ordenamento jurídico brasileiro. Uma vez percebida a apatia

e lentidão legislativa sobre o tema, a jurisprudência brasileira se designou a elucidar tal nebulosidade.

Assim, percebemos julgados e decisões que se fundamentam com base no conceito de Dados Sensíveis, muito próximo da significação dada pelo europeu, não obstante que nosso ordenamento não versava até então sobre essa configuração de modo específico. Outrossim, é possível ter um respaldo de como a elaboração da Lei 13.709/2018 pode influenciar a visão dos nossos tribunais no que concerne ao tratamento de Dados Sensíveis por instituições sobre suas partes.

Infere-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DIVULGAÇÃO DE LISTA DE DADOS DE ALUNOS PELA UNIVERSIDADE. AUSÊNCIA DE DANO MORAL. Divulgação equivocada pela instituição de ensino de dados de seus alunos. Inexistência de demonstração, pelo requerente, que a divulgação de informações tenha causado qualquer abalo à sua moral. Ausência de prova de violação à intimidade do postulante ou da existência de dano. Agir da requerida de adotar medidas para minimizar os fatos. Pretensão indenizatória descabida. Precedentes desta Corte. Sentença de improcedência mantida. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70054824297, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 27/06/2013)

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DIVULGAÇÃO DE DADOS CADASTRAIS. DEVER INDENIZATÓRIO NÃO CONFIGURADO. PREQUESTIONAMENTO. Hipótese em

que a ré, por equívoco, divulgou dados cadastrais do autor, aluno da universidade. Caso em que não houve violação à intimidade e vida privada do autor, direitos fundamentais protegidos no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal (LGL\1988\3), uma vez que não comprovada qualquer agressão à sua dignidade. Ausente dever indenizatório. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta do artigo referido pela parte, mormente quando foram analisadas todas as questões entendidas pertinentes para solucionar a controvérsia. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70052775731, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 23/05/2013)

Estes precedentes aludem ao caso de uma Universidade formar um Banco de Dados para seus alunos com intuito de publicar vagas de estágio. Uma parcela dos alunos, vendo sua personalidade penetrada, ensejaram ações contra a Instituições buscando indenização pela prática da divulgação - tratamento - de dados pessoais, tais como: nome completo; data de nascimento; país de nascimento; números de RG, CPF, e-mail e telefones (celular, residencial e comercial); sexo; idade; e endereço. Continha, ainda, os seguintes dados acadêmicos: ciclo de ingresso; ID; login; nível; programa acadêmico; quantidade de créditos matriculados; e ciclo da última matrícula.

As decisões foram unânimes e coadunam na mesma fundamentação:

Em que pese o ato ilícito da ré ao divulgar dados pessoais de alunos na Internet, tratava-se, no caso, dos chamados “dados não sensíveis”. [...] A parte autora

não comprovou ter sofrido qualquer lesão à sua honra, imagem ou privacidade. Eugênio Facchini Neto, Relator do TJRS - ApCiv 70079314035 - 9.^a Câmara Cível - j. 18/12/2018

Nesse cenário, a problemática de tratamento de dados funcionais por empresas aparenta demandar uma intensa sensibilidade por parte do regime operador. No caso aludido, a mera administração de dados genéricos como instrumento profissional da universidade ensejou a pretensão dos titulares dos dados em reparação moral, tendo em vista seu sentimento de penetração da intimidade. Pertinentemente, o direito racionaliza o caso concreta dando segurança jurídica nesta celeuma. A diferenciação entre dados genéricos e dados sensíveis assiste à operação e manutenção de dados pessoais por parte do administrador, neste caso, uma universidade que se relaciona com seus alunos, caso que pode ser visto de forma análoga em relação à uma empresa que opera dados de seus empregados. O conflito com o consentimento, dignidade ou privacidade do empregado deve ser bem administrado por um sistema de recursos humanos e jurídicos da empresa, de forma que não viole ou lese direito constitucional do titular.

“TRT-SP. DANO MORAL - recurso da Reclamante A instrução revela que a Reclamada praticou atos discriminatórios em razão da religião de seus empregados. Isso fica claro já na entrevista para admissão de empregados, quando se pergunta qual a religião do candidato, como ficou claro nos depoimentos das duas testemunhas da Reclamante. Note-se que tal indagação já indica a intenção de rejeitar o crente de alguma religião e o fato de se contratarem pessoas de religiões diferentes não quer dizer que alguma em especial não seja motivo

para a recusa. Não cabe ao empregador fazer tais perguntas, que no fundo violam garantias do cidadão. A situação se agrava quando se vê que, o gerente da filial, o Sr. Valmir, declarou à testemunha que: “reclamante era “uma cobra”; que o Sr..José Valmir dizia ainda que a religião da reclamante era “coisa do demônio”. Tais condutas não são permitidas pelo Direito, tornam o empregado alvo de segregação e preconceito. Entendo que houve um grave dano moral e dada a característica da conduta, com a violação do direito à liberdade de crença (art. 5º inciso VI da CF), é devida uma indenização que arbitro em R\$100.000,00 e determino a expedição de ofícios ao Ministério Público ante os fatos que em tese configuram crime contra sentimento religioso. Reformo. Consequentemente, DOU PROVIMENTO mais amplo ao recurso da reclamante para acrescentar à condenação indenização por danos morais, arbitrados em R\$100.000,00 e determino a expedição de ofícios ao Ministério Público para apuração dos fatos que em tese configuram crime contra o sentimento religioso. O valor da condenação fica aumentado para R\$130.000,00 e das custas processuais para R\$2.600,00. JOMAR LUZ DE VASSIMON FREITAS REVISOR NÚMERO DO ACÓRDÃO 20110259194. 01/03/2011.

Nesse caso, por exemplo, o litigado foi condenado por danos morais em razão da discriminação religiosa em desfavor do litigante. Embora ainda não respaldado pela Lei Geral de Proteção de Dados, coube dano moral ao autor, uma vez que tratava-se da liberdade de crença; em situações atuais e semelhantes, tal ação da parte promovida teria infringindo a Lei 13.709/2018, por ofender o dado pessoal sensível de convicção religiosa previsto

no Art. 5º, inciso II da mesma lei, enquanto a sanção seria baseada no Capítulo VIII (Da fiscalização), Seção I (Das Sanções Administrativas). Da mesma forma, temos que,

DOCUMENTO: Acórdão do Processo RO - 0012080-22.2017.5.18.0083

PROCESSO: RO - 0012080-22.2017.5.18.0083 || ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO || DECISÃO: 30/04/2019

RELATOR(A): MARIO SERGIO BOTTAZZO

DISPENSA POR MOTIVO DE DOENÇA. DISCRIMINAÇÃO. É presumivelmente discriminatória a despedida de empregado “portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito”, como dispõe a SUM-443 do TST, e também aquela promovida logo após o retorno do empregado afastado por razões médicas. (TRT18, RO - 0012080-22.2017.5.18.0083, Rel. MÁRIO SERGIO BOTTAZZO, TRIBUNAL PLENO, 30/04/2019)

A utilização de dados sensíveis relativos à saúde do titular só é permitida nos casos em que tal uso se dá em benefício do proprietário e com o seu consentimento, segundo o novo diploma legal. No caso explicitado, vê-se que mesmo antes de iniciar a vigência da lei 13.709/2018, a jurisprudência sabiamente têm protegido o uso dos dados sensíveis para fins discriminatórios, sanando o interesse unicamente do empregador. Vale destacar que implicando em dano moral ao proponente da ação, é entendimento do tribunal que a configuração da prova é relativizada à vítima,

DOCUMENTO: Acórdão do Processo RO - 0010036-42.2018.5.18.0003

PROCESSO: RO - 0010036-42.2018.5.18.0003 || ÓRGÃO
JULGADOR: TRIBUNAL PLENO || DECISÃO: 07/03/2019

RELATOR(A): EUGENIO JOSE CESARIO ROSA

DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. PROVA. O dano moral em trabalho atinge fundamentalmente bens incorpóreos, como a imagem, a honra, a privacidade, a intimidade, a autoestima. De conseguinte, a desnecessidade da vítima provar a efetiva existência da lesão, bastando a presteza em comprovar o fato lesivo ao patrimônio moral. A prova do fato gerador do dano moral, o ato ilícito, no entanto, deve ser robusta. No caso, como não restou demonstrada alegada dispensa por motivação política, suposto ato ilícito que poderia dar ensejo à reparação, não prosperando, portanto, a pretensão recursal. (TRT18, RO - 0010036-42.2018.5.18.0003, Rel. EUGENIO JOSE CESARIO ROSA, TRIBUNAL PLENO, 07/03/2019)

Concebe-se, a partir das ementas e julgados expostos, que os tribunais vêm protegendo o indivíduo contra as mais diversas violações direcionadas aos de seus dados pessoais sensíveis, com base no direito constitucional à privacidade e igualdade, vedando-se atos discriminatórios de cunho pessoal. Mesmo sem um aparato legal específico que trata do tema, o ordenamento jurídico brasileiro desenvolveu entendimento de proteção ao bem tutelado que coaduna com a perspectiva que a Lei 13.709/18 pretende desenvolver.

Não obstante, a lesão de direito privados pelo seu uso inadequado pode macular a formação dos banco de dados das empresas na fase pré-contratual. Para DELGADO (2017, p. 730), a dinâmica da seleção e da contratação trabalhistas: podem incidir temas relativos a discriminação; abuso de prerrogativas empre-

sariais (abuso do direito); a ofensas morais e à imagem. A Lei 9.029, de 13 de abril de 1995 já discorria acerca da aferição de dados e práticas discriminatórias na fase pré-contratual que poderiam lesar a admissão do empregado. No Art. 1º do diploma é estabelecido: “É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros.”

Dessa forma, entende-se que a Lei 13.709/2018 serviu para complementar o entendimento anterior que já era aplicado com base em postulados doutrinários e em leis esparsas, garantindo também uma maior segurança jurídica, já que, segundo Silva (1996, p. 24) “a segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito”. Embora não existisse a definição exata de “dados pessoais sensíveis” outros conceitos serviam como base à equidade. O limite era, portanto, definido com base em precedentes jurisdicionais que protegiam a hipossensibilidade do empregado, com respaldo constitucional, jurisprudência essa que sabiamente atuou até que o legislador trouxesse as previsões e definições legais.

4. PROTEÇÃO DE DADOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A luta contra a discriminação figura um dos objetivos fundamentais da Organização Internacional do Trabalho. Os princípios que regem a organização estão estabelecidos na Declaração de Filadélfia, esta que anuncia que “all human beings, irrespective

of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity”. O Brasil ratificou o instrumento de emenda da Constituição da OIT em 13 de abril de 1948, conforme Decreto de Promulgação n. 25.696, de 20 de outubro de 1948, portanto, faz-se mister prezar e cumprir com o estabelecido.

Mesmo que o Brasil esteja submetido à Declaração ainda há um grande volume de demandas trabalhistas buscando reparação pelas mais diversas formas de discriminação, assim como já foi demonstrado no capítulo anterior do presente artigo. Para tanto, fazem-se necessários diversos instrumentos jurídicos para vedar essa prática, um deles é a Lei Geral de Proteção de Dados que define os dados sensíveis e elabora as regras para seu uso, dedicando um capítulo de seu texto legal para o tema. O uso dos dados sensíveis recebem restrições por tratarem de informações íntimas que contém caráter social e estão sujeitos a discriminação quando mal utilizados; esse fenômeno da discriminação, de acordo com Barzotto (2012), não constitui registro atávico no código genético humano, retomando uma visão lombrosiana, mas representa produto da cultura que é passível de regulação pelo direito, dessa forma, faz-se mister prezar pela efetiva aplicação do que foi estabelecido em 1948.

Podemos afirmar que em uma relação empregatícia há diferenças de poderes (SARLET, 2012). De um lado, o empregador utiliza de seu poder diretivo para estabelecer critérios para a seleção de empregados que lhe prestarão serviços; de outro, os empregados que desejam entrar no rol de população economicamente ativa e, por vezes, até de maneira ilegal, sujeitam-se a condições que ferem direitos fundamentais estabelecidos pela

Constituição Federal, tais como a própria privacidade e intimidade, à fim de conseguir uma vaga. A questão em aberto é sobre qual seria o limite para o acesso do primeiro aos dados do segundo, seja de forma direta, ou indireta, utilizando-se de informações coletadas em meios digitais.

A principal precaução está em garantir que o ambiente de trabalho não seja espaço para expressão de preconceitos que são capazes de impedir o acesso de determinadas parcelas sociais ao mercado de trabalho. Os dados sensíveis expostos na Lei 13.709/2018 versam justamente sobre essa população que encontra-se à margem da sociedade, estes que estão em situação de vulnerabilidade por razões de raça, etnia e religião, partindo do princípio da seara trabalhista de não discriminação. Ademais, outros motivos como a opinião política, filiação a sindicato ou a organização filosófica ou política, assim como a seleção por dados referentes à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculados a uma pessoa natural que poderiam influir na escolha do empregado, como dito anteriormente, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 443 que preza pela proteção de pessoas com doenças graves ou HIV no âmbito trabalhista, entretanto, outras parcelas sociais ainda estão sem a devida garantia para acessar de forma igualitária o mercado de trabalho.

Diante do embate sobre a proteção da privacidade do indivíduo e a necessidade do exercício do poder diretivo pelo empregador, uma das formas de garantir a justiça, seria a utilização da teoria da ponderação de Robert Alexy, filósofo alemão, suas teses cooperam à sustentação de valores liberais, como a liberdade e a igualdade de condições e tratamento e democráticos do mundo ocidental. Alexy discorre sobre regras e princípio e utilizaremos deste para buscar estabelecer os limites em relações empregatí-

cias, Ferreira (2010) aponta que, seguindo a teoria do filósofo, em caso de colisão de princípios não é necessária a declaração de invalidade de um deles, uma vez que estes mantêm condição “prima facie”, a solução reside no fato de que, de acordo com determinadas circunstâncias, analisadas no caso concreto, um princípio deve preceder ao outro, ou seja, deve haver uma ponderação entre ambos, ou seja, o juízo de ponderação, intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, que enseja o exercício de um princípio em detrimento de outro de forma que não haja outro meio menos dano para atingir resultado pretendido e que o bônus obtido seja maior que o ônus colateral (Mendes, 2012). Na que-rela relativa ao conflito entre regras, Gilmar Mendes (2012) le-ciona que não é razoável a ponderação, cumprimento gradual, da norma. Isto é, caso ocorra o conflito entre as normas é necessário que se pacifique o problema na esfera da validade, não podendo coexistir no mesmo ordenamento jurídico.

O uso e tratamento de dados pelo empregador pode ser uma ferramenta valiosa nas relações de produção entre funcio-nários e administrador. Porém, em decorrência dessas relações, é pertinente vislumbrar a vulnerabilidade do empregado e o ris-co de abuso de direitos por parte do gerente dos dados. Para Sílvio de Salvo Venosa, o abuso de direito pode ser entendido como o uso de um direito ou faculdade além da razoabilidade permitida pelo Direito e pela Sociedade. Lucidamente, o legis-lador brasileiro desenhou com eficácia os limites e condições pertinentes para o direito do administrador de tratar dados seu conjunto laborativo.

A fim de proteger o indivíduo e entendendo a relevância de dados pessoais em relações de poder, o art.11 da Lei 13.709 diz que,

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

Neste cenário, destaca-se a questão do instituto do consentimento, este que é, por vezes, omissos nas doutrinas e encontra-se em adaptação e reconstrução frente a uma realidade de uma sociedade em rede e de informação. Em breve resumo, o consentimento é a manifestação da escolha individual se por um lado ele revela a autodeterminação, por outro ele figura instrumento de legitimação (RUARO e RODRIGUEZ, 2010). O instituto deve ser utilizado de modo a evitar o “all-exonerating instrument” (BURKERT, 2000), no sentido de neutralizar os direitos fundamentais, por isso o cuidado ao relacionar com mecanismos negociais, tendo em vista que, em matéria de proteção de dados, há estreita relação com elementos do direito da personalidade.

Sendo assim, os dados pessoais sensíveis somente poderiam ser utilizados para classificação em caso de permissão do empregado, com exceção dos casos dispostos em lei. Entretanto, o questionamento se dá justamente nos preconceitos que seriam externados ao decidir por características alheias às atividades que seriam exercidas em uma relação de trabalho, uma vez que tais informações não teriam relevância para a execução de funções demandadas ao funcionário e ao empregado seria garantido o direito à preservar-se, pleiteando a garantia advinda do princípio da não discriminação.

Para tanto, vale recorrer ao pensamento de Axel Honneth, filósofo e sociólogo alemão, este que defende que para uma pessoa alcançar sua integridade e ter certeza de sua dignidade, deve

ser respeitada em três formas distintas de reconhecimento: amor, direito e estima social. Tais esferas trariam as condições para a interação, dentro das quais os seres humanos podem ter certeza de sua dignidade e integridade (BARZOTTO, 2012), esses pontos de partida seriam essenciais ao indivíduo em qualquer âmbito de sua vida. Em uma sociedade em que o capital possui enorme valor, o trabalho recebe categoria de reconhecimento, por ser referência não só econômica, mas psicológica, cultural e simbolicamente dominante, por isso cabe dizer que o reconhecimento do indivíduo deve ser considerado quando o empregador, no uso de seu poder diretivo, estabelece critérios, não deve fazê-lo a bel vontade, mas respeitando o indivíduo que ali se encontra.

Reforça Ferreira (2013) que na relação intersubjetiva entre empregador e empregado existe um conteúdo mínimo que deve ser observado pelo empregador que é a dignidade da pessoa humana, o que podemos equiparar ao reconhecimento exposto por Honneth. Para Ribeiro (2008, p. 37) “o trabalhador, não obstante aceitar sujeitar-se às ordens e instruções de outrem não perde a sua qualidade de ser humano e, em consequência todos os direitos decorrentes dessa qualidade”.

A coleta de dados sensíveis pode se dar de diferentes maneiras tais como entrevistas, questionários, observação. Como já discutido anteriormente, a era tecnológica e da informação produziu e reinventou a maneira de como se administrar e gerir dados. Sobre a recompreensão da era da informação, dita Daniel Bell: “a questão de saber o que constitui a acelerada revolução de nossa época é por demais ampla e vaga. Evidentemente, trata-se de uma questão em parte tecnológica. Mas é também política porque, pela primeira vez, e falando de um modo geral, estamos presenciando a inclusão de vastas massas de povo na sociedade, processo

que envolve a redefinição dos direitos sociais, civis e políticos”. Vislumbra-se essa celeuma entre tecnologia e dados, e acerca da temática relativa ao surgimento de novas técnicas e recursos tecnológicos para coleta de dados, gerais ou sensíveis, impeliram os legisladores à defesa de direitos sociais e civis (privacidade e intimidade) dos titulares do dados, haja visto que o risco de lesão de direito no que concerne a invasão dessas novas tecnologias.

5. CONCLUSÃO

Com a expansão em escala geométrica das novas modalidades de comunicação (KURZWEIL, 2014) e refinamento dos processos seletivos na esfera do trabalho, a manutenção da privacidade e intimidade dos trabalhadores urge de uma atenção legislativa que disponha de razoabilidade no tratamento de seus dados mais sensíveis, que podem gerar constrangimento se lesados, conforme o princípio da inviolabilidade da pessoa humana (MAZZUOLI, 2018). Assim, são necessários novos recursos jurídicos que tutelam o indivíduo vulnerável e o agregam direitos de fonte civil-constitucional.

Paulatinamente nosso ordenamento jurídico tem desenvolvido formas de preencher lacunas no que tange à proteção de dados sensíveis. Numa primeira abordagem, por meio de garantias de direitos constitucionais, vide privacidade e igualdade. Posteriormente, introduziram-se diplomas legais que se delegaram a resolver este conflito jurídico que carecia de especificação legislativa. Assim, a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/18, consolida a ampliação dessa perspectiva acerca da temática de tratamento de dados. Assim, se busca a tutela efetiva desses dados inerentes à personalidade da pessoa, afinal, não basta serem reconhecidos e previstos pelo ordenamento, é preciso que os di-

reitos essenciais e inatos também sejam protegidos e efetivamente garantidos a seus titulares.

Essa matéria é de fundamental importância para a proteção da personalidade do empregado nas relações de trabalho, uma vez que o tratamento inadequado do empregador sobre os dados sensíveis de seu empregado pode ensejar em constrangimento e práticas discriminatórias. Esse abuso de direito do operador, de boa ou má-fé, deve ser regulado de forma que não crie inseguranças jurídicas nas relações trabalhistas, e os lesados de direito são prontamente tutelados pela legislação pátria, de forma que sejam indenizados por danos em seus bens da vida.

Portanto, salienta-se que a definição de “Dado Sensível” marca uma consolidação produzida ao longo do direito brasileiro e influências externas a fim de delimitar quais informações são imprescindíveis para a manutenção da privacidade do indivíduo analisado. Em contraste, ou não, com esse cenário o operador dos dados tem suas prerrogativas bem delimitadas e, agora, ausentes de inconsistências e inseguranças mediante sua responsabilidade civil.

Considerando que o empregador dispõe de certa liberdade concedida por seu poder diretivo para estabelecer critérios para selecionar indivíduos para trabalhar, percebe-se que este está limitado aos direitos do indivíduo em âmbito constitucional, tais como o direito à privacidade e até mesmo direito à dignidade humana. Entretanto, partindo da tese de ponderação de Robert Alexy, a análise casuística faz-se essencial para que não aconteça excessos em cada parte, uma vez que ambas possuem valor para o ordenamento jurídico.

Ademais, percebemos que os tribunais têm preferido a tutela ao empregado, entendendo que este está em condição de

proteger dados sensíveis que não teriam impacto no exercício do trabalho querido. Pode-se argumentar que os tribunais utilizam da presunção de discriminação posta na literatura jurídica para interpretar os casos. Todavia, cabe ressaltar que os julgados analisados são anteriores à vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, uma vez que esta entrará em vigor apenas em 2020, espera-se que a Lei ofereça subsídio às decisões posteriores, que terão o consentimento do indivíduo mais fortalecido e com definições legais mais específicas.

Além disso, consideramos que a Lei 13.709/2018 ainda trazia lacunas sobre os limites do uso de dados sensíveis sem o consentimento do sujeito, mas foi implementada pela Lei 13.853, de 8 de julho de 2019 que especificou certos pontos, principalmente relacionados aos dados sensíveis do âmbito da saúde o que, em nossa compreensão, coopera também às definições de limites na área trabalhista referente ao poder diretivo do empregador.

Diante o exposto, considera-se, por fim, que as técnicas de ponderação seria a maneira mais coerente para lidar com os casos decorrentes do conflito entre a liberdade do empregador, que deve ser protegida, e as garantias do cidadão que busca adentrar a população economicamente ativa, partindo de seu consentimento sobre dados sensíveis que tocam a intimidade. Nesse sentido, deve-se colocar como imprescindível o princípio da não discriminação para que as parcelas sociais minoritárias alcancem posto de igualdade com os demais, para que não interfira na escolha e deixe preconceitos externos em uma esfera que é protegida pelo direito, este que caminha na direção da igualdade entre os cidadãos.

6. REFERÊNCIAS

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-01/pais-registra-em-2018-o-primeiro-saldo-positivo-de-empregos-formais>. Acesso em 13/05/2019 às 15:14.

BARRETO, Auta Rojas. A informação eficaz na empresa. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 20, n. 1, p. 78-81, jan./jun. 1991.

<https://ndmadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/681693978/o-tratamento-de-dados-pessoais-sensíveis-por-empresas>. Acesso em 13/05/2019 às 15:24.

OLIVEIRA, Tassyara Onofre de. Gestão de dados pessoais: uma análise de casos concretos a partir do ordenamento jurídico brasileiro. 2017. 108 f. Dissertação (Mestrado em Gestão de Organizações Aprendentes) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017

<https://www.xerpa.com.br/blog/lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em 13/05/2019 às 15:18.

BARROS, Bruna Mello Correa de; BARROS, Clarissa Teresinha Lovatto; OLIVIERA, Rafael Santos de. O direito à privacidade: uma reflexão acerca do anteprojeto de proteção aos dados pessoais, *Revista Videre*, Dourado, MS, v. 9, n. 17, p. 15-18, 2017.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 96-102, jul./dez. 2011.

SARDETO, Patricia Eliane da Rosa. Tratamento Informatizado de Dados Pessoais e o Direito à Privacidade. 2004. 13 f. Dissertação - Universidade Federal de Santa Catarina, SC, 2004.

<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/05/25/O-que-diz-a-nova-lei-de-prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-da-Europa.-E-o-efeito-no-Brasil>. Acesso em: 15/05/2019 às 19:41.

<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/05/25/O-que-diz-a-nova-lei-de-prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-da-Europa.-E-o-efeito-no-Brasil>. Acesso em:15/05/2019 às 20:03.

<http://www.lecnews.com.br/blog/protecao-de-dados-pessoais-privacy-by-design-e-compliance/>. Acesso em: 15/05/2019 às 20:15.

<https://www.consumidormoderno.com.br/2018/08/31/gdpr-e-o-surgimento-do-privacy-for-design/>. Acesso em: 15/05/2019 às 20:16.

CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Fundação Calouste Gulbenkian. Serviço de Educação e Bolsas, p. 294-303, 2011.

<https://jus.com.br/artigos/48588/fontes-do-direito>. Acesso em: 16/06/2019 às 21:56.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. Ciência da informação, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, 2000.

- JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada. Ed. Revista dos tribunais, p. 254, 2000.

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, vol.2; p. 63, 1989.

- CHAVES, C, F, O. A luta contra o terrorismo e a proteção de dados pessoais: análise crítica de um precedente do tribunal constitucional alemão. Direitos fundamentais & justiça , v. 12, p. 284-293, 2010.

<https://revistas.ufpr.br/atoz/article/view/41320/25260>. Acesso em 14/ 06/ 2019 às 15:45.

<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/506/687>. Acesso em 14/ 06/ 2019 às 15:48.

<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30768/19876>. Acesso em 14/ 06/ 2019 às 15:57.

<https://193.136.37.16/bitstream/10216/18699/2/49726.pdf>. Acesso em 14/ 06/ 2019 às 16:07.

GERMAN, Christiano. O caminho do brasil rumo à era da informação. São Paulo: Konrad-Adenauer, p. 16, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de Direito do Trabalho, 18a . ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 32. Ed. São Paulo: Ltr, p. 142, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho, 34. ed. São Paulo: LTr, p. 225, 2009.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; JESUS, Inês Oliviera Andrade de. O lugar do conceito de privacidade numa sociedade cada vez mais orwelliana. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 43, p. 141-157. jul/dez 2013.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 52-71, jul./set, 2010.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. Proteção de dados pessoais - internacional e brasileiro.

MORAES, Patrícia Pires de. O direito à intimidade do empregado no meio ambiente de trabalho. v.2, n.2, 2006.

BRUGINSKI, Márcia Kazenoh. Discriminação no trabalho: Práticas de discriminação no trabalho e mecanismos de combate. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 4, n. 23-33, jul. 2015.

COSTA, Andréa Dourado. GOMES, Ana Virginia Moreira. Discriminação Nas Relações De Trabalho Em Virtude Da Coleta De Dados Sensíveis. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 214-236, jul. 2017.

<https://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2018/08/como-o-uso-de-dados-de-funcionarios-pelas-empresas-esta-mudando-o-mercado-de-trabalho.html>. Acesso em 17/06/2019 às 19:25.

FROÉS, Teresinha. Sociedade da Informação, Sociedade do Conhecimento, Sociedade da Aprendizagem: Implicações Ético-Políticas no Limiar do Século. In: LUBISCO, N. BRANDAO, L. (Org). *Informações e Informática*. Salvador: EDUFBA, 2000.

ALMADA, Leonardo Ferreira; MORAES, João Antonio de. Uma Análise Filosófica sobre o Problema da Privacidade Informacional e suas Implicações Legais. *Perspectivas em Ciências Tecnológicas*, p. 9-33, v. 4, n. 4, maio, 2015.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Trabalho e Igualdade: Tipos de Discriminação no Ambiente de Trabalho. Livraria do Advogado Editora. Escola Judicial do TRT da 4ª R, 2012.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. Direito, Estado e Sociedade, n.3, jan/jun, p.178-199. 2010.

BURKERT, Herbert. Privacy-Data Protection - A German/European Perspective. In: Governance of Global Networks in the light of differing local values. Christoph Engel; Kenneth Keller (Ed) Baden-Baden: Nomos, p.61-61, 2000.

RIBEIRO, Lélia. A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante: um estudo sobre o limite do poder de controle do empregador na atividade laboral e o respeito à dignidade e intimidade do trabalhador. São Paulo: LTr, 2008.

<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/o-que-voce-precisa-saber-sobre-como-seus-dados-pessoais-sao-coletados-e-quem-os-utiliza.html>. Acesso em 10/07/2019 às 19:44.

O MOVIMENTO ESCOLA SEM PARTIDO E OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DO PL 193/2016 E SUAS POSSÍVEIS ANTINOMIAS COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Gabriel Braga Ribeiro Baleeiro¹

Rosana de Paula Lucas²

Thauana Thayná Araújo de Melo³

RESUMO

Este artigo apresenta os fundamentos e a trajetória do Movimento Escola Sem Partido (MESP), assim como a dos projetos de lei que o representam a nível legislativo. Além disso, o artigo se baseia na comparação entre as diretrizes do MESP e os princípios da Constituição de 1988 e até que ponto os projetos de lei do movimento são uma afronta aos direitos fundamentais nacional e internacionalmente previstos. O artigo também utiliza como fundamento de análise o Projeto de Lei 193 de 2016, pontuando os quesitos em que o projeto segue as normas constitucionais e os pontos em que ele infringe a Carta Magna. Por fim, no último tópico, trataremos dos tipos de antinomia que envolvem a análise, segundo a Constituição, do PL de 2016, pontuando as restrições aos direitos fundamentais duramente conquistados na História do Brasil.

1 Estudante do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás. E-mail: gabriel-brb10@gmail.com

2 Estudante do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás. E-mail: rosana.rpl@hotmail.com

3 Estudante do Curso de Direito da Universidade Federal de Goiás. E-mail:araujo-12melo@hotmail.com

Palavras-chave: Escola Sem Partido; Constituição Brasileira; Antinomias; Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This article presents the fundamentals and the course of the Non-partisan School Movement (Movimento Escola Sem Partido - MESP), as well as the bills that represent it at the legislative level. In addition to this, the article is based on the comparison between the MESP guidelines and the principles of the 1988 Brazilian Constitution and to what extent the bills of the movement can violate the fundamental rights provided nationally and internationally. The article also uses as basis of analysis the 2016 Bill of Law 193, indicating the questions in which the project follows the constitutional norms and the points that it violates the Constitution. Finally, in the last topic, we will deal with the types of antinomy that involve the analysis, according to the Constitution, of the 2016 Bill of Law, indicating the restrictions to hard-won fundamental rights in the Brazilian History.

Keywords: Non-partisan School; Brazilian Constitution; Antinomies; Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

O atual cenário político brasileiro tem gerado diversas polêmicas devido ao conteúdo extremista, antipluralista e impositivos de censura. O ambiente educativo sempre é alvo das consequências política e nele são refletidas as questões culturais, de investimento educacional e, principalmente, das ideologias governantes em cada época. É nesse seio que nasceu o MESP, Movimento Escola Sem Partido, cujo objetivo, assim aponta seus defensores, “é informar e conscientizar os estudantes sobre os direitos que correspondem àqueles deveres [do professor], a fim de que eles mesmos possam exercer a defesa desses direitos,

já que dentro das salas de aula ninguém mais poderá fazer isso por eles”⁴.

Vários projetos de lei a nível federal, estadual e municipal têm surgido na tentativa de levar o Movimento Escola Sem Partido para o cotidiano escolar. Os defensores dos projetos de lei alegam que o Movimento está em consonância com os princípios basilares da prática pedagógica, incluindo questões como neutralidade do Estado, pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, assegurando o direito dos pais sobre a educação religiosa e moral dos filhos e o direito dos estudantes de serem informados dos próprios direitos. Outro ponto levantado pelo movimento é a tentativa de garantir que o Poder Público não se imiscuirá nas questões de amadurecimento sexual e de gênero dos alunos. Quanto ao exercício da função docente, os documentos elencam certos deveres ao professor, como não promover suas opiniões ou preferências ideológicas em sala de aula, não incitar os alunos a participar de manifestações e apresentar o conteúdo de forma justa.

É inegável que os estudantes são detentores legítimos daqueles direitos defendidos pelo Movimento Escola Sem Partido, são direitos fundamentais inerentes a qualquer pessoa. Pelo fato de a sala de aula ser um ambiente democrático, esses direitos tendem a ser respeitados, pois são assegurados pela Carta Magna de 1988. Quanto aos deveres do professor, os idealizadores do projeto também não parecem estar completamente integrados à prática docente na sala de aula, visto que, a função educativa é, como afirmava Paulo Freire, um ato político, sob perspectivas éticas e democráticas. O cerne a atividade educacional é fornecer o pensamento libertador. Parte do conteúdo curricular da escola

4 <https://www.programaescolasempartido.org/pl-federal>

que promove essa pedagogia dinâmica, que rompe com o modelo bancário e tecnicista, está no ensino da Filosofia, da Sociologia e da História, cuja importância é execrada pelos mesmos simpatizantes do projeto em seus discursos. Portanto, o pretexto da doutrinação que reside em toda justificativa do projeto escola sem partido cai por terra. O que nos parece é que o referido programa tem intenção obscura de causar desconforto na relação entre professor e aluno em sala de aula, de evitar que os estudantes desenvolvam o pensamento crítico e de manipular fatos históricos, políticos e sociais conforme a ideologia política dominante, sob um aspecto de uma neutralidade inexistente.

Um projeto de lei que ganhou destaque na mídia e no Congresso Nacional foi o PL 193/2016, elaborado pelo então Senador Magno Malta. O referido PL tem como objetivo incluir princípios norteados pelo Movimento Escola Sem Partido na Lei de Diretrizes e Bases, a LDB, (Lei nº 9.394/1996), tais como a neutralidade pedagógica e a não intervenção escolar em assuntos de cunho moral, religioso e sexual alegando o risco desses assuntos contradizerem as crenças dos pais. É importante ressaltar que a LDB fundamentou os princípios norteadores da Educação brasileira na própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 206. Esses princípios constitucionais são a “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (inciso II); e o “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino” (inciso III).

Os direitos fundamentais representam uma conquista da redemocratização e da reafirmação das políticas cidadãs e humanitárias conquistadas ao longo da história. No entanto, é constante a tentativa de violação dos direitos constitucionais em favor da

ideologia, fazendo uma referência ao conceito de Marx (in PEREIRA, p. 310, 2016) sobre ideologia:

Toda nova classe que toma o lugar de outra que dominava anteriormente é obrigada, para atingir seus fins, a apresentar seu interesse como o interesse comum de todos os membros da sociedade, quer dizer, expresso de forma ideal: é obrigada a dar às suas ideias a forma da universalidade, a apresentá-las como as únicas racionais, universalmente válidas.

A polarização política, o discurso de ódio e o desejo por não intervenção do Poder Público no ambiente escolar são uns dos fatores que deram origem a um projeto de lei que visa a censurar os professores em sala de aula com o pretexto de que os profissionais estão doutrinando e cooptando os estudantes, o que não condiz com a realidade do cotidiano escolar.

Segundo o Movimento Escola Sem Partido, os profissionais da educação tendem a implantar a ideologia política de esquerda em sala de aula, bem como influenciar os jovens quanto à questão sexual e de gênero. Os projetos de lei elaborados nesse sentido clamam pela omissão dos professores frente a esses assuntos e pela suposta garantia das liberdades e das garantias individuais dos alunos, mas que ao serem omitidos ao conhecimento dos alunos, estes ficarão inertes frente aos problemas sociais, realizando o sonho das classes dominantes, a total alienação do indivíduo e o foco no “individualismo narcisista” (VIEIRA; STENGEL, 2012).

Diante do exposto, o PL 193/2016 parece apresentar certas antinomias em relação à LDB e, automaticamente, à Constituição Federal. Portanto, este trabalho foi realizado com o objetivo de

compreender as possíveis violações de direitos fundamentais aludidas pelo referido PL à luz das teorias das antinomias do ordenamento jurídico. Para atingir esse objetivo, faremos uma análise profunda a respeito do Movimento Escola Sem Partido e dos projetos de lei elaborados nessa seara, com ênfase no PL 193/2016, bem como um estudo acerca dos princípios constitucionais garantidos e violados pelo referido PL, com foco no direito à liberdade, e por último, mas não menos importante, realizaremos um estudo sobre as possíveis antinomias entre o PL e a Constituição Federal na tentativa de encontrar soluções para o saneamento de normas conflitantes.

Com relação à metodologia, será utilizado o método dialético argumentativo. Esse método consiste em reconhecer a dinâmica dos fenômenos que ocorrem na sociedade. Assim, ao falarmos de perdas e conquistas de direitos estamos também nos referindo aos fatos históricos e políticos que os acompanham. A pesquisa bibliográfica será apoiada pelos métodos histórico e comparativo. O referencial teórico a ser utilizado consiste nos ensinamentos de Direito Constitucional de Virgílio Afonso da Silva (2011), José Afonso da Silva (2014), bem como na teoria das antinomias entre regras de Bobbio (1995), na teoria das antinomias entre princípios de Alexy (2008) e na teoria das antinomias entre regras e princípios de Silva (2011). Este trabalho também se apoiará nos dispositivos da Constituição Brasileira de 1988 e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), além de consultas e exemplos dos projetos de lei do Movimento Escola Sem Partido.

Espera-se, como fruto deste trabalho, uma reflexão acerca dos direitos que respaldam o trabalho pedagógico, as relações saudáveis em sala de aula, a liberdade de expressão e outras ga-

rantias que asseguram a atividade do professor e do aluno enquanto sujeitos de direitos e cidadãos.

2 As raízes do Movimento Escola Sem Partido

O Movimento Escola sem Partido foi criado em 2004 no Brasil e divulgado em todo o país pelo advogado Miguel Nagib, com intuito de combater a doutrinação ideológica em sala de aula. A ideia tem inspirado vários projetos de leis em Municípios, Estados e no Congresso Nacional desde 2014, ganhando maior notoriedade em 2015.

As propostas do Movimento Escola Sem Partido consistem em: estabelecer, o direito dos pais sobre a Educação religiosa e moral dos seus filhos; exigir a não intervenção da escola no processo de amadurecimento sexual dos alunos e nem tentativa de converter os alunos em questões de gênero; proibir técnicas de manipulação psicológica destinadas a obter a adesão dos alunos a determinada causa; estabelecer seis deveres do professor para não se aproveitar da audiência cativa dos estudantes em temas relacionados à política, religião e moral, e apresentar de forma justa questões políticas, socioculturais e econômicas; assegurar aos estudantes o direito de gravar aulas como instrumento de denúncia das práticas consideradas abusivas segundo o movimento; vedar aos grêmios estudantis a promoção de atividade político-partidária; entre outras.

Esses ideais do Movimento Escola Sem Partido foram ganhando, cada vez mais adesão ao passo que a ideologia política de extrema direita foi ganhando mais vozes na sociedade. O ambiente educacional não passa ileso a essa onda conservadora e as propostas do movimento vão tentando, aos poucos, modelar o sistema educacional. Se remontarmos à época do período da

Nova República, encontraremos um sistema educacional brasileiro totalmente elitista, sem acesso à massa social. Mais tarde, como lembra Siquelli (2016, p. 144), em 1932 a educação assume “a formação de mão-de-obra com o Movimento da Escola Nova, em seguida no período de ditadura civil-militar a efetivação da escola técnica para atender o projeto de sociedade capitalista e de consumo”. A partir da redemocratização do Brasil, como forma de superar as experiências falhas da educação e como um meio de alinhá-la à Constituição Cidadã, é que foi consagrada no texto da nossa Carta Magna a garantia de um sistema educacional inclusivo, acessível a diferentes camadas sociais, pluralista e emancipatório. É nesse bojo que a Lei de Diretrizes e Bases, a Lei nº 9.394/1996, elencou os princípios norteadores da educação brasileira, com base no art. 206 da Constituição Federal e nos direitos fundamentais constitucionais.

No ano de 2014 foi criado o PL 867/2014 proposto por Carlos Bolsonaro na Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro na tentativa de instituir o Programa Escola Sem Partido na rede de ensino desse município. Ainda no ano de 2014 o deputado baiano Erivelton Santana, também do Partido Social Cristão, apresentou o PL 180/2014 com o intuito de inserir no art. 3º da LDB a vedação ao ensino transversal de temas como a educação sexual, a religião e as drogas, para não prejudicar a crença dos alunos e de seus pais. Em 2015 surge outro projeto de lei que ganhou destaque, o PL 867/2015, também chamado de “Lei da Mordaza”, proposto pelo deputado Izalci Lucas, do Partido da Social Democracia Brasileira do DF. Esse projeto também visava a alterações na LDB com a tentativa de inserir cláusulas do movimento Escola Sem Partido. Não obstante, o deputado Rogério Marinho, do PSDB-RN, propôs o PL 1.411/2015 que não só tinha o objetivo

de modificar a LDB, mas também o Código Penal, tipificando as condutas dos docentes consideradas doutrinadoras com sanção de três meses a um ano de detenção mais multa.

Em 2016 um projeto que ganhou os holofotes foi o PL 193/2016 apresentado pelo Senador Magno Malta, do Partido da República, atual Partido Liberal. Esse projeto será usado como objeto de estudo e de comparação neste trabalho acadêmico devido à quantidade e à variedade de cláusulas propostas pelo Senador. Assim como em outros projetos de lei, o PL 193/2016 tem como objetivo modificar o art. 3º da LDB, acrescentando um rol de princípios baseados na neutralidade dos docentes, na liberdade dos alunos, no direito dos pais de que a educação formal dos filhos corresponda com suas crenças e na não interferência do Poder Público na orientação sexual dos alunos. Uma das cláusulas do PL 193/2016 exige que sejam fixados nas paredes de cada sala de aula de todas as escolas brasileiras os direitos e os deveres dos professores. Ao que consta na justificativa do PL, o Senador entende que “é necessário e urgente adotar medidas eficazes para prevenir a prática da doutrinação política e ideológica nas escolas, e a usurpação do direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”. Segundo o Senador, os professores violam constantemente o direito dos alunos por meio da doutrinação e do abuso da liberdade de ensinar.

O PL 193/2016 agregou mais simpatizantes à causa do movimento Escola Sem Partido devido à grande repercussão que o projeto atingiu. Mas no ano seguinte foi emitido um relatório recomendando a sua rejeição. Foi então que, em 2017, o senador Magno Malta, autor do projeto, arquivou a proposta. Mesmo após seu arquivamento, congressistas de orientação mais conservadora

planejam reativar a proposta, principalmente na composição atual do Congresso Nacional com uma forte base de conservadores e neoliberais.

Não foram apenas os projetos de lei aqui mencionados que foram desenvolvidos no âmbito do Escola Sem Partido. Vários outros projetos, liderados principalmente pelas bancadas evangélicas do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais, tiveram, em menor grau, certa repercussão ao tentar se consagrar como lei. Quase 60 projetos de lei foram apresentados em todo o país sob a influência do Movimento. Não obstante, aproveitando a nova configuração do Legislativo após as eleições de 2018, novos projetos de lei baseados no Escola Sem Partido vem surgindo. Nesse sentido, a deputada carioca Bia Kicis, do Partido Social Liberal, apresentou o PL 246/2019 como uma versão mais completa e mais atualizada do PL 193/2016, mas com os mesmos ideais de vedação da suposta doutrinação pelos docentes.

Toda essa agitação do Movimento Escola Sem Partido tem gerado polêmica acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos projetos de lei propostos. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, com decisão liderada pelo Desembargador Sérgio Fernandes Martins, declarou a constitucionalidade de lei que aprovou o Escola Sem Partido no município de Bela Vista, Mato Grosso do Sul, alegando que o documento assegura direitos fundamentais aos alunos e aos pais. O entendimento dos que defendem o Movimento Escola Sem Partido é de que os alunos constituem a parte mais fraca em relação aos professores no cotidiano escolar. Os professores, por seu turno, se aproveitam da audiência passiva dos alunos para doutriná-los, ou seja, para disseminar seus ideários

político-partidários e, até mesmo, “subvertê-los” nas questões religiosas, sexuais e de gênero.

Por outro lado, grandes grupos de juristas, políticos e intelectuais consideram o Movimento Escola Sem Partido e os projetos de lei provenientes dele como sendo inconstitucionais. Nesse sentido, destaca-se a aprovação do Programa Escola Livre, baseado nos preceitos conservadores vistos acima, pela Assembleia Legislativa do estado de Alagoas em novembro de 2015. A nova lei foi vetada pelo governador Renan Filho (MDB), com a alegação de inconstitucionalidade por não respeitar o âmbito federal das diretrizes básicas da educação. O veto do governador foi derubado e os deputados chegaram a instituir a Lei n.º 7.800/2016 em Alagoas. Ainda assim, o STF declarou a lei inconstitucional por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Analisando essas propostas e os documentos disponibilizados pela campanha, o Conselho Nacional de Direitos Humanos emitiu uma resolução em que repudiou todas as iniciativas do Escola sem Partido. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos tratou os projetos de lei promovidos pelo movimento como ameaça aos direitos humanos fundamentais. Vários desses projetos foram questionados devido à sua inconstitucionalidade pela Advocacia-Geral da União e pelo Ministério Público Federal, que emitiu, em 2016, uma Nota Técnica repudiando o PL 867/2014, que se assemelha bastante com o PL 193/2016. De acordo com a Nota Técnica do MPF

[...] o espaço público, o espaço da cidadania, onde se colocam e se defendem os projetos coletivos, tem que, normativamente, assegurar o livre mercado de ideias. E a escola, ao possibilitar a cada qual o pleno desenvolvimento de suas capacidades e ao preparar para o

exercício da cidadania, tem que estar necessariamente comprometida com todo o tipo de pluralismo.

A guerra ideológica formada entre os ativistas a favor e contra o Programa Escola Sem Partido orbita em torno de questões que restringem a atividade docente no tocante à política, à religião e à sexualidade dos alunos. O movimento advoga por uma neutralidade difícil de ser estabelecida no exercício pedagógico, pois, como ensina Siquelli,

o conhecimento não é neutro, o que significa que as práticas pedagógicas em educação escolar também não são, mas essa afirmação não consiste em afirmar que os professores dogmatizam seus alunos. A não neutralidade e o agir ético de responsabilidade docente diante da formação escolar (SIQUELLI, 2016, p. 150).

Os ativistas que se posicionam contra o Programa o acusam de violar direitos constitucionais que garantem a liberdade de cátedra e preceitos de uma educação humanística, pluralista e reflexiva dos cidadãos. Nesse sentido, o próximo tópico pretende fazer uma análise acerca dos direitos mencionados no PL 193/2016.

3 Os direitos fundamentais assegurados ou violados no PL 193/2016

O Movimento Escola Sem Partido nasce com o propósito de assegurar aos pais e os alunos uma educação isenta de uma suposta doutrinação pedagógica e a garantia da livre expressão da suas crenças e de sua moral advindas do contexto familiar e das instituições religiosas frequentadas por eles. No entanto, o que aparenta existir por trás do Movimento é uma fictícia ideia de garantir esses direitos, defendendo uma suposta liber-

dade de consciência do estudante, que se revela, ao analisar o discurso dos defensores da ideia, um bloqueio, agora institucional, e uma ruptura com os preceitos constitucionais de uma pedagogia ideal.

Assim, vê-se que o pensamento crítico é aceito nas ciências humanas desde meados do século XX, com pensadores de destaque, como: Herbert Marcuse, Theodor Adorno, Max Horkheimer, Walter Benjamin, e Jürgen Habermas. Desse modo, o fundador do site programaescolasempartido.org, o procurador do Estado de São Paulo, Miguel Nagib, claramente ignora toda a importância do pensamento crítico do século XX, considerando todo ele, uma doutrinação marxista. Em suas publicações nas redes sociais, Nagib demonstra desprezo pelas ideias de Paulo Freire (MIGUEL, 2016), o que demonstra claramente a intenção dos idealizadores do movimento de pôr fim ao pensamento crítico.

O Movimento tem travado inúmeras disputas. De um lado, os ativistas pró-Escola Sem Partido elaboram projetos de leis na tentativa de levarem o Movimento para as escolas. De outro lado, os ativistas anti-Escola Sem Partido resistem a essa implementação na defesa de educação crítica, democrática e pluralista. Neste tópico, pretende-se fazer uma análise dos direitos que o PL 193/2016 diz assegurar em contraste com o que a Constituição Federal de 1988 versa sobre eles.

Ao ler o Projeto de Lei 193/2016, muitos não encontram ameaças à democracia e à liberdade de expressão no texto, tanto que alguns juristas e políticos defendiam a legalidade de outros projetos semelhantes, como visto no tópico 2. Porém se analisado compassadamente, é possível encontrar inúmeras contradições em relação a direitos constitucionalmente estabelecidos. Para endossar esse raciocínio, o Alto Comissariado de Direitos Humanos

da Organização das Nações Unidas divulgou um documento que denuncia os efeitos negativos do Programa Escola Sem Partido, focando no Projeto de Lei do Senado 867/2015 e no Projeto de Lei 193/2016. Os relatores da carta utilizaram, entre outras normas, o artigo 19 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o qual o Brasil é signatário, que garante o direito à opinião e à partilha de ideias. Para os relatores da carta, os projetos subestimam a capacidade do educador de ensinar o currículo padrão, colocando a categoria em um patamar menos valorizado do que já é.

Não obstante, a Nota Técnica da Associação dos Juizes para a Democracia (AJD) sobre o Projeto de Lei “Escola Sem Partido” também orienta sobre as inadequações dos direitos defendidos pelo Movimento. A Associação foi fundada em 1991 e é reconhecida nacional e internacionalmente por ONG’s e pela sociedade civil organizada. A AJD listou algumas regras e princípios quebrados com os projetos apresentados, como: os princípios constitucionais e de direitos humanos; a garantia do direito a manifestação do pensamento e liberdade de expressão; a proibição constitucional à censura; o direito fundamental à educação; o princípio da igualdade, conquistado através da emancipação; o princípio da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e o princípio do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas.

Diante do exposto, percebemos que dispositivos previstos no PL 193/2016, ao defender a neutralidade em sala de aula e o silenciamento dos docentes em diversas questões, são, em si mesmos e em relação à Constituição Brasileira, contraditórios. O cerne dos direitos aparentemente resguardados aos alunos e, de certa forma, vedados aos professores não se alinham com os

preceitos do direito às liberdades, consagrado no art. 5º e no art. 206 da nossa Carta Magna.

3.1 O PL 193/2016 em face das liberdades constitucionais

A Constituição Federal de 1988, ao versar sobre princípios fundamentais no art. 5º e os princípios norteadores da educação brasileira no art. 206, tenta abranger várias possibilidades do exercício (quase) irrestrito das liberdades. Nesse sentido, a Constituição assegura a livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV); a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI); a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX); a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II); o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III).

Ao conceituar a liberdade, José Afonso da Silva (2014) afirma que ela é um instrumento de poder e de resistência na busca da felicidade pessoal, estando em harmonia com a consciência e com o interesse de cada indivíduo. “Desse modo, também, na medida em que se desenvolve o conhecimento, se fornecem informações ao povo, mais se amplia a sua liberdade com abrir maiores possibilidades’ de coordenação de meios necessários à expansão da personalidade de cada um” (SILVA, 2014, p. 235). Portanto, limitar o conhecimento e exaltar a ignorância são meios opressores que tolhem a liberdade do indivíduo. A liberdade, segundo Silva, apoiado pelos ensinamentos de Pimenta Bueno, é a regra geral, é o princípio absoluto; suas restrições é exceção e “precisam ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por modo duvidoso, sim formal, positivo; tudo o mais é sofisma” (ibid, p. 238).

O direito à liberdade, nas suas diversas formas, pressupõe a convivência social, de modo que o pensamento, as crenças, as opiniões políticas podem ser exteriorizados e compartilhados. Destarte, “a liberdade de opinião se exterioriza pelo exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento” (SILVA, 2014, p. 245). Não obstante, o art. 220 versa que “a manifestação de pensamento, sob qualquer forma, processo ou veiculação, não sofrerá qualquer restrição [...] vedada qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística”.

O PL 193/2016 contradiz esses dispositivos constitucionais ao exigir uma postura neutra (ou omissa) do docente. Como visto no Tópico 2, a suposta neutralidade é inaplicável no ambiente escolar, sendo este um local de compartilhamento de ideias, opiniões e conhecimentos. O PL autoriza a livre manifestação do pensamento dos alunos, mas viola a liberdade do docente ao restringi-la a esse agente, acusando-o de doutrinação. O PL distorce a realidade do cotidiano escolar e ignora os princípios constitucionais do art. 206, igualmente elencados na LDB, como a pluralidade de ideias e o ensino democrático e emancipador. Nesse sentido, a Nota Técnica do MPF admite que

O PL subverte a atual ordem constitucional, por inúmeras razões: (i) confunde a educação escolar com aquela que é fornecida pelos pais, e, com isso, os espaços público e privado; (ii) impede o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III); (iii) nega a liberdade de cátedra e a possibilidade ampla de aprendizagem (art. 206, II); (iv) contraria o princípio da laicidade do Estado, porque permite, no âmbito da

escola, espaço público na concepção constitucional, a prevalência de visões morais/religiosas particulares. Enfim, e mais grave, o PL está na contramão dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente os de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Diante do exposto e compreendidos os conflitos entre o PL 193/2016 e os dispositivos constitucionais, cabe uma análise das teorias das antinomias com o objetivo de buscar um melhor entendimento das possíveis soluções para esse problema.

4 As teorias das antinomias e as antinomias presentes Projeto de Lei 193/2016 sobre o movimento Escola sem Partido

O ordenamento jurídico é composto por um sistema de normas superiores e inferiores que se relacionam numa atividade orgânica de complementaridade, de coerência. O sistema das normas é uno e advém, segundo Hans Kelsen, de uma norma fundamental que determina a validade de todas as demais normas inseridas no ordenamento. Bobbio (1995), a partir dos ensinamentos de Kelsen, afirma que a norma fundamental é um princípio unificador do ordenamento que postula critérios de validade de todas as normas do sistema sob a perspectiva da coerência e da compatibilidade entre elas.

No entanto, essa relação pode, por vezes, ser conflituosa. A contradição, real ou aparente, entre normas denomina-se antinomia. As antinomias ocorrem quando algum dispositivo, válido e vigente, permite algo que outro proíbe, ou vice versa. Há,

portanto, incoerência e incompatibilidade entre as normas. Surge, assim, um problema desafiador que requer dos juristas interpretação, ponderação e usos adequados de critérios que solucionem esse conflito, pois, segundo Bobbio (1995, p. 81) “o Direito não tolera antinomias”.

A seguir será feita uma breve exposição sobre as colisões entre regras, entre princípios e entre regras e princípios, bem como as possíveis soluções apontadas pelos principais precursores sobre o assunto.

4.1 A antinomia entre regras

É compreendido na doutrina, sobre o conceito de regra, que esta não proporciona abrangência ou flexibilidade tal qual o princípio, como veremos no item 3.2. A regra consiste em uma prescrição legal aplicada a uma situação específica. Alexy (2003, p. 611) endossa que as regras “expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos”.

O tratamento quando se tem um conflito de princípios é diferente do tratamento de conflito entre regras. Em linhas gerais, duas regras contraditórias não podem coexistir. Nesse sentido,

a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o intérprete tende a eliminar. Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas. (BOBBIO, 1995, p. 92)

Ademais, Bobbio estipula os critérios para a solução entre as regras antinômicas: o critério hierárquico, pelo qual a norma superior prevalece em detrimento da norma inferior; o critério cronológico, que admite que uma norma posterior derroge a norma anterior; e o critério da especificidade, pelo qual a norma especial impera sobre a norma geral. As antinomias solucionadas a partir desses critérios, são denominadas antinomias aparentes.

Os critérios apresentados por Bobbio nem sempre são suficientes. Ora haverá a possibilidade da aplicação de dois critérios, simultaneamente; ora nenhum dos critérios satisfarão as antinomias presentes, ficando a solução a cargo da hermenêutica do intérprete (aplicada às antinomias reais). Dadas as várias possibilidades de modalidades e soluções para as antinomias, faz-se necessário analisarmos não só as antinomias entre as regras, mas também as antinomias entre princípios.

4.2 A antinomia entre princípios

De acordo com Alexy, uma norma pode ser um princípio ou uma regra. Para o jurista, princípios são “mandamentos de otimização” que buscam se realizar nas mais diversas realidades fáticas possíveis. Desse modo, Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 610), ao definir as ideias de Alexy, afirma que “princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes”. Em uma comparação mais sucinta, Alexy (2003, p. 619) destaca que “regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*”, ou seja, deveres não estáticos, aplicados com a ponderação necessária do caso concreto.

Portanto, os princípios expressam problemas não somente válidos, mas também valorativos, que suscitam importância e

ponderação. Eles não são ilimitados, se realizam de acordo com a máxima otimização, mas dentro das possibilidades. As regras, por seu turno, suscitam apenas questões de validade e têm caráter definitivo e se aplica estritamente conforme sua prescrição.

Ao contrário das regras, os princípios conflitantes podem coexistir, sem que a prevalência de um implique a exclusão do outro. Alexy afirma que os conflitos entre princípios podem ser solucionados pela ponderação, pelo sopesamento. Com base nisso,

Um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. [...] A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. [...] por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto. (ALEXY, 2008, p. 96)

Alexy não estipulou critérios específicos para a solução do conflito entre princípios antinômicos, mas indicou as máximas da proporcionalidade, que referem-se à adequação, à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito. A adequação significa a aptidão das medidas em atingir a finalidade desejada; a necessidade regula se a medida adotada é a menos gravosa para atingir os fins almejados; e a proporcionalidade em sentido estrito analisa se as vantagens superam as desvantagens. Portanto, o tratamento aos princípios conflitantes não é a adoção de uma medida estática e

única. Diante do caso concreto, um princípio vencedor irá prevalecer, mas não significa que o princípio perdedor será excluído do ordenamento, nem que o princípio vencedor em tal caso sempre irá imperar. O sopesamento como solução entre princípios antinômicos dependerá da situação fática em questão.

4.3 A antinomia entre princípios e regras

Outro posicionamento relevante em relação às antinomias é o de Virgílio Afonso da Silva ao abordar as colisões entre regras e princípios. Silva (2011) propõe que tal colisão também pode ser resolvida no plano da validade, quando o princípio perdedor é derogado do ordenamento jurídico, ou a partir do sopesamento, o qual é o mais relevante para a questão em foco neste trabalho.

A partir do sopesamento entre a regra e o princípio, a regra perde seu caráter definitivo e estático para competir com o princípio. Assim, mesmo uma regra válida e aplicável poderá ser afastada sem, contudo, ser eliminada do ordenamento jurídico para ceder lugar à aplicação de um princípio prevalente. Esse exercício é recorrente quando direitos fundamentais estão em uma possível relação antinômica, o que também pode ser pensado sob o prisma de colisão entre princípios que constituem o núcleo de tais direitos. Em um cenário como esse

não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa

restrição. Essa regra deve, portanto, ser aplicada por subsunção. (SILVA, 2011, p. 52)

A aplicação da regra por subsunção pode enfrentar dois problemas: a (in)constitucionalidade da regra ou o princípio que colide com regra constitucional. No primeiro caso, o juiz, ao fazer o controle de constitucionalidade, determinará se a regra é constitucional e a aplicará por subsunção. O magistrado pode, por outro lado, determinar que a regra é inconstitucional, motivo que fará com que a colisão desapareça, pois haverá derrogação da regra inconstitucional. No segundo caso, há sopesamento entre o princípio em questão e o princípio que dá suporte à regra constitucional. Nesse tocante, o caráter definitivo da regra é mantido e não se faz “uma análise caso a caso, como ocorre nas hipóteses de colisão entre princípios” (SILVA, 2011, p. 55). O que ocorre é a criação de uma regra restritiva, que institui uma exceção.

4.4 As restrições aos direitos fundamentais presentes no PL 193/2016 e suas antinomias com a Constituição Federal

Os direitos fundamentais, em sua maioria, abarcam inúmeras possibilidades jurídicas e fáticas de concretização. O núcleo desses direitos deriva de princípios que buscam tutelar a proteção integral da pessoa humana, bem como garantir a cidadania, a plenitude da convivência social, as diversas formas de liberdade, entre outros. Neste trabalho, analisaremos as possíveis antinomias entre o PL 193/2016 e a Constituição Federal no tocante ao direito fundamental à liberdade de expressão e manifestação de pensamento, a liberdade de cátedra, liberdade de ensinar e aprender.

Antes de começarmos a análise, faz-se necessário identificar a natureza das normas em questão. A Constituição Federal (art. 206) e a Lei de Diretrizes e Bases (art. 3º) instituem um rol de

princípios que norteiam a educação brasileira com base nos direitos fundamentais dispostos no art. 5º da nossa Carta Magna. O PL 193/2016 propõe também, em seu art. 2º, princípios norteadores da educação nacional. A pretensão do Projeto de Lei em questão consiste em reformular o art. 3º da Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9394/1996). Diante do exposto, várias questões são suscitadas: 1) Esses dispositivos podem ser entendidos como regra ou como princípio? 2) Os dispositivos são colidentes? 3) Como resolver as possíveis antinomias entre eles, principalmente em se tratando de direitos fundamentais?

O problema central, ao compararmos as concepções da LDB com as do Projeto de Lei, à luz da Constituição, refere-se à liberdade nas suas mais diversas formas, principalmente quanto à liberdade de expressão e de pensamento. Veremos a seguir uma comparação entre os dispositivos referente à liberdade:

Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9394/96) e Constituição Federal (art. 206)	Projeto de Lei 193/2016
<p>Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:</p> <p>I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;</p> <p>II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;</p> <p>III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas [...];</p> <p>IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;</p>	<p>Art. 2º. A educação nacional atenderá aos seguintes princípios:</p> <p>I - neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado;</p> <p>III - liberdade de aprender e de ensinar;</p> <p>IV - liberdade de consciência e de crença;</p> <p>VII - direito dos pais a que seus filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com as suas próprias convicções.</p>

A liberdade é um direito fundamental previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, inciso IX, o qual prevê que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Com

base nisso, passado o processo de redemocratização e findo o período da ditadura militar no Brasil, cujas marcas na educação foram devidas à censura instaurada no país, a LDB foi muito feliz em consagrar a liberdade, em suas diversas formas, no sistema pedagógico brasileiro. A liberdade, segundo a doutrina constitucional do ordenamento pátrio a define como objeto de

poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade. [...] na medida em que se desenvolve o conhecimento, se fornecem informações ao povo, mais se amplia a sua liberdade com abrir maiores possibilidades' de coordenação de meios necessários à expansão da personalidade de cada um. (SILVA, 2013, p. 235)

Quanto às ideias de liberdade adotada pela LDB, podemos compreendê-las, principalmente, no bojo da liberdade de pensamento e liberdade de expressão. A lei de 1996 tenta, com a perspectiva da máxima otimização, realizar a liberdade no cotidiano fático escolar sabendo das contribuições positivas que ela traz ao processo pedagógico. O PL 193/2016 traz a liberdade em sentido mais estrito. Segundo a Justificativa do próprio PL

Liberdade de ensinar – assegurada pelo art. 206, II, da Constituição Federal [e do art. 3º da LDB] – não se confunde com a liberdade de expressão. Não existe liberdade de expressão no exercício estrito da atividade docente, sob pena de ser anulada a liberdade de cons-

ciência e de crença dos estudantes, que formam, em sala de aula, uma audiência cativa;

Quanto ao PL 193/2016, podemos compreender suas disposições como regras uma vez que elas possuem caráter estrito e específico. Apesar de o legislador utilizar a palavra “princípios” ao elencar as disposições, elas não expressam a “máxima otimização” descrita por Alexy.

Portanto, as possíveis antinomias entre o PL193/2016 e a Constituição Federal, bem como a LDB, não caracteriza conflito entre regras, pois os dispositivos não são compostos por apenas regras. Também não é possível tratá-las como havendo colisão entre princípios a partir da lei de sopesamento defendida por Alexy, uma vez que não se tem apenas princípios nos dois pólos. A análise mais cabível para as antinomias referentes a esses dois documentos é a de Virgílio Afonso da Silva, no tocante à colisão entre regras e princípios. De um lado, a Carta Magna estipula os princípios de caráter *prima facie*; do outro lado, o PL 193/2016 determina as limitações do princípio da liberdade. Isso pode ser esclarecido a partir da amplitude que a Constituição defende e da limitação ou restrição que o PL aborda em suas disposições. Por exemplo, enquanto a Constituição estipula a pluralidade, o PL determina a neutralidade. A liberdade, por sua vez, também não encontra no PL a abrangência tratada pela Constituição.

A dúvida sobre a existência de antinomias vai, aos poucos, dando lugar para a certeza das colisões entre os documentos legais em questão. Ao analisarmos os princípios colidentes, podemos identificar apenas um núcleo, o da liberdade de expressão e de pensamento, com o objetivo de restringi-la a determinados sujeitos. A antinomia, nesse caso, não se refere, por exemplo, à liberdade de expressão e à privacidade, mas unicamente à liber-

dade, que, segundo o PL, deve ser garantida ao aluno e privada ao docente. É um dispositivo que contradiz a si mesmo e desrespeita o princípio da igualdade.

O entendimento de liberdade abordado no PL colide com a ideia de liberdade adotada pela Constituição e pela LDB. O PL 193/2016 propõe o cerceamento da liberdade de expressão e de pensamento do docente. A intenção de se criar o que pode ser chamado de cláusula de exceção à liberdade, limita direito constitucional de determinados sujeitos (os professores, no caso). O argumento por trás da justificativa reside na visão distorcida que se tem do cotidiano pedagógico e nas acusações levianas contra a atividade docente, vista por muitos como doutrinação. Porém, o que se pratica na sala de aula e que é incentivado e garantido pela Constituição e pela LDB é a liberdade das diversas formas de expressão, de alunos e docentes, que contribuem para o desenvolvimento intelectual e social dos envolvidos, pois o homem “não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas ideias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações” (SILVA, 2013, p. 243).

Respondidas as questões suscitadas acima quanto à natureza das normas em questão e se há antinomias entre elas, concluindo que as disposições constitucionais são entendidas como princípios e as do PL são entendidas como regras e as mesmas são colidentes, resta-nos verificar as possíveis soluções para essa antinomia. Como mencionado anteriormente, a teoria de SILVA (2011), sobre os conflitos entre regras e princípios, é a mais adequada para esse caso. É mister ressaltar que as possibilidades apresentadas a seguir são cabíveis se o Projeto de Lei for aprovado, tornando válida suas disposições.

A solução mais adequada para as antinomias entre o PL 193/2016 e a Constituição Federal/1988 reside, principalmente, no sopesamento. Isso é possível se a regra se desnuda do seu caráter definitivo, mas mantendo o seu princípio que a constitui como direito fundamental, para só então competir com o princípio em colisão. O resultado desse exercício hermenêutico é apenas a restrição de um princípio diante do outro. Não se fala, aqui, em derrogação de qualquer um dos dispositivos do ordenamento jurídico. Nesse caso, Silva (2011) explica que a regra deve ser aplicada por subsunção. No entanto, se entendido que a regra a ser aplicada por subsunção é inconstitucional, esta será eliminada do ordenamento e a antinomia será eliminada. Tendo em mente que os princípios não são absolutos e os direitos fundamentais estão sujeitos a restrição, que às vezes pode gerar antinomias, faz-se extremamente necessário que o intérprete esteja munido de vasto conhecimento dos critérios hermenêuticos, seja da aplicação por sopesamento ou subsunção, e da realidade fática. Nesse sentido, Rawls (citado por SILVA 2011), defende que as liberdades fundamentais, mesmo que regulamentadas de maneiras diferentes, não devem ser restritas e devem manter intacto o seu conteúdo essencial a fim de não violar os princípios de justiça.

O PL 193/2016 e vários outros projetos de Lei baseados no movimento Escola Sem Partido já foram questionados devido às suas disposições que podem violar a Constituição Federal e tratados internacionais. Com destaque a alguns casos emblemáticos, podemos citar a

Nota Técnica 01/2016 PFDC do Ministério Público Federal e a Nota Técnica da Associação Juizes pela Democracia que declararam os projetos de Lei nesse âmbito inconstitucionais; e

ainda, um projeto de Lei aprovado no estado de Alagoas, mas declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante de todo o exposto, mesmo que o PL 193/2016 seja aprovado como Lei Ordinária pelo Poder Legislativo, seus dispositivos estão suscetíveis a sucumbir à amplitude que os princípios constitucionais proporcionam no tocante ao pluralismo de ideias nas escolas, ao acesso a uma educação emancipatória e à finalidade social da educação.

5. Conclusão

No ano de 2014, o conservadorismo nos costumes crescia junto ao neoliberalismo e o sentimento contra as esquerdas, sendo nesse cenário a materialização do Programa Escola Sem Partido em forma de projetos de lei. Assim, é possível perceber que há uma grande diferença entre o discurso de quem defende o projeto e os Projetos de Lei, pois enquanto aqueles dizem abertamente sobre ser contra a doutrinação marxista e a “ideologia de gênero”, estes se escondem atrás de um suposto arcabouço legal e independente, supondo-se neutros, mesmo estando entre as principais pautas da “alt-right”. Desse modo, ao observar os posicionamentos de Miguel Nagib, o criador do Movimento, percebe-se que não há neutralidade, muito pelo contrário, vê-se uma defesa das ideias dominantes no Brasil, país de herança machista, escravista e elitista.

Analisando o Projeto de Lei 193 de 2016, não encontramos expressão alguma de defesa de direitos, apenas uma reafirmação de direitos já existentes, mas em detrimento dos direitos dos docentes e da liberdade de expressão. O PL coloca-se numa posição de defesa dos direitos dos discentes, porém ataca tanto os estudantes quanto os educadores, já que busca limitar o pensamento

do estudante ao que ele aprende com sua família e busca também limitar a expressão do professor, que não é constituída por opiniões infundadas e sim por muitos anos de estudo para exercer a profissão, na maioria das vezes.

Em adição a isso, analisamos o Projeto e suas antinomias frente às normas constitucionais. As antinomias são preocupantes, já que a Constituição é o pilar do ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, o ataque às liberdades democráticas presentes na LDB e no artigo 5º da Constituição é veemente, ou seja, o Projeto é por si só uma antinomia. Além disso, fizemos também as distinções entre os tipos de antinomia, utilizando Bobbio, Silva e Alexy como bases teóricas. É importante pontuar que, em matéria de Direito Constitucional, deve-se fazer um sopesamento, que resulta numa análise de antinomia entre princípios se for o caso de uma antinomia entre um princípio e uma regra, pois as regras são derivadas de princípios. Assim, vê-se uma afronta aos direitos adquiridos pós-1988, não sendo possível retroagir a lei em malefício da população, retirando direitos, direito de livre pensamento e livre ensino.

Referências

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. trad: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. 6. Ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*, nº 9.193/96, Brasília/DF, 2016.

. Projeto de Lei nº193/2016. Câmara dos Senadores. Inclui entre as diretrizes e bases da educação o “Programa Escola sem Partido”. Brasília/DF, 2016.

. Nota Técnica do Ministério Público Federal - Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Brasília – DF, 2016.

FREIRE, P. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

MIGUEL, Luís Felipe. Da “doutrinação marxista” à “ideologia de gênero” - Escola Sem Partido e as leis da mordação no parlamento brasileiro. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25163/18213> Acesso em: 17 jun. 2019.

Nota Técnica sobre o Projeto de Lei “Escola sem Partido”. Associação dos Juízes pela Democracia. São Paulo, 2016. <https://www.ajd.org.br/documentos/cidadania/630-54nota- tecnica-sobre-o-projeto-de-lei-escola-sem-partido> Acesso em: 04 de maio de 2019.

PEREIRA, Mozart Silvano. O sentido do conceito de ideologia em Marx e a questão da igualdade jurídica. *Revista InSURgência*, Brasília, 2016.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, V. A. da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. p. 607-630. 2003.

. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2.ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2011.

SIQUELLI, S. A. Da mordação e resistência à formação ética: educar para quê? *Desafios à Democratização da Educação no Brasil Contemporâneo*. Uberlândia, Minas Gerais. 1ª Edição Eletrônica, p. 138 – 158. 2016

VIEIRA, Érico Douglas; STENGEL, Márcia. Individualismo, liberdade e insegurança na Pós- modernidade. *Estudos Contemporâneos da Subjetividade*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.periodicoshumanas.uff.br/ecos/article/view/740/726>. Acesso em: 5 maio 2019.

<https://www.programescolasespartido.org/projeto> Acesso em: 03 de maio de 2019.

TRATAMENTO DE ELETROCHOQUE: VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS OU ALTERNATIVA TERAPÊUTICA?

Allan Bentley
Cynthia Rosa
Tatiely Belém

RESUMO

O eletrochoque é aceito em diversos serviços de saúde mental por ser considerado por um número de autores como inócuo e eficaz. Entretanto, ao examinarmos a produção de conhecimento que levou a estas conclusões, verificamos falhas importante do ponto de vista metodológico, bem como dúvidas quanto à ética das pesquisas que serviram para consolidar estas convicções. A disseminação da ideia de eficácia e inocuidade do procedimento propiciam que o Ministério da Saúde brasileiro proponha a volta de seu uso com financiamento de recursos públicos. Este texto examina como foi produzido conhecimento sobre o eletrochoque que levou à afirmação de seus benefícios terapêuticos e de sua inocuidade, concentrando-se na época de produção mais intensa de pesquisas deste teor, nas décadas de 1980 a 2000. Em vista dos flagrantes vieses característicos nesta produção, consideramos que todo o conhecimento sobre o uso da ECT está comprometido, pois as pesquisas posteriores não visam corrigir os erros cometidos na produção anterior e sim corroborar os achados até então obtidos. Esta conclusão nos leva, ainda, a recomendar que sejam rigorosamente observados os cânones da Lei Federal 10.216/2001 e os princípios da Saúde Coletiva e do SUS, de não delegar a um segmento, a uma corporação, ou a um ator polí-

tico decisões sobre intervenções de qualquer natureza e de caráter intrusivo. E, ainda, respeitar a Constituição Federal de 1988, que estabelece que políticas amplas não podem ser promulgadas, alteradas ou extintas pela ação única de um ator social, mas devem ser amplamente e democraticamente discutidas por toda a sociedade.

Palavras chaves: Eletrochoque. Eletroconvulsoterapia. ECT. Políticas de saúde mental. RAPS. SUS.

ABSTRACT

Several authors point out that electric shock therapy (EST) is efficacious and innocuous and this justifies its use in mental health care services. However, a closer look at how knowledge leading to these affirmations was produced shows methodological and ethical problems in the way studies were conducted, interpreted, and disseminated. Assuming its innocuity and efficacy, the Brazilian Ministry of Health proposed, in 2019, within the scope of a new mental health policy, the return of EST in public mental health services. This article looks at how the knowledge about EST was produced, concentrating on the decades of 1980 to 2000, when many studies were conducted and constituted the framework for the academic discourse on the issue in the years to follow. Considering the biases that characterized such production of knowledge we suggest that the discourse of innocuity and efficacy of EST must be disputed. We need to pay attention to the rights of persons with mental illnesses, established by Federal Law 10.216/2001, to the principles of the National Brazilian Health System (SUS), and of the Federal Constitution of 1988, of wide community participation in decisions about policy affecting the whole Society.

Keywords: Electric shocks. Electric shock therapy. EST. Mental health policy mentalf. Psychosocial care. SUS.

1 INTRODUÇÃO

O tratamento de eletrochoque, medida que era muito utilizada nos históricos regimes totalitários, volta a ter destaque nas discussões após a Nota Técnica nº 11/2019 do Ministério da Saúde que abre inúmeros precedentes para tratamentos terapêuticos de choques. O polêmico ressurgimento do assunto nas pautas médicas e administrativas, provoca o levantamento de inúmeros debates no que tange a violação dos direitos humanos e os possíveis avanços que o tratamento de eletrochoque pode acarretar.

O presente trabalho abordará as relevantes oposições dos direitos humanos frente ao tratamento de eletrochoque no Brasil, bem como os resultados positivos que podem ser - ou já foram - comprovados por análises clínicas concretas.

Este trabalho constitui uma pesquisa bibliográfica com o intuito de adquirir conhecimento acerca de variadas contribuições científicas disponíveis sobre determinado assunto. Essas pesquisas bibliográfica é elaborada a partir de material já divulgado, que são constituído por livros e artigos científicos. Com isso, busca colocar para o pesquisador o contato direto com tudo o que foi escrito, falado ou filmado acerca de determinado tema, propiciando um novo enfoque ou abordagem.

Os meios de consultas utilizados foram artigos originais publicados de variados autores, disponíveis na íntegra, sendo on-line, língua portuguesa e estabelecidos nos bancos de dados pré-definidos, que estejam relacionados a essa temática de estudo.

A partir da análise do presente estudo, a justificativa caracteriza pela análise acerca do uso do eletrochoque, e seu uso pode ser caracterizado como uma violação aos direitos humanos ou uma alternativa terapêutica muito eficaz. Com base nos estudos e dados extraídos de artigos de vários autores importante

para a ciência, percebeu-se o medo e incertezas sobre esse tema, visto que, décadas passada este método do eletrochoque foi utilizado de maneira indevida e indiscriminado pelos hospitais psiquiátricos e não tinha pesquisa afirmado a eficácia do ECT. Mas conforme as pesquisas foram sendo realizadas ao longo dos anos, o medo sobre o eletrochoque está sendo derrubado e as pessoas estão aceitando a ideia dos benefícios que este método possa proporcionar.

2 ELETROCHOQUE

2.1 Contexto histórico

A eletroconvulsoterapia, por conta de sua natureza, tem em seu histórico inúmeros relatos de abuso e várias complicações devido a falta de informação, tornando a medida, segundo a médica farmacologista Dr. Ananya Mandal, um dos tratamentos mais controversos da história da Psiquiatria. Porém, tal método adveio de uma enorme construção científica ao longo dos anos, cujo objetivo principal era a melhoria dos métodos de induzir convulsões para o tratamento de psicoses que, segundo o especialista no assunto, Renato M.E. Sabbatini - neurocientista, PhD em neurofisiologia pela USP - começaram a tomar destaque no início do século XVIII com sequenciais pesquisas de médicos renomados pelo mundo.

O primeiro grande avanço no assunto, que se tem registro, como expõe Sabattini, data de julho de 1917, quando o médico psiquiatra austríaco Wagner-Jauregg utilizou o sangue contaminado de um soldado malárico, para induzir convulsões, em nove pacientes com paresia crônica (perda parcial da motricidade) e obteve o brilhante resultado de recuperação total de quatro deles

e melhora significativa do quadro clínico de outros dois. Ainda de acordo com o neurocientista, com o avanço da pesquisa, Wagner-Jauregg desenvolveu o método “malarioterapia” e aplicou em 275 pacientes sífilíticos que tinham risco de adquirir a paresia, o que resultou no livramento completo de 83% deles de qualquer possibilidade de perda de movimentos decorrentes da doença. O seu avanço enorme para a medicina lhe concedeu o Prêmio Nobel em 1927.

O segundo marco histórico no tratamento em questão foi em 1937, como o pesquisador Alex Riley demonstra em seu trabalho, com o surgimento de investigações médicas baseadas em induções químicas de convulsões. Primeiramente, de acordo com o pesquisador, o choque insulínico foi o primeiro a ser testado, que consistia em aplicar doses extremas de insulina em pacientes para causar hipoglicemia, o que levaria os pacientes em tratamento de esquizofrenia ao coma superficial e a convulsões devido ao déficit de glicose nas células cerebrais, porém, o método logo foi deixado de lado, por se constatar que as melhorias eram superficiais e temporárias. No mesmo período, como demonstram as pesquisas de Alex Riley e também a de Sabbatini, um neurologista estava convencido que as convulsões induzidas por doses de uma substância denominada metrazol eram úteis e muito mais baratas para o tratamento de esquizofrenia, mas logo depois se constatou que elas eram muito perigosas e incontroláveis para serem aplicadas (naquele tempo não havia um antídoto para parar as convulsões, como acontecia com a insulina) e, além disso, os pacientes tinham muito medo da terapia.

Então, em 1937, como exposto por Márcia de Macedo Soares - médica psiquiatra atuante no Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo - um neurologista

italiano chamado Ugo Cerletti passou a utilizar vários equipamentos de eletrochoque para provocar crises epiléticas em cães e outros animais, que tinham crises repetidas de epilepsia, para poder determinar os parâmetros ideais e aperfeiçoar a técnica, para iniciar, depois, uma série de pesquisas de tratamentos de eletrochoques em sujeitos humanos (com esquizofrenia aguda). Após 10 a 20 eletrochoques em dias alternados, como informado pela pesquisa histórica da revista americana *Cérebro e Mente*, a melhora na maioria dos pacientes começou a se tornar evidente. O grande inconveniente dos eletrochoques, na época, era serem feitos sem relaxamento muscular e anestesia. Os doentes se debatiam e fraturavam os ossos. Também vomitavam, engoliam as secreções, contraíam doenças respiratórias e, às vezes, morriam sufocados. O eletrochoque transcraniano, também provocava amnésia retrógrada, ou seja, uma perda de todas as memórias de eventos imediatamente anteriores ao choque, incluindo a sua percepção. Porém, o eletrochoque ainda era mais seguro e mais bem controlado, e menos perigoso para o paciente do que o metrazol.

Aperfeiçoamentos significativos na técnica de eletrochoque foram feitos desde então, como levantado pelo renomado médico oncologista Antônio Drauzio Varella, incluindo o uso de relaxantes musculares sintéticos, a anestesia de pacientes com agentes de curta duração, a pré-oxigenação cerebral, o uso de Eletroencefalografia para monitoração da crise, e melhores dispositivos e formas de onda para administrar o choque transcraniano. Mas, a terapia por eletrochoque foi muitas vezes usada de forma polêmica. Em primeiro lugar, ocorreram muitos casos em que o eletrochoque era usado para subjugar e controlar pacientes em hospitais psiquiátricos (pacientes problemáticos e rebeldes recebiam várias sessões de choque por dia, muitas vezes sem sedação ou imo-

bilização muscular adequadas), como exposto pela pesquisa da repórter Consuelo Dieguez, para a revista *Piauí*. O tratamento, então, ficou associado à violência e ao medo.

Na década de 50, o Hospital Bellevue, em Nova York, como os dados que Dieguez mostram, crianças de menos de 4 anos, diagnosticadas como esquizofrênicas, receberam choques diários para ficarem, como diz um relato da época, “menos excitadas e ansiosas”. Pesquisas posteriores constataram que menos de 30% delas eram de fato esquizofrênicas; a maior parte tinha apenas desordens de comportamento que hoje seriam catalogadas como hiperatividade. Também, Emil Gelny, médico de dois hospitais psiquiátricos na Áustria e membro do Partido Nazista, modificou um aparelho de eletrochoque para uso no programa de eutanásia T4 de doentes mentais e, quando a Segunda Guerra Mundial chegava ao fim, ele acrescentou mais quatro eletrodos a uma máquina de ECT e permitiu que a corrente elétrica fluísse por minutos (e não milissegundos), assim, executou 149 pacientes cujas vidas considerava “inúteis”. E ainda, durante a Guerra Fria, em busca do aperfeiçoamento de técnicas de lavagem cerebral, a CIA financiou as pesquisas de um psiquiatra chamado Donald Cameron, que submeteu seus pacientes a inúmeras sessões de eletrochoque.

Na década de 60, retornando as análises do pesquisador Alex Riley, o uso de choques como instrumento de tortura foi registrado na Hungria, na União Soviética e na Argentina. Então, logo na década dos 70, começaram a surgir importantes movimentos contra a psiquiatria institucionalizada e terapia por eletrochoque foi denunciada pelos partidários dos direitos humanos. Uma exposição desfavorável na imprensa e na TV desembocaram em uma série de processos jurídicos por parte de pacientes envolvidos em abusos da terapia por eletrochoque. Após isso, no final

dos anos 80, era raro acontecer de pacientes irem espontaneamente a um hospital para receber eletrochoques.

2.2 O eletrochoque nas Artes

A ECT, foi objeto, não só em movimentos sociais, como também nas artes, em que rendeu inúmeras representações em livros, filmes, pintura que ajudaram a perpetuar a tenebrosa imagem do procedimento no imaginário da sociedade. O mais famoso libelo de todos foi um romance escrito em 1962 por Ken Casey, baseado em sua experiência pessoal em um hospital psiquiátrico no Oregon que recebeu no Brasil o título de *Um Estranho no Ninho*. No livro *A Redoma de Vidro*, de 1963, a romancista Sylvia Plath conta sua experiência destrutiva com a ECT uma década antes, um relato pessoal e real, extremamente detalhado que rendeu polêmicas e repercutiu em várias mídias da época. Já na década de 1970, Healy e Shorter descreveram no livro *Shock Therapy (Terapia de Choque, em tradução livre)*, a existência de um crescente movimento antipsiquiátrico, encabeçado pela Igreja da Cientologia, que alegava que a ECT “destruía mentes”.

Em uma pesquisa com 24 filmes que abordam o tratamento, os psiquiatras Andrew McDonald, da Universidade de Sydney, e Garry Walter, da Central Coast Health do Norte de Sydney, em Nova Gales do Sul, explicam que as representações sobre o método são geralmente imprecisas e pejorativas. Na maioria dos casos retratados, a técnica é aplicada em pessoas totalmente conscientes e aterrorizadas, sem seu consentimento e, não raro, como castigo pela desobediência. Após os choques, nos longas em questão, os pacientes geralmente passam a dizer coisas incoerentes ou permanecem num estado de apatia. Em 6 dos filmes analisados, segundo os pesquisadores, os pacientes pioram drasticamente ou morrem.

O modo como o assunto é tratado nos filmes, livros e artes, colabora com atitudes negativas do público em geral sobre a ECT. Uma pesquisa de 2012, desenvolvida pelas psicólogas Annette Taylor e Patricia Kowalski, da Universidade de San Diego, com 165 universitários do curso de psicologia (presumidamente mais informados sobre terapias para doença mental), demonstrou que aproximadamente 74% dos participantes concordavam que o procedimento é fisicamente perigoso. Outro estudo de 2006, com 1.737 suíços, coordenado pelo psicólogo Christoph Lauber, na época do Hospital Universitário de Psiquiatria em Zurique, revelou que 57% consideravam a ECT prejudicial; apenas 1,2% apoiava a utilização.

Kitty Dukakis, que se submeteu ao tratamento para combater a depressão e o alcoolismo, é mulher do ex-governador de Massachusetts, Michael Dukakis, ela publicou o livro *Choque, o Poder Curativo da Eletroconvulsoterapia*, em 2006, em que relata sua experiência extremamente positiva com o tratamento. Primeiro, lançou-o na Califórnia, até hoje um dos estados americanos mais refratários ao tratamento. Um capítulo inteiro descreve a maneira como a literatura e o cinema tratam o eletrochoque. Ela sustenta que a ficção fez com que médicos e doentes, aterrorizados, trocassem o eletrochoque pelos medicamentos. Com abordagens preconceituosas, diz Kitty Dukakis, o cinema e a literatura beneficiaram indiretamente os laboratórios farmacêuticos, que enriquecem e aproveitam do terror histórico do tratamento para se firmarem na venda de antidepressivos.

2.3 O tratamento na atualidade

Atualmente, a eletroconvulsoterapia (ECT) é vista com muita frequência como uma ferramenta de tortura cruel, altamente prejudicial ao cérebro e, como relata Moacyr Alexandro Rosa

- pesquisador do Departamento de Psiquiatria da Universidade de Columbia - sem espaço na medicina moderna. Mas ainda é considerada por alguns profissionais, como demonstra a pesquisadora do programa de Esquizofrenia do Hospital de Clínicas de Porto Alegre - Maria Inês Lobato - como o tratamento mais eficaz para um pequeno grupo de doenças mentais. Apesar de ninguém saber realmente como funciona, a pesquisadora afirma que a terapia de choque pode ajudar, em mais de 80% dos casos, a eliminar os piores sintomas da mania, da catatonia (condição mental que deixa os pacientes retraídos, mudos e apáticos) ou da depressão grave, que pode levar ao suicídio.

A imagem de um tratamento cruel, doloroso, lavagem cerebral, que a ECT adquiriu ao longo dos anos, desencoraja seu uso. Não só os hospitais são menos propensos a administrar a ECT, como os pacientes que, segundo médicos, teriam grande chance de se beneficiar da terapia não a consideram nem sequer como uma opção. Como explica Marcelo P. Fleck membro do programa de Pós-Graduação em Psiquiatria da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o suicídio e a depressão estão se tornando as principais causas de morte e incapacitação em todo o mundo, e então, a medicina busca todo o apoio possível.

O interesse pela ECT, assim, está sendo retomado. De acordo com um estudo recente, exposto pelo pesquisador Alex Riley em seu artigo na *BBC future*, um número crescente de pessoas está decidindo se submeter ao tratamento. Entre 2015 e 2016, foram realizadas 22,6 mil sessões de ECT no Reino Unido, um aumento de 11% em relação ao ano anterior. E o procedimento está sendo acompanhado de formas mais seletivas de terapia elétrica, como a Estimulação Cerebral Profunda (DBS, sigla em inglês) e a Estimulação Magnética Transcraniana (TMS, sigla em inglês),

que vêm ganhando popularidade no tratamento da depressão, do Mal de Parkinson e de outros transtornos mentais.

Considerada, por alguns profissionais, como uma alternativa mais eficaz que os comuns medicamentos antidepressivos, o método é frequentemente comparado, segundo Riley, à reinicialização de um computador, em que a “fiação” do cérebro é atualizada. Já por outros, é tomada como um método extremamente invasivo, e que fere inúmeros princípios indisponíveis da Carta de Direitos Humanos.

O embate antagonístico entre esses dois posicionamentos foi, recentemente, colocado em destaque no Brasil, com a nota técnica nº 11/2019 do Ministério da Saúde, que reorientou as diretrizes da Política Nacional de Saúde Mental. Na nota constam a compra de aparelhos de eletroconvulsoterapia para o Sistema Único de Saúde (SUS), internação de crianças em hospitais psiquiátricos e abstinência para o tratamento de pessoas dependentes de álcool e outras drogas. Essa nova postura com relação à saúde, segundo o médico psiquiatra Roberto Tykanori (um dos líderes da Luta Antimanicomial no Brasil), retira o protagonismo da política de redução de danos, adotada há 30 anos no país, após esforços do movimento de sanitaristas e de luta antimanicomial, considerando-a, portanto, “um ato de desrespeito à democracia na sequência do desmonte das instituições civilizatórias que assola o país”.

3 Tratamento de eletrochoque como violação de Direitos humanos

3.1 Criações das Leis:

O começo do século XXI foi muito importante para os defensores da luta antimanicomial, visto que, foi promulgada a Lei

nº 10.216 de 2001, que reestrutura o sistema de assistência em saúde mental e direciona à atenção extra-hospitalar. Essa medida foi muito aclamada pela sociedade que acreditavam em uma população sem manicômios no campo da Saúde Mental. No ano seguinte, foi promulgada uma normativa no Brasil, sobre os direitos humanos, o Decreto nº 678 de 2002, que obriga o cumprimento da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Convenção IDH), tornando-se mais severo a fiscalização de violações desses direitos no território nacional.

Um exemplo disso, é o caso Damião Ximenes no qual o parente da vítima, estava convencido que a morte do paciente foi causada por violência perpetrada pelos funcionários do estabelecimento, este parente comunicou à Comissão IDH de novembro em 22 de novembro de 1999, a qual iniciou um trâmite no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), que culminou no julgamento do caso na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Decorrente desse caso, o Estado brasileiro foi condenado por ter sido considerado responsável pela violação dos direitos consagrados da Convenção IDH. Esse caso se tornou destaque por conta dos precedentes que essa condenação possibilitou nas jurisprudência nacional e internacional. Sendo que, o Brasil pela primeira vez foi condenado por violação de direitos humanos pela Corte IDH.

Além disso, a Lei 10.216/2001 estabeleceu uma aliança entre saúde mental e direitos humanos, expresso no parágrafo que diz sobre “a proteção e os direitos humanos das pessoas portadoras de transtornos mental”, mesmo após a promulgação da lei, os setores da saúde mental e dos direitos humanos, governamentais e não governamentais, dos respectivos Poderes Executivo e Ju-

diciário, nem sempre foram aliados. Esta lei foi consolidada por meio das denúncias sobre as péssimas condições de estadia para os pacientes e trabalho para os profissionais nos “manicômios”.

3.2 A falácia travestida de tratamento

Para a psicóloga Marisa Helena Alves, conselheira do Conselho Nacional de Saúde (CNS), o hospital psiquiátrico é um estabelecimento que produz e mantém as doenças e exclusão, e não cumpre seu papel de tratar seus pacientes como deveria. O eletrochoque compromete a defesa dos direitos humanos. Ademais, para Marisa Helena, o ECT é um falácia, pois na história não mostra dados concretos de sua eficácia, visto que, só apresenta prejuízos e apresenta como um objeto de tortura aos pacientes.

Um ex-funcionário da antiga Colônia Sant’Ana apresentou um depoimento ao site NSC Total, no qual ele afirma que na época que trabalhou no hospital assistiu a duas sessões de eletrochoque e, por meio disso, pode vê a barbaridade cometida através do método que era permitido pela comunidade da saúde, este funcionário relata a violência e brutalidade que o paciente sofria, como urinar e defecar durante as sessões, durante as severas convulsões que o paciente tinha, além disso, afirma que em muitos casos esses pacientes não eram acompanhados por um responsável da saúde.

O eletrochoque inicialmente foi desenvolvido no país com a finalidade punitiva e em quase todos os casos, de forma involuntária. Sua realização foi feita indiscriminadamente e massificada, tendo como finalidade a tortura. Além disso, a apropriação desse procedimento por instituições privadas, financiadas com recursos públicos, deixa margem para o uso irregular, visto que, o Estado não terá um controle adequado sobre estes estabelecimentos.

O posicionamento da ciência em relação às práticas psiquiátricas, esconde o ponto crucial dos diferentes modelos de atenção, sendo um deles a pauta na centralidade do hospital e ambulatório, modelos medicalizantes, ineficiência e historicamente a ligação na violação de direitos humanos.

A Rede de Atenção Psicossocial fica responsável pelas garantias de direito como: o respeito aos direitos humanos, a autonomia, a liberdade e o exercício da cidadania; estabelecimento da equidade, reconhecimento das determinações sociais da saúde; garantia do acesso e da qualidade dos serviços, ofertando cuidado integral e assistência multiprofissional, na perspectiva na lógica interdisciplinar. Podendo ter como ênfase os serviços de base territorial e comunitária, havendo uma diversificação as estratégias de cuidado, tendo a participação e controle social dos usuários e dos familiares do paciente.

3.3 Consequências da Nota Técnica nº 11/2019 do Ministério da Saúde:

O Conselho federal de Psicologia (CEP), manifestou repúdio à nota técnica que foi publicada pelo Ministério da Saúde propondo novas diretrizes de políticas nacionais de saúde mental e de drogas. Sendo que o ponto mais polêmico foi o uso da eletroconvulsoterapia, a ECT. Esse método propõe um estímulo elétrico que gera uma convulsão que constitui o elemento terapêutico.

Em base gerais, o texto propõe a extinção do serviços abertos e de base comunitária, como os Centros de Atendimento Psicossociais (CAPS). Essa nova lei, se divergem da luta antimanicomial, que dura mais de 30 anos, e possui como objetivo combater violações humanas exercidas nos hospitais psiquiátricos.

De acordo com o Ricardo machado no site *Instituto Huma-*

nitás Unisinos, apresenta uma pesquisa na qual a psicóloga Maria de Fátima Bueno Fischer comenta sobre a publicação da nota técnica, na entrevista, concedida por e-mail à IHU On-Line, a pesquisadora critica a possibilidade de ambulatórios de psiquiatria e hospícios tratarem pacientes com sofrimento psíquico e dependentes químicos e faz ressalvas ao uso da eletroconvulsoterapia (ECT) “como oferta de melhor aparato terapêutico como tratamento efetivo” e à ampliação desses recursos no Sistema Único de Saúde – SUS. Segundo ela, o uso de eletroconvulsoterapia “tem indicações para número limitado de usuários, em circunstâncias específicas”, mas “da forma como está proposto, mostra uma priorização a este recurso em detrimento de tantos outros dispositivos terapêuticos de excelência”. Maria de Fátima adverte ainda que “os efeitos colaterais ao voltar a utilizar internações de longa permanência serão agravos à saúde pública, com a forte tendência da institucionalização, a perda dos vínculos sociais, a violação dos direitos humanos, já apontados historicamente nas experiências internacional e nacional”.

O eletroconvulsoterapia (ECT) é um método que possui indicação limitada de usuários, e que sejam para circunstâncias específicas, mas da forma com está proposto pela nota técnica, mostra uma priorização deste recurso em detrimento dos outros dispositivos terapêuticos de excelência. Isso ocasiona numa preocupação tem como será utilizado, por exemplo, nos jovens e crianças, além de configurara um dispositivo altamente invasivo que tem efeitos colaterais irreversíveis. Ademais, a reforma psiquiátrica brasileira não considera a tratamento de eletrochoque e a psicocirurgia como uma opção terapêutica, e a OMS (Organização Mundial da Saúde) indica o uso desse método como o último recurso.

Além disso, expresso na nota técnica fala de uma nova saúde mental, mas que não tem nada de novo, pois reativar a antiga e superada centralização da doença mental no hospital psiquiátrico, o que acaba valorizando o eletrochoque e outras formas cerceadoras as pessoas que sofrem problemas psíquico e para os usuários de álcool e drogas.

4 Tratamento de eletrochoque como alternativa terapêutica

A eletroconvulsoterapia (ECT), é o uso de um estímulo elétrico para provocar uma crise epiléptica generalizada, no cérebro. Na prática, isto significa que o cérebro vai apresentar uma atividade igual à observada em crises epiléticas que a pessoa tem uma fase de rigidez, seguida de movimentos bruscos e repetidos de braços e pernas. Entretanto, a crise ocorre apenas no cérebro, já que o corpo se encontra sob o efeito de relaxantes musculares.

Este tipo de tratamento é usado principalmente em casos de depressão ou transtorno bipolar graves, após tentativas malsucedidas com medicações. Há estudos também no tratamento da esquizofrenia, porém eles são menos conclusivos. Os principais motivos pelos quais este tratamento é usado apenas como uma das últimas opções são o custo (mais elevado, em curto prazo, que o do tratamento com antidepressivos) e o preconceito que ainda há contra ele. Do ponto de vista médico, há sugestões para que se use a ECT como uma opção mais precoce, na abordagem dos transtornos.

Como no caso dos tratamentos psiquiátricos medicamentosos, não se conhecem os mecanismos exatos através dos quais a estimulação elétrica produz resultados. Porém, se acredita que eles sejam devidos aos efeitos sobre a comunicação entre as células nervosas cerebrais, por alterações na quantidade de neuro-

transmissores. E, ainda, por alteração das moléculas às quais os neurotransmissores se ligam, mudanças nas membranas das células e também na síntese de proteínas.

4.1 Contraindicações da eletroconvulsoterapia

A ECT é um tratamento que não é recomendado quando a pessoa possui um implante coclear (um dispositivo inserido no crânio de pessoas com surdez grave).

Porém, costuma ser evitada em:

- Casos de infarto recente no coração
- Acidente vascular cerebral (AVC) recente com sintomas residuais
- Instabilidade do funcionamento cardíaco
- Doença pulmonar grave
- Aneurisma cerebral instável (vaso cerebral dilatado, com possibilidades de sangramento)
- Aumento da pressão no líquido (líquor) que banha o cérebro
- Se estiver associado a alterações no volume do cérebro como, por exemplo, no caso de alguns tumores)
- Em casos nos quais os riscos da anestesia sejam muito grandes.

Mesmo nestes casos, a ECT pode ser administrada, se houver um controle cuidadoso das condições da aplicação. Em função das contraindicações, a ECT costuma ser precedida de uma série de exames de sangue, tomografia cerebral e eletrocardiograma.

Antes de se aplicar o estímulo elétrico, para que não haja contrações musculares fortes que possam causar quaisquer lesões ou dores, aplica-se um relaxante muscular e, para que os proce-

dimentos sejam facilitados, a pessoa é submetida a uma anestesia geral leve, de modo que minutos após o procedimento ela desperte. Um aspecto interessante é que a anestesia não é aplicada para que a pessoa não sinta dor, pois a própria passagem do estímulo elétrico deixa a pessoa inconsciente e, portanto, sem sensações dolorosas. Os principais motivos da anestesia são justamente possibilitar esta respiração induzida e evitar o desconforto do relaxante muscular, que deixa a pessoa paralisada.

No dia da aplicação, a pessoa deve estar em jejum, como em todos os procedimentos em que se usa anestesia geral. Estas ações não devem assustar ninguém, pois são usadas em qualquer procedimento que necessite de anestesia geral, à qual as pessoas frequentemente se submetem em cirurgias.

4.2 O procedimento

Em seguida a este processo, executado por um médico especialista em anestésias, aplica-se um breve estímulo elétrico na cabeça da pessoa. A duração do estímulo elétrico é variável e decidida pelo psiquiatra, durando no máximo poucos segundos e, em anos mais recentes, há cada vez mais estudos sobre estímulos “ultracurtos”, com duração inferior a meio segundo. Há variações de opinião quanto ao local em que deve ser aplicada a corrente elétrica como, por exemplo, se o estímulo deve ser dado de ambos os lados da cabeça ou num único lado. Há indícios de que a aplicação dos dois lados seja mais eficaz, porém a aplicação de apenas um lado tenha menos efeitos colaterais, que ocorrem basicamente sobre a memória.

As aplicações são feitas de duas a três vezes por semana, a intervalos regulares. Em pessoas mais idosas ou quando houver um déficit de memória mais prolongado, prefere-se a primeira

opção. A melhora costuma ocorrer num prazo médio de duas a três semanas (como no caso dos antidepressivos) apesar de que, em alguns casos, há uma melhora inicial já nas primeiras (ou mesmo na primeira) aplicações. Por este motivo, a ECT é uma opção muitas vezes preferencial, em casos mais graves, nos quais se quer tentar um efeito mais rápido.

Apesar de não existir um número máximo de vezes que a pessoa pode passar pelo procedimento, muitas vezes ele é interrompido se após seis aplicações não houver indícios de melhora. Se houver melhora, de modo geral, faz-se um total de oito a doze aplicações, a critério do psiquiatra. Um aspecto interessante é que, frequentemente, após uma série de ECT, as pessoas ficam mais sensíveis à ação antidepressiva dos remédios. Isto possibilita que medicações anteriormente usadas e que não foram eficazes possam ser novamente tentadas, com resultados positivos. Isto pode ocorrer mesmo quando a ECT não leva a uma melhora completa (e até quando não há nenhuma melhora).

Habitualmente, após uma série de ECT, a pessoa é tratada com medicações antidepressivas, apesar de que, em casos nos quais a eficácia destas continuar insuficiente, as sessões podem ser repetidas como tratamento de manutenção.

Esta manutenção não tem parâmetros tão bem estabelecidos em relação à frequência com que devem ser feitas as aplicações. Finalmente, se houve uma boa melhora numa série inicial de sessões de ECT, este tratamento pode ser repetido se houver recidiva do problema.

4.3 Tratamento salva-vidas

Em 2004, um estudo do Consórcio para Pesquisa em ECT (Core, na sigla em inglês), programa financiado pelo Instituto

Nacional de Saúde Mental, nos EUA, descobriu que de 253 pacientes com depressão grave e psicótica, 238 (94%) responderam com uma redução significativa dos sintomas, de acordo com um questionário padrão. No total, 189 (75%) apresentaram remissão completa da condição após uma média de sete sessões de ECT, realizadas ao longo de três semanas. Dez pessoas (4%) desistiram devido a problemas de memória ou desorientação.

Para efeito de comparação, os antidepressivos, costumam ser eficazes apenas para duas de cada três pessoas (66%) com a doença – e a remissão ocorre somente em um de cada três (33%) casos.

Ao comentar o potencial da ECT, George Kirov, professor clínico da Universidade de Cardiff, no País de Gales, afirmou em 2017 que “se um paciente com depressão psicótica não está melhorando durante uma aplicação de ECT”, ele tenta “descobrir o que está fazendo de errado”.

A técnica tem se mostrado ainda uma grande promessa para mulheres grávidas e idosos – duas parcelas da população que apresentam alto risco de depressão, mas muitas vezes não podem tomar antidepressivos.

4.4 Efeitos colaterais da eletroconvulsoterapia

Estes efeitos sobre a memória costumam ser perceptíveis apenas por algumas horas (em pessoas idosas podem durar mais) e consistem de uma dificuldade de gravar e rememorar fatos recentes, de modo que é possível ver a pessoa repetindo várias vezes a mesma pergunta ou fazendo várias vezes as mesmas observações. Há dúvidas, ainda, sobre a possibilidade de a ECT causar deficiências em longo prazo, o que ocorreria basicamente sobre a memória autobiográfica, a capacidade de a pessoa recordar fatos

de sua vida. Um efeito colateral relativamente frequente, também, é uma dor de cabeça logo após a pessoa despertar da anestesia. Este tipo de complicação costuma ser prevenida através da aplicação endovenosa de um anti-inflamatório pelo anestesista.

5 Conclusão

Com o presente artigo, buscou-se estabelecer um panorama histórico de surgimento do eletrochoque até a sua transformação em tabu social e também a dualidade de posicionamentos - no aparato de conflito de princípios de Robert Alexy - frente a aplicação de tal tratamento na atualidade. Estabeleceu-se como claro a posição dos defensores dos Direitos Humanos quando se trata do tratamento eletroconvulsivante, pois a medida infringe diretamente em princípios como a Dignidade da Pessoa Humana e a Proteção da Integridade Física, Psíquica e Moral dos indivíduos submetidos ao tratamento. E também o posicionamento oposto, que tem o princípio fundamental da Vida como o principal bem defendido, e apresenta inúmeros casos de respostas bem sucedidas ao tratamento e também os avanços científicos e proteções empregadas no procedimento. E mostrou-se, ainda, a mudança de estruturação de ações do Ministério da Saúde com a Nota Técnica nº 11/2019, que contrariou os característicos planos de ação anteriores do Ministério, e abriu inúmeros precedentes negativos para questões que, até então, eram tidas como causas ganhas por lutas sociais.

Dessa forma, tem-se como inegável que o tratamento eletroconvulsivante tem alcançado resultados destacantes em determinadas psicoses graves e também, dentro de aparatos médicos necessários, preparação de profissionais especializados e capacitados e, também, medidas eficazes de segurança com o paciente, coloca-se como uma alternativa extremamente eficaz de

tratamento psiquiátrico. Porém, da forma que foi proposto pelo Ministério da Saúde, aplicar a medida no Sistema Único de Saúde (SUS) seria uma decisão completamente caótica e descabida, uma vez que o programa de saúde pública tem inúmeras falhas de planejamento e baixa estrutura para atendimento especializado, seja pela falta de aparatos médicos ou pela baixa preparação dos profissionais, como demonstra as pesquisas a seguir.

De acordo com o Índice de Desempenho do Sistema Único de Saúde (Idsus), criado pelo governo federal para medir o acesso do usuário e a qualidade dos serviços da rede pública. Dos 5.563 municípios, 1.150 (20,7% do total) receberam pontuação abaixo de 5, em uma escala de 0 a 10 estabelecida pelo índice. Nessas cidades, onde a infraestrutura de saúde é classificada de alta, média ou baixa, vivem mais de 50 milhões de brasileiros. Mais de 70% da população (134 milhões de pessoas) estão em 4.066 cidades (73,1% do total de municípios), que receberam notas entre 5 e 6,9. Somente 1,9% - cerca de 3,2 milhões de brasileiros - reside no grupo dos 347 municípios mais bem pontuados, que conquistaram nota superior a 7 (sendo a maior nota alcançada, 7,4).

Em audiência pública no Senado em novembro de 2018, o presidente do Tribunal de Contas da União, ministro Raimundo Carreiro, elegeu a falta de médicos como “o principal problema do SUS”. E ainda, como mostra dados da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS), apenas 3,6% do orçamento do governo federal foi destinado à saúde em 2018. O percentual fica bem abaixo da média mundial, de 11,7%, de acordo com a OMS. Essa taxa é menor do que a média no continente africano (9,9%), nas Américas (13,6%) e na Europa (13,2). Na Suíça, essa proporção é de 22%. O estudo aponta que o gasto com saúde no Brasil é de 4 a 7 vezes menor do que o de países com sistema universal de saúde, como Reino Unido

e França, e inferior ao de países da América do Sul em que saúde não é um direito universal, casos da Argentina e Chile.

Tendo, então, o Sistema Único de Saúde, uma baixíssima capacidade para receber até mesmo os mais simples procedimentos, seria impossível operar nele um procedimento tão sofisticado, delicado e caro como o do eletrochoque sem que haja falhas imensas de operação. Portanto, o novo posicionamento do Ministério da Saúde, frente ao procedimento de eletrochoque na Saúde Pública tem, como afirmam inúmeros psiquiatras, economistas e especialistas no assunto, incontáveis maneiras de desestruturar mais ainda o frágil Sistema de Saúde brasileiro, e abrir enormes precedentes para falhas médicas, e mais ainda, possibilitar a volta das temíveis medidas pseudo-curativas de anos atrás, em que métodos de tortura eram camuflados como medicina e ciência.

Fontes

ABOU SALLEH Mohamed, PAPAKOSTAS Ionannis, ZERVA Ioannis, CHRISTODOULOU George. *Eletroconvulsoterapia: critérios e recomendações da Associação Mundial de Psiquiatria*. Revista de Psiquiatria Clínica. Órgão Oficial do Departamento e Instituto de Psiquiatria. Faculdade de Medicina - Universidade de São Paulo

BRASIL. *Nota Técnica N° 11/2019* - Ministério da Saúde. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 2019.

BRASIL. *Lei N° 10.216*, de 6 de abril de 2001. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Presidência da República, Casa Civil. Brasília, DF. 2001.

FINK, Max. *Eletrochoque: Restaurando a Mente*. 1ª ed. São Paulo: Roca, 2003

Comissão de Direitos Humanos do CRP-RJ - *Direitos humanos? o que temos a ver com isso?* - Rio de Janeiro: Conselho Regional de Psicologia - RJ, 2007.

DUKAKIS, Kitty. *Shock: The Healing Power of Electroconvulsive Therapy*. Avery. 2006. ISBN 1-58333-265-0. 1. ed. Machado FB, Moraes-Filho IM, Fi-

delis A, Almeida RJ, Nascimento MSSP, Carneiro KC. *Eletroconvulsoterapia: implicações éticas e legais*. Rev. Cient. Sena Aires. 2018; 7(3): 235-47.

Reti I (editor) (2015) *Estimulação cerebral? metodologias e intervenção*, Wiley and Sons, Nova Jersey (Kindle Edition).

Grözinger M, Smith ES, Conca A - *Sobre o significado da terapia eletroconvulsiva no tratamento de doenças mentais graves*. Wien Klin Wochenschr. 2015 abr; 127 (7-8): 297-302. doi: 10.1007 / s00508-015-0749-z. Epub 2015 3 de março.

Sackeim HA - *Memória autobiográfica e eletroconvulsoterapia: não deite fora o bebê* J ECT. 2014 set; 30 (3): 177-86. doi: 10.1097 / YCT.000000000000117

BUZANELLO, Grazielle - *A teoria de Alexy, o conflito de princípios e a separação de poderes* - Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-teoria-de-alexey-o-conflito-de-principios-e-a-separacao-de-poderes-analise-teorica-e-casuistica,46602.html> - Acesso em: 24/05/2019

BASTOS, Ângela - *Volta do eletrochoque para tratamentos de saúde mental e de drogas divide opiniões em SC* - Disponível em: <https://www.nscototal.com.br/noticias/volta-do-eletrochoque-para-tratamentos-de-saude-mental-e-de-drogas-divide-opinioes-em-sc> - Acesso em: 26/05/1019

VIANNA Deivisson, KIMATI Marcelo - *Não é só um eletrochoque* - Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/nao-e-so-um-eletrochoque-dnjug2l5cqxlw8jppqml2yig/> - Acesso em: 14/06/2019

MACHADO, Ricardo - *O retorno da indústria da loucura. Entrevista especial com Maria de Fátima Bueno Fischer* - Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/588038-o-retorno-da-industria-da-loucura-entrevista-especial-com-maria-de-fatima-bueno-fischer> - Acesso em: 07/06/2019

ANTUNES Paula B, et al. - *Eletroconvulsoterapia na depressão maior: aspectos atuais* - Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462009000500005 - Acesso em: 05/06/2019

DIEGUEZ, Consuelo - *Eletrochoque* - 2008. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/eletrochoque/> - Acesso em: 20/06/2019

SABBATINI, Renato - *A História da Terapia Por Choque em Psiquiatria* - Disponível em: <http://www.cerebromente.org.br/n04/historia/shock.htm#jau-regg> - Acesso em: 15/06/2019

VARELLA, Drauzio - *Eletroconvulsoterapia, Entrevista* - Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/entrevistas-2/eletroconvulsoterapia-entrevista/> - Acesso em: 25/05/2019

MANDAL, Ananya - *História da terapia de eletrochoque* - Disponível em: [https://www.news-medical.net/health/Electroconvulsive-Therapy-History-\(Portuguese\).aspx](https://www.news-medical.net/health/Electroconvulsive-Therapy-History-(Portuguese).aspx) - Acesso em: 29/06/2019

RILEY, Alex - *O que há por trás do estigma do tratamento com eletrochoque, eficaz contra depressão grave* - Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/vert-fut-44375266> Acesso em: 17/06/2019

FIGUEIREDO, Cecília - *Governo Bolsonaro incentiva eletrochoques e propõe a volta dos manicômios* - Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/02/08/governo-bolsonaro-incentiva-eletrochoques-e-propoe-a-volta-dos-manicomios/> - Acesso em: 25/06/2019

AMORIM, Ana Rosa - *A Lei Antimanicomial e a aplicação das Medidas de Segurança* - Disponível em: <https://endireitados.jusbrasil.com.br/noticias/183758636/a-lei-antimanicomial-e-a-aplicacao-das-medidas-de-seguranca> - Acesso em: 11/06/2019

SUS: 27% vivem em cidades com baixa qualidade de serviços - Estadão, 2012. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,sus-27-vivem-em-cidades-com-baixa-qualidade-de-servicos,842725> - Acesso em: 29/05/2019

SOBRINHO, Wanderley - *Falta de médicos e de remédios: 10 grandes problemas da saúde brasileira* - Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/listas/falta-medico-e-dinheiro-10-grandes-problemas-da-saude-no-brasil.htm> - Acesso em: 25/06/2019

TERAPIA de choque em filmes perpetua imagem negativa do método, Revista *Mente E Cérebro*, 2014. Disponível em: http://www2.uol.com.br/vivermente/noticias/retrato_da_terapia_de_choque_em_filmes_perpetua_imagem_negativa_do_metodo.html - Acesso em: 14/07/2019

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA NOS EMPREENDIMENTOS DE HABITAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL DO MUNICÍPIO DE GOIÂNIA E A POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO: ESTUDO DO CASO DA MACROÁREA DOS JARDINS DO CERRADO VII

Ana Alice Borges Camelo Bueno¹

Auzerina Melo Duarte Ribeiro²

Marcelo dos Santos Simões³

Resumo

O empreendimento Jardim do Cerrado VII localizado entre as cidades de Goiânia e Trindade, foi construído com recurso federal pelo Programa Minha Casa Minha Vida em 2012. Dentre os critérios priorizam famílias chefiadas por mulheres e que possuam renda bruta familiar de R\$ 00,00 até R\$ 1800,00 (um mil e oitocentos reais) mensal. Observa-se que entre os anos de 2009 até o ano de 2018, foram construídos no macroárea dos Jardins do cerrado, sete empreendimentos de interesse social, com aproximadamente 6.000 (seis mil) unidades de habitação e 18.000 (dezoito mil pessoas), oriundas dos diversos bairros de Goiânia, residentes em área de ris-

1 Estudante do curso de Direito. E-mail: anaalice.bueno@hotmail.com

2 Estudante do curso de Direito. E-mail: auzerina4@gmail.com

3 Estudante do curso de Direito. E-mail: marcelo.santos.simoese@gmail.com Artigo apresentado a Universidade Federal de Goiás (UFG) como requisito parcial para aprovação na disciplina de Metodologia da Pesquisa em Direito, que integra o Núcleo Comum da grade curricular da graduação em Direito, 3º Período da turma 120 A. Sob orientação do Prof. Dr. Cleuler Barbosa das Neves. Goiânia, 2019

co e desabrigadas, conforme preconizado na Portaria Federal nº 163 de 06 de maio de 2016 – Ministério das Cidades. O presente artigo visa contribuir para o entendimento de que ao construir habitação de interesse social, faz-se necessário que a política de educação esteja adequada e compatível com a necessidade da população que ocupará tais unidades habitacionais, uma vez que a falta de escolas se traduz e se efetiva pela violência discursiva simbólica que de modo sutil encontra-se nas políticas públicas quando não geridas de forma efetiva. O abandono das unidades habitacionais e a não fixação das famílias que precisam da moradia, mas que não suportam viver no território de destino é um dos maiores marcos da violência simbólica sofrida pelas famílias e um prejuízo para o Programa de Habitação de Interesse social.

Palavras-chave: Violência discursiva simbólica. Habitação de interesse social. Políticas públicas. Abandono. Escolas

Abstract

The Jardim do Cerrado VII project, located between the cities of Goiânia and Trindade, was built with federal resources by the Minha Casa Minha Vida Program in 2012. Among the criteria, priority is given to families headed by women and having a gross family income of R\$ 00.00 up to R\$ 1800.00 (one thousand eight hundred reais) monthly. It is observed that between the years 2009 and 2018, seven projects of social interest were constructed in the macro area of Jardins do cerrado, with approximately 6,000 (six thousand) housing units and 18,000 (eighteen thousand people), originating of the various neighborhoods of Goiânia, residing in risky and homeless areas, as recommended in Federal Decree No. 163 of May 6, 2016 - Ministry of Cities. This article aims to contribute to the understanding that when building housing of social interest, it is necessary that education policy is adequate and compatible with the need of the population that will occupy such housing units, since the lack of schools translates and is effected by the symbolic discursive violence that is subtly found in public policies when not effectively managed. The

abandonment of housing units and the non-fixation of the families that need the housing but do not support living in the destination territory is one of the major milestones of the symbolic violence suffered by the families and a loss to the Housing Program of Social Interest.

Keywords: Symbolic discursive violence. Housing of social interest. Public policy. Abandonment. Schools.

1 INTRODUÇÃO

Conforme se depreende da leitura em Bourdieu (1989, p. 7), o poder simbólico é, com efeito, o poder invisível que pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem. Visa estabelecer uma ordem, um sentido imediato do mundo e em particular do mundo social, sendo os símbolos objetos de integração social.

Os “sistemas simbólicos”, como instrumentos de conhecimento e de comunicação, só podem exercer um poder estruturante por que são estruturados. O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnosiológica*: sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo que Durkheim chama o *conformismo lógico*, quer dizer, << uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências>>. Durkheim – ou, depois dele, Radcliffe - Brown, que faz assentar a << solidariedade social>> no facto de participar no sistema simbólico – tem o mérito de designar explicitamente a *função social* (no sentido do estruturo-funcionalismo) do simbolismo, autêntica função política[...] (BOURDIEU, 1989 p.09-10.)

Segundo Bourdieu (1989, p. 14) os sistemas simbólicos

devem a sua força ao fato das relações de poder que neles se exprimem só se manifestarem em forma irreconhecível de relações de sentido. Poder quase mágico de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo que permite obter aquilo que é obtido pela força física ou econômica, graças ao efeito da mobilização entre os que exercem poder e os que lhe são sujeitos, quer dizer, na própria estrutura do campo em que se produz e reproduz a crença.

Segundo Bourdieu (1989, p.15) o discurso de poder e as palavras de ordem ditas por alguém legitimado pode manter ou subverter a ordem, não somente pela retórica do discurso, mas pela legitimação do dominante perante o dominado. O poder simbólico é um poder subordinado.

Bourdieu (1989, p. 15) fala da naturalização da violência simbólica que tem poder de efeitos reais aparentemente sem gastos de energia. Ele diz que ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas, em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e no *habitus* dos agentes. Perpetuar ou subverter as regras do jogo, através das estratégias dos agentes, é uma tendência que passa pela mediação de seus *habitus*.

O *Habitus* na definição de Bourdieu (1986, p. 23) é um *modus operandi* científico que funcionam em estado pratico segundo as normas da ciência sem que tenha essas normas na origem: é esta espécie de sentido do jogo científico que faz com que se faça o que é preciso fazer no momento próprio, sem havido a necessidade de tematizar o que havia que fazer, e mesmo ainda a regra que precisa gerar a conduta adequada.

Neste sentido, conforme Bourdieu (1989, p. 60) a noção de *habitus* exprime sobretudo a recusa a toda uma série de alterna-

tiva nas quais se encerrou a da consciência (ou do sujeito) e do inconsciente, a do mecanismo e do finalismo. A adoção primordial na sociologia de Bourdieu (2004) que diz respeito aos sistemas de percepção, de apreciação, de gosto, ou como princípios de classificação incorporados pelos agentes a partir das estruturas sociais presentes em um momento dado, em um lugar dado, que vão orienta-los em suas ações.

Os atos de conhecimento e reconhecimento práticos da fronteira mágica entre os dominantes e os dominados que a magia do poder simbólico desencadeia, e pelos quais os dominados contribuem, muitas vezes a sua revelia ou até contra a sua vontade, para a sua própria dominação, aceitando tacitamente os limites impostos, assumem muitas vezes as formas de emoções corporais – vergonha, humilhação, timidez, ansiedade, culpa – ou de paixões e de sentimentos, amor, admiração, respeito - ;emoções que se mostram ainda mais dolorosas, por vezes, por se traírem em manifestações visíveis, como o enrubescer, o gaguejar o desajeitamento, o tremor, a cólera... e outras tantas maneiras de se submeter mesmo de má vontade ou até contra a vontade, ao juízo dominantes ou outras tantas maneiras de vivenciar, não raro o conflito interno e clivagem do ego, a cumplicidade subterrânea que o corpo se subtrai às diretivas da consciência e da vontade estabelecem com as censuras inerentes as estruturas sociais (BOURDIEU, Pierre. 1989, -p. 51)

Por violência simbólica entende-se, em síntese, que é o arrolamento do sujeito em uma realidade que o constrange, mesmo que de modo sutil e imperceptível, a se enquadrar em certas

predisposições, percebidas como condições sociais, ocorre por intermédio da degeneração de sua projeção, identificação e individualidade.

A violência Discursiva simbólica e a incipiência da política educacional que alcance à comunidade do Jardins do Cerrado VII, traduz-se em abandono das unidades de habitação pela distância das escolas em relação ao empreendimento e pela insegurança das famílias que percebem seus filhos sendo cooptados para o tráfico ou uso de drogas.

Este estudo se propõe a desvelar o empreendimento de habitação de interesse social e a falta de políticas públicas fundamentais e estruturantes, principalmente políticas de educação que facilite a fixação das famílias no território, a possibilidade de identificação das famílias com a comunidade a consequente diminuição do abandono das unidades e diminuição da violência (simbólica)

Contribuir para o entendimento de que quando se constrói habitação de interesse social é necessário que uma política de educação esteja adequada e compatível com a necessidade da população carente que será selecionada para a ocupação de tais unidades, uma vez que a violência discursiva simbólica, com a não efetivação dessa política de forma a atender as necessidades dos moradores que pode desencadear conforme Bourdieu (1989, p. 51) comportamentos corporais e clivagem de ego compatíveis com ansiedade, mal-estar e medo.

O presente estudo visa ainda:

- a) Compreender a macroárea do Empreendimento Jardins do Cerrado VII, vislumbrando prognósticos para o fortalecimento da identidade da população local e a consequente diminuição da violência simbólica.

- b) Demonstrar as distâncias dos Centros de educação infantil (CMEI), escolas de ensino fundamental I e II e escolas de ensino médio; e a ausência destas em toda a macroárea dos Jardins do Cerrado.

A metodologia deste trabalho se concentrará na pesquisa empírica e quantitativa, tendo como base a coleta de dados, o levantamento bibliográfico e observatório.

O Referencial teórico terá Pierre Bourdieu, em sua obra “O Poder Simbólico” como referência principal no que concerne aos assuntos de poder simbólico e violência simbólica. Como sustentação, utilizaremos dados diagnósticos do Instituto Monã (2018) do Jardins do Cerrado VII, oriundos da Secretaria de Planejamento Urbano e Habitação, através da Superintendência de Habitação e Regularização Fundiária do Município de Goiânia.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

O empreendimento Jardins do Cerrado VII integra o rol de empreendimentos do Programa Federal Minha Casa Minha Vida, FAIXA I, composto por 4 módulos (PMCMV) composto por quatro módulos, num total de 1808 (Um mil oitocentos e oito) unidades habitacionais (UH): Jardins do Cerrado VII (Módulo I) 456 UH; 4 condomínios; Jardins do Cerrado VII (Módulo II) 448 UH com 04 condomínios; Jardins do Cerrado VII (Módulo III) 440 UH com 04 condomínios; Jardins do Cerrado VII (Módulo IV) 464 UH com 05 condomínios, em um total de 17 condomínios.

As unidades habitacionais são modalidade tipo apartamentos (casas sobrepostas), formando blocos de 2 pavimentos todos dotados de rede de distribuição de água, energia elétrica, iluminação pública e fossas sépticas/sumidouro.

O total de pessoas beneficiadas com moradia é de 5.424 pessoas, apenas no referido empreendimento, uma vez que habitam em média 03 pessoas por unidade, incluindo, adultos, crianças e idosos.

A cidade de Goiânia é fruto de um Projeto de 1933, de autoria do Arquiteto e Urbanista, Atílio Corrêa Lima, para criação da cidade-capital do Estado de Goiás. Desde então, seu projeto vem passando por atualizações e modificações, buscando corresponder aos desafios de crescimento urbano, desenvolvimento de sua economia e modernização dos espaços.

O Plano Diretor de Goiânia, ainda em vigor, conforme Lei N. 171 de 29 de maio de 2007 é anterior a construção do empreendimento Residencial Jardins do Cerrado VII, que foi entregue no ano de 2012. O plano diretor vigente, propôs a divisão do território de Goiânia em Macrozonas. O Jardins do Cerrado encontra-se na Macrozona do Alto Anicuns (Área de Atividade Econômica Sustentável) determinando baixíssima densidade populacional estabelecendo nela Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS).

A principal via de acesso ao empreendimento é a Rodovia dos Romeiros (GO 060), a Avenida Luísa Maria Coimbra e Avenida Sol Nascente nos limites do município de Trindade. Integram também a macroárea, o Residencial Mundo Novo 03 e os Residenciais Jardins do Cerrado I, II, III, e IV em modalidade casas que foram construídas com recurso do Programa Federal Pró-moradia e o Empreendimento Jardins do Cerrado X (PMCMV) com 1080 (mil e oitenta) unidades habitacionais (UH) com aproximadamente 3.200 (três mil e duzentas) pessoas dentre elas idosos, adultos e crianças.

O parcelamento do Quinhão 07, parte integrante da Fazenda Rosal é atualmente, o Jardins do Cerrado VII, executado pela

empresa Cerrado Participações Societárias S/A, em Zona Especial de Interesse Social ZEIS III, segundo Lei Complementar Nº 031 de 29 de dezembro de 1994 e Nº 9785 de 29 janeiro de 1999 e, Decretos Regulamentadores Nº 1569 de 07 junho de 1995 e Decreto Nº 2.990 de 24 de novembro de 1995 de Goiânia.

Observa-se que nos últimos dez anos, entre os anos de 2009 até o ano de 2018, aproximadamente 19 (mil) pessoas habitam a macroréa oriundas de diversos bairros de Goiânia, incluindo famílias residentes em área de risco e/ou desabrigadas através dos programas habitação de interesse social.

O Programa de Habitação de Interesse Social, por meio da Ação de Apoio do Poder Público para Construção Habitacional para Famílias de Baixa Renda, objetiva viabilizar o acesso à moradia adequada aos segmentos populacionais de renda familiar mensal de até 3 (três) salários mínimos em localidades urbanas, conforme preconizado pela Lei nº 11.977 de julho de 2009, alterada pela Lei Federal nº 12.424 de junho de 2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.499 de 16 de julho de 2011. A lei Municipal que rege o Programa de Habitação no Município de Goiânia é a Lei Nº 10.231, de 03 de agosto de 2018.

O Sistema Municipal de Habitação de Interesse Social (SMHIS) de Goiânia foi instituído pelo Decreto Municipal Nº 514 de 09 de março de 2007 com os seguintes objetivos: viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável; implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e viabilizando o acesso a habitação voltada à população de menor renda; articular, compatibilizar, acompanhar e apoiar a atuação das instituições e órgãos que desempenham funções no setor de habitação centralizando todos os programas e projetos destinados à habitação de

interesse social do Município, observada a legislação específica, dentre eles o Programa Minha Casa Minha Vida.

2.1 REQUISITOS PARA SELEÇÃO DE DEMANDA DE BENEFICIÁRIOS DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA (PMCMV)

A Lei que regulamenta o PMCMV é a Lei Federal nº 11.977/2009, alterada pela Lei Federal nº 12.424/2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.499/2011. Os 03 critérios nacionais para seleção de demanda de beneficiários, encontra-se na Portaria Nº 163 de 06 de maio de 2016 dentre os quais: famílias residentes em áreas de risco ou insalubres ou que tenham sido desabrigadas, comprovado por declaração do ente público; b) famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar, comprovado por autodeclaração; e c) famílias de que façam parte pessoa (s) com deficiência, comprovado com a apresentação de atestado médico.

Os 03 critérios adicionais são definidos pelo município e aprovados no Conselho Municipal de Habitação de Interesse social (COMUNH), devendo serem escolhidos dentre os listados na referida Portaria.

As condições para que as famílias façam jus ao PMCMV são:

- a) renda familiar compatível com a modalidade; a.1) o Benefício de Prestação Continuada (BPC) e o Bolsa Família, fornecidos pelo Governo Federal, não compõem a renda familiar. b) não ser proprietário, cessionário ou promitente comprador de imóvel residencial; e c) não ter recebido benefício de natureza habitacional oriundo de recursos orçamentários do município, dos Estados, da União, do FAR, do FDS ou de descontos habitacio-

nais concedidos com recursos do FGTS, excetuadas as subvenções ou descontos destinados à aquisição de material de construção para fins de conclusão, ampliação, reforma ou melhoria de unidade habitacional. (DOU de 07/08/2015, nº 150, Seção 1, pág. 40)

A Portaria nº 321, de 14 de julho de 2016 dispensa do sorteio os candidatos a beneficiários que possua membro da família, vivendo sob sua dependência, com microcefalia, devidamente comprovada com a apresentação de atestado médico.

Em relação aos idosos e pessoas com deficiência é necessário que 3% das unidades a serem selecionadas, por empreendimento, sejam destinadas a cada um dos grupos separadamente.

4 COMO SE DEU A CONSTRUÇÃO DO JARDIM DO CERRADO VII

Conforme Teixeira e Machado (1986, pg. 67) a cidade é um conjunto de bairros, cada um com sua característica específica, em decorrência de seu ofício, de seus moradores e de sua existência, constituindo a cidade. A partir deste conceito um bairro deveria possuir uma aparência peculiar, uma vida própria, um sentimento. No momento da entrevista semiestruturada, uma moradora trouxe uma fala que traduz o conceito em epigrafe que vale a pena ressaltar para compreensão da macroárea:

É a distância..., mas a distância não é, você vê, que distância se for, não tem como aqui porque isso aqui é um... toda cidade quando cresce fica tudo longe né aí a comunidade vai chegando e vai fazendo a sua cidade né (informação verbal)⁴.

4 Entrevista concedida por TAL, Fulana de. **Entrevista XV**. [jul. 2019]. Entrevistador: Auzerina Melo Duarte Ribeiro. Goiânia, 2019. 1 arquivo .mp3 (11 min. e 40seg.). A entrevista na íntegra encontra-se transcrita e protegida.

O Jardins do Cerrado possui a peculiaridade de ser um bairro recente, no ápice de sua formação populacional e constituição de sua identidade, tendo sido feito pela iniciativa privada, dentro do PMCMV, com a destinação legal de parte das áreas à Prefeitura Municipal de Goiânia.

A população local é atendida por comércios instalados na Avenida Sol Nascente na divisa como o município de Trindade-GO, onde é também realizada uma vez por semana uma feira livre bem como em outros pontos de comércio localizados na macroárea do Jardins do Cerrado. Verifica-se se também nos Jardins do Cerrado VII pequenos comércios informais instalados em quiosques e calçadas das áreas públicas, tais como, lanchonetes, bancas de verduras barbearia, dentre outros.

Uma situação interessante que saltou aos nossos olhos foram as quadras que estão sendo muradas de modo a transformá-las em Condomínios Fechados, retirando os alambrados, e substituindo por muros de até 2,50 m de altura, executados com blocos de concreto, com cercas eletrificadas ou do tipo concertinas, em toda sua periferia.

Em geral as entradas de quadras se localizam em vias opostas, que dessa forma aliada aos muros responsáveis pelo isolamento das quadras, reforçam o caráter segregacionista do lugar dificultando os processos de organização social e convivência, muito restrito ao interior das quadras. Esta solução de condomínios fechados, como outras encontradas no Jardins do Cerrado VII, observa-se que buscam os parâmetros de vida em condomínios fechados adotados pelas classes de maior renda, numa mistura de valores de segurança e valor monetário agregado à propriedade.

O bairro é periférico e tem crescido dia a dia, porém observa-se que as políticas públicas implementadas pelo município são incipientes, face ao tamanho da população presente no bairro.

4 EDUCAÇÃO

No tocante à educação no empreendimento Jardins Cerrado VII não há escolas de educação infantil ou de ensino fundamental e em toda a macroárea do Jardins do Cerrado não existe escolas de ensino médio.

No Jardins do Cerrado VI há um Centro Municipal de Educação Infantil CMEI Ipê Amarelo, mas não há vagas suficientes para a demanda de crianças do empreendimento.

A Escola Municipal Manuel Jacinto Coelho de ensino Fundamental também se encontra situada nos jardins do Cerrado VI, é a escola mais próxima que disponibiliza a educação infantil e o ensino fundamental I e II até o 6º ano, ou seja, atende a faixa etária de 04 a 12 anos.

A não existência de escolas de ensino médio e, sobretudo em cursos noturnos, afastam os jovens da escola, tendo como justificativa a violência urbana assim como a distância percorrida para o acesso as escolas.

As crianças, adolescentes, jovens e adultos que necessitam de concluir a educação infantil, ensino fundamental I e II, ensino médio e superior não encontram vagas nas escolas próximas do empreendimento, uma vez que necessitam se deslocar para outros bairros ou municípios para que possam estudar.

Em diagnóstico realizado pelo Instituto Monã (2018), através de licitação junto à Secretaria de Planejamento Urbano e Habitação de Goiânia com recursos do Programa Minha, Casa Minha Vida, aferiu-se que alguns moradores dos jardins do Cerrado

VII precisam percorrer todos os dias 56 km (ida e volta) para dar continuidade em sua escolaridade.

5 Moradores do Empreendimento X Distâncias das Escolas

Em relação a distância das escolas realizou-se pesquisa de campo envolvendo uma entrevista semiestruturada a fim de demonstrar a vivência dos moradores do Jardins do Cerrado VII. Cita-se como exemplo Fulana de Tal (informação verbal)⁵: “é isso, está precisando de escola aqui, porque só tem para criança, só tem até sétima série, oitava no máximo. ”, e através das demais respostas dadas pelos entrevistados:

É... um pouco porque é longe a escola no caso né tem duas escolas aqui perto né que é a do Cerrado VI que é do Cerrado IV que é do Cerrado I, eu mesmo não consegui matricular ele no cerrado VI na escola né eu consegui no Cerrado IV, então a gente tem que pagar Van para ir buscar e para trazer né então fica um pouco difícil né, porque se tivesse uma escola bem próxima não teria que estar nessa situação até mesmo indo pra escola e vindo corre o risco né, perto ou longe então se tivesse a escola mais perto a comunidade até melhora porque hoje está acontecendo muitas coisas ruins né (informação verbal)⁶.

E não sei explicar bem, assim eu acho que uma escola na minha opinião mais próxima para as crianças seria

5 Entrevista concedida por TAL, Fulana de. Entrevista XIII. [jul. 2019]. Entrevistador: Marcelo dos Santos Simões. Goiânia, 2019. 1 arquivo .mp3 (07min. e 26seg.). A entrevista na íntegra encontra-se transcrita e protegida pelo entrevistador.

6 Entrevista concedida por TAL, Fulana de. Entrevista XII. [jul. 2019]. Entrevistador: Marcelo dos Santos Simões. Goiânia, 2019. 1 arquivo .mp3 (12min. e 06seg.). A entrevista na íntegra encontra-se transcrita e protegida pelo entrevistador.

o ideal para as crianças né seria o mais ideal para segurança porque estão mais por perto então muitas das vezes a criança ou adolescente corre o risco né porque a gente corre risco em qualquer lugar lógico na porta da sua casa na rua então acaba trazendo um desconforto para os pais (Informação verbal)⁷.

Eu acho que o meu sentimento é que eles não respeitam a gente como cidadão, entendeu trata a gente como um cidadão, por que se a gente mora aqui e a gente precisar... a gente precisa disso aqui porque senão precisava a gente procuraria outro lugar pra morar, porque aqui, bom eu gosto também porque a única casa que eu tive na minha vida até hoje foi essa aqui entendeu, mas se eu tivesse condições eu não morava aqui não, eu procuraria um lugar com mais... mais segurança, que tenha mais escolas perto, eu se eu tivesse condições eu morava em outro lugar, com certeza teria médico perto, segurança e tudo... tudo, farmácia perto da minha casa porque aqui tudo é longe pra gente (informação verbal)⁸.

[...] é aqui? Se eu te falar que eu nem sei como funciona porque o meu filho nem teve como estudar aqui porque não tem serie dele, ele estudou, teve uma época que ele estudou no VI ali eu acho que ele estudou, dois anos ou três se eu não me engano. Assim era boa a escola, porque tinha que as vans, tinha os ônibus escolares pegava, levava aí depois parou de levar eles e a gente que tinha que levar as crianças lá embaixo, porque eles tiraram as vans escolares das crianças tirou e não tem

7 Id., 2019, p. 37

8 Entrevista concedida por TAL, Fulana de. Entrevista XIV. [jul. 2019]. Entrevistador: Auzerina Melo Duarte Ribeiro. Goiânia, 2019. 1 arquivo .mp3 (11 min. e 40seg.). A entrevista na íntegra encontra-se transcrita e protegida.

mais hoje, até hoje não tem a maioria das pessoas tem que tá pagando pra levar ou pra... ou tem que levar a pé, e é longe pra criança estudar, é longe, o sol é muito quente não tem... não tem escola aqui, não tem, de todo jeito você tem que levar em outro lugar (informação verbal)⁹.

AB: Que ta se expandindo, mas qual série que o seu neto faz?

Fulana de Tal: Ele faz a 5^a

AB: Mais aí não achou vaga na escola?

Fulana de Tal: Não porque ele estudava integral em trindade, aí... aí... o governo não ia dar mais verba

AB: Pra escola integral?

Fulana de Tal: Integral, ai eu achei mais difícil, ai o único lugar que eu conseguir vaga foi lá porque quando vieram avisar pra gente

AB: E lá as escolas é integral?

Fulana de Tal: Não é mais, por isso que eu tirei ele de lá, era até a 6^a (informação verbal)¹⁰.

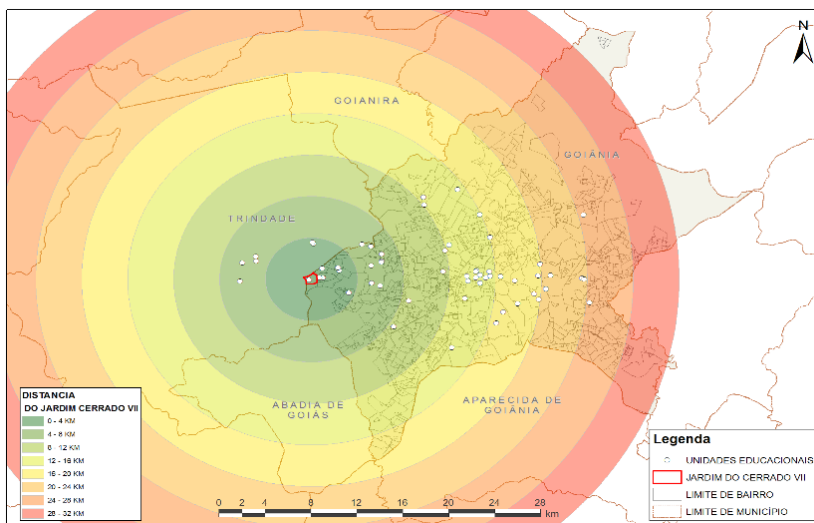
bom eu tenho filho pequeno não, mas eu vejo muito a mãe reclamar que não tá conseguindo vaga na escola que nós também só tem uma escola no VI não tá conseguindo vaga, o menino vai estudar muito longe né tem que pegar ônibus e a creche também nesse meio aqui também não dá para atender nem a metade (informação verbal)¹¹.

9 Id., 2019, p. 45.

10 Entrevista concedida por TAL, Fulana de. Entrevista V. [jul. 2019]. Entrevistador: Ana Alice Borges Camelo Bueno. Goiânia, 2019. 1 arquivo .mp3 (07 min. e 20seg.). A entrevista na íntegra encontra-se transcrita e protegida.

11 Entrevista concedida por TAL, Fulana de. Entrevista II. [jul. 2019]. Entrevistador: Auzerina Melo Duarte. Goiânia, 2019. 1 arquivo .mp3 (10min. e 13seg.). A entrevista na íntegra encontra-se transcrita e protegida pelo entrevistador.

Abaixo o mapa com as distâncias percorridas pelos moradores do para ir para a escola:



Fonte: Elaborado pelos autores- Goiânia-2019

6 ESCOLAS FREQUENTADAS POR MORADORES DO RESIDENCIAL JARDIM DO CERRADO VII

ESCOLAS FREQUENTADAS POR MORADORES DO JD. VII		
ESCOLA	SETOR	DISTÂNCIA
CMEI – IPÊ AMARELO (Educação Infantil)	JD DO CERRADO VI	1 Km
ESCOLA MUNICIPAL MANOEL JACINTHO COELHO (Educação Infantil e fundamental)	JD DO CERRADO VI	1 Km
ESCOLA MUNICIPAL JOAQUIM CÂMARA FILHO (Ensino fundamental I e II)	JD DO CERRADO IV	2,20 Km
ESCOLA MUNICIPAL DOM TOMÁS BALDUÍNO (Pré-Escola, Fundamental e 3º Ciclo)	JD DO CERRADO I	3,70 Km
CMEI (Educação Infantil)	JD. CERRADO I	3,60 Km
ESCOLA EVANGÉLICA AGNUS	Jardim do Cerrado III	1 km

ESCOLA PROFESSOR SALMON	Setor Cristina -Trindade	6,4 Km
INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO DE GOIÁS	Trindade	6,4 Km
COLÉGIO APHONSIANO	Trindade	6,7 Km
COLÉGIO ESTADUAL PADRE PELÁGIO	Trindade	6,8 Km
ESCOLA MENINO DE JESUS	Trindade	7,2 Km
ESCOLA SANTA TEREZINHA	Trindade	7,3 Km
ESCOLA ESTADUAL SOL DOURADO	Trindade	7,6 Km
ESCOLA ESTADUAL DOMINGOS BAPTISTA DE ABREU	Vera Cruz	8,4 Km
COLÉGIO ESTADUAL SENADOR TEOTÔNIO VILELA	Vera Cruz	8,5 Km
ESCOLA ESTADUAL JOÃO JOSÉ COUTINHO	Vera Cruz	8,6 Km
ESCOLA MUNICIPAL TROPICAL VALLE	Res. Tempo Novo	8,7 Km
CMEI CRIANÇA FELIZ	Vera Cruz	9 Km
ESCOLA ESTADUAL PARQUE DOS BURITIS	Parque dos Buritis	9,6 Km
CMEI VERA CRUZ	Vera Cruz	9,8 Km
COLÉGIO ESTADUAL SOLON AMARAL	Vera Cruz II	10,2 Km
COLÉGIO ESTADUAL ADAGUISMAR DE OLIVEIRA	Trindade	10,5 Km
COLÉGIO ESTADUAL EDMUNDO ROCHA - VERA CRUZ II	Vera Cruz	10,6 Km
COLÉGIO ESTADUAL D. BOTELHO	Vera Cruz II	10,6 Km
CMEI ABADIA JOSÉ DOS SANTOS	Ponta Kaiana	13,6 Km
COLÉGIO ESTADUAL EDMUNDO PINHEIRO DE ABREU	São Francisco	13, 7 Km
COLÉGIO ESTADUAL PROFESSOR JOAQUIM CARVALHO FERREIRA	Setor Capuava	14,1 Km
ESCOLA MUNICIPAL CORONEL JOSÉ VIANA ALVES	Jardim Nova Esperança	14,2 Km
COLÉGIO ATLANTA	Parque Industrial João Braz	14,6 Km
ESCOLA ROBINHO MARTINS DE AZEVEDO	Jardim Nova Esperança	15,1 Km

ESCOLA DE EDUCAÇÃO INFANTIL SÃO CRISTOVÃO	Cidade Jardim	15, 7 Km
COLÉGIO ESTADUAL JOSÉ GOMES	Setor Dom Fernando II	15,8 Km
COLÉGIO ESTADUAL LUIS PERILLO	Bairro Goiá	16 Km
ESCOLA MUNICIPAL GERALDA DE AQUINO	Cidade Jardim	16,3 Km
COLÉGIO ESTADUAL OLAVO BILAC	Setor Aeroviário	16,4 Km
COLÉGIO ESTADUAL JOSÉ LOBO	Setor Rodoviário	16,4 Km
COLÉGIO ESTADUAL JOSÉ LOBO	Cidade Jardim	16,4 Km
COLÉGIO ESTADUAL DUQUE DE CAXIAS	Setor Aeroviário	16,5 Km
ESCOLA ESTADUAL DUQUE DE CAXIAS	Setor Campinas	16,5 Km
UNIVERSIDADE PADRÃO	Dergo	16,6 Km
ESCOLA MUNICIPAL ARCEBISPO DOM EMANUEL	Setor Castelo Branco	17,3 Km
ESCOLA SESI	Setor Campinas	17,4 Km
COLÉGIO ESTADUAL ASSIS CHATEAUBRIAND	Campinas	17,7 Km
ESCOLA IEC PRESIDENTE CASTELO BRANCO	Campinas	18,1 Km
SENAI	Vila Canaã	18,5 Km
ESCOLA ESTADUAL NHÁ NHÁ DO COUTO	Campinas	18,6 Km
ESCOLA MANÁ	Residencial Hugo de Morais	18,9 Km
COLÉGIO ESTADUAL BANDEIRANTES	Coimbra	19,4 Km
COLÉGIO MILITAR	Jardim Guanabara	27,7 Km
ESCOLA MENTES BRILHANTES	Vera Cruz II	28,3 Km
COLÉGIO ESTADUAL	Novo Mundo	26,9 Km
ESCOLA MARIA CECÍLIA	Eldorado Oeste	20 km
ESCOLA PROFESSOR SALMON	Ipiranga	20,3 Km
SENAC	Setor Aeroporto	20,4 Km
ESCOLA MUNICIPAL MARIA CLARA MACHADO	Bairro da Vitória	20,9 Km
ESCOLA EL SHADAI	Balneário	21,1 Km
COLÉGIO PROTÁGORAS	Setor Marista	21, 3 Km
CENTRO EDUCACIONAL EFICÁCIA	Jardim América	21, 7 Km
COLÉGIO ESTADUAL JARDIM AMÉRICA	Jardim América	22, 3 Km

INSTITUTO EDUCACIONAL EMANUEL	Setor Sul	23 km
EJA - SETOR UNIVERSITÁRIO	Setor Universitário	23, 3 Km
ESCOLA MONTEIRO LOBATO	Orient Ville	23, 3 Km
ESCOLA CLARETIANO CORAÇÃO DE MARIA	Centro Goiânia	23, 5 Km
ESCOLA MUNICIPAL MARCOS ANTÔNIO DIAS BATISTA	Setor Estrela Dalva	23, 8 Km
COLÉGIO IEG	Setor Vila Nova	23, 9 Km
INSTITUTO MARIA AUXILIADORA	Setor Sul	25, 9 Km
COLÉGIO BOM JESUS	Jardim Mundo Novo	26,8 Km
ESCOLA CHICO MENDES	Riviera	28,6 Km

Outra observação a ser feita são as diversas obras inacabadas, tais como: Centro Municipal de Educação Infantil (CMEI), Centro de Artes e Esportes Unificados (CEU), Centro de Referência e Assistência Social (CRAS), dentre outras.

Observa-se que a falta de política educacional com escolas de tempo integral (fundamental I e II) e a falta de uma escola de ensino médio, bem como a falta de vagas nos centros municipais de educação infantil, para atender a demanda das famílias tem deixado as crianças e os adolescentes à mercê da violência e do tráfico e comprometido a vinculação e fixação das famílias no local.

As famílias diante das dificuldades procuram a prefeitura de Goiânia com as queixas de que elas e/ou os filhos adolescentes sofrem ameaça pelo envolvimento com o tráfico e que diante do medo real e iminente solicitam mudança de local ou abandonam a moradia, sempre com a alegação de que sentem medo.

Muitas vezes estas famílias já pediram ajuda junto as defensorias públicas do Estado (DEPE-GO) e/ou da União (DPU) e ainda vão em busca da tentativa de troca de habitação para outro bairro, de modo a desistir do sonho da moradia e muitas vezes

diante da violência abandonam o imóvel, trazendo consequências jurídicas de inadimplemento junto ao gestor interveniente do PMCMV - CAIXA, que diante dessa situação move ação de reintegração de posse ficando o beneficiário impedido de celebrar contrato de moradia em território nacional pelo controle do CadÚnico.

As queixas parecem sempre as mesmas, de um lado famílias amedrontadas e ameaçadas pelo tráfico e que abandonam ou desejam abandonar o bairro e de outro lado famílias que relatam a falta de infraestrutura e políticas públicas, tais como escolas, políticas de saúde e políticas que facilitem o trabalho e a geração de renda.

Atualmente, 40% das unidades entregues encontram-se com habitações irregulares, fruto do abandono pelas dificuldades encontradas pelas famílias de ali permanecerem.

8 A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA E POLÍTICAS PÚBLICAS

Quando se fala de violência simbólica também se remete ao sentido de crime e principalmente, como que de forma velada esses acontecem e se concretizam. Abaixo relatos dos moradores entrevistados confirmando o sofrimento diante da incipiência de políticas públicas presentes na macroárea:

Meu sentimento quanto a isso é muito triste né... porque... é lugar bom de morar, mas a gente fica preso, eu estou sentida porque às vezes a gente precisa sair à noite ir no médico a gente que não tem carro tem que pegar o ônibus e como que faz? Não pode chegar no ponto de ônibus, mas aí você precisa sair 4:40 (vinte pras cinco) da manhã também, você tem medo de chegar no ponto de ônibus né, o trabalhador também pra eles, tá ficando

muito complicado para eles, mesmo com os maridos indo levando no ponto não tá adiantando, eles não estão respeitando, tá desse jeito, meu sentimento é esse. Eu gostaria que mudasse, e muito. É complicado a nossa situação tá muito difícil nesse ponto aí, ainda mais depois que veio X, até que nós tava mais tranquilo, mas tava assim mais calmo, depois que veio o X aí complicou aí acabou a paz (informação verbal)¹².

Assim ele tem quatro, eu decidi colocar ele com cinco e estou morrendo de medo porque a escola é longe a gente mora aqui o colégio é lá nos cafundó.

Já é longe, é difícil pela distância tinha que ter uma aqui mais perto da gente sabe, mesma coisa vale para o atendimento de saúde, é longe também vai eu arrastando menino doente umas meias horas de pernada de lá e depois para cá é muito difícil morar aqui (informação verbal)¹³.

FULANA, DE TAL: bom eu, eu a principalmente agora que, que quando mudei pra cá não era mãe, agora sou mãe então eu penso no amanhã para minha filha, porque eu não sei como que o setor vai evoluir daqui 5, 10 anos se vai evoluir para melhor ou não, então a gente pensa bastante nisso porque para a gente mesmo não é fácil

AB: o que que você sente? Seu sentimento diante disso?

FULANA DE TAL: tipo um sentimento de descaso abandono né, porque às vezes você tem até voz, mas

12 Entrevista concedida por TAL, Fulana de. Entrevista II. [jul. 2019]. Entrevistador: Auzerina Melo Duarte. Goiânia, 2019. 1 arquivo .mp3 (10min. e 13seg.). A entrevista na íntegra encontra-se transcrita e protegida pelo entrevistador.

13 Entrevista concedida por TAL, Fulana de. Entrevista III. [jul. 2019]. Entrevistadora: Auzerina Melo Duarte. Goiânia, 2019. 1 arquivo .mp3 (06min. e 14seg.). A entrevista na íntegra encontra-se transcrita e protegida pelo entrevistador.

não acha meio, recurso para reivindicar as coisas.

AB: Você sente medo?

FULANA DE TAL: medo sim, algumas às vezes sim

AB: ansiedade?

FULANA DE TAL: sim, também eu já sou ansiosa de natureza e só contribui né (informação verbal)¹⁴.

Fica, aqui a gente é preso dentro de casa porque deu 07:00, 08:00 horas dificilmente você vai ver gente na rua, não sai! a não ser de duas pessoas, sozinho não adianta, só de ônibus ainda assim você tem medo, passa um você já tem medo, passa outro já tem medo, passa um de bicicleta você já tem medo porque você não sabe qual que é o bom ou não, agora ele tá até de carro, Igual essa semana tava de carro 4 pessoas no carro saiu do carro, e atacou as pessoas que tava no ponto de ônibus, tem lógica uma coisa dessa 05:00 horas da manhã, se você vai pegar o primeiro ônibus você chega no serviço atrasada, e já perde o emprego, e é isso que acontece então eu acho assim que de manhã aqui deveria ter um carro de polícia, não todas as quadras mas pelo menos andando aqui (informação verbal).

Fazem até rodeio são os marginais, essa semana mesmo já a mulher grávida quase perdeu o bebê, a outra lá, caiu no asfalto só não levou o celular porque ela jogou a bolsa no mato, tirou carteira dela e o braço dela e ficou deitada no asfalto e jogou a bolsa dela, é desse jeito, aqui você sai, mas você não sabe se volta, é complicado só quem mora aqui é quem precisa, tem muitos apartamentos pra fazer aí tá até de aluguel, outros tá fechado por quê é a dificuldade de ir trabalhar. Eu

14 Entrevista concedida por TAL, Fulana de. Entrevista VI. [jul. 2019]. Entrevistador: Ana Alice Borges Camelo Bueno. Goiânia, 2019. 1 arquivo .mp3 (03 min. e 49seg.). A entrevista na íntegra encontra-se transcrita e protegida.

por exemplo, eu moro aqui porque eu não posso pagar aluguel, porque o salário da gente é pouco, mas se não, não morava aqui não. Por mais que eu gosto daqui, por que eu gosto daqui, porque de manhã aqui é bom né... é arejado você vê até a neblina do... dos pássaros né no canto tumultuado, aqui é muito bom para morar, mais dificuldades da segurança, a distância porque aqui mora o pobre até à maioria, a classe média, a classe média mora aqui também, mas ele tem um carro ele sai no carro, agora quem não tem carro no ônibus, acho que aqui ta faltando muita coisa, muita mesmo (informação verbal)¹⁵.

8 CONCLUSÃO

Ao concluir o presente artigo, enfatiza-se percepção da teoria do poder simbólico tratado em BOURDIEU e durante toda a preparação da pesquisa fica evidente que a diferença econômica e social devem sempre serem consideradas quando se trabalha com o campo social, mas é de grande importância o fato relevante de não naturalizar os mecanismos sociais que produzem e reproduzem a separação entre os agentes politicamente ativos e passivos.

Na aplicação da entrevista semiestruturada observa-se com clareza a forma como os moradores do Jardins do Cerrado VII, assumem muitas vezes as formas de emoções corporais enfatizando vergonha, humilhação, ansiedade e revolta pela situação em que se encontram. A moradia era para muitos uma saída e um sonho que se tornou pelas condições incipientes das políticas

15 Entrevista concedida por TAL, Fulana de. Entrevista X. [jul. 2019]. Entrevistador: Auzerina Melo Duarte Ribeiro. Goiânia, 2019. 1 arquivo .mp3 (11 min. e 40seg.). A entrevista na íntegra encontra-se transcrita e protegida.

públicas, como mais um pesadelo e em outras situações problemáticas no esforço da luta diária pela sobrevivência.

O sentido velado da violência simbólica e a força do poder do Estado, que se impõe sob a égide do sonho da moradia com o arrolamento do sujeito em uma realidade que o constrange, torna-se perceptível em toda macroárea do Jardins do Cerrado e em especial do Jardins do Cerrado VII. Nesse sentido, falar em fortalecimento da identidade da população local e fixação das pessoas no território perpassa pelo olhar dos gestores governamentais, no sentido de dar condições de existência à população.

Essas condições somente se viabilizarão a partir de políticas públicas consistentes e verdadeiramente implementadas com a construção de um sistema viário que integre o bairro à macrozona urbana de Goiânia.

Observa-se famílias angustiadas pelo fato dos filhos deixarem a escola porque não tem condições de deslocarem para as unidades escolares distantes fora da rota da moradia, bem como, perceber que no caso específico não houve planejamento de políticas públicas que comportassem o quantitativo de pessoas que foram destinadas para a referida macroárea.

Ao gestor público e ao poder legislativo cabem atentar-se sempre a elaboração e revisão de leis, no sentido de não permitirem a validação e permanência de irregularidades históricas, diante da distribuição do capital

De acordo com Gofman (2004) a sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma desses grupos: os ambientes sociais estabelecem as categorias de pessoas que têm probabilidade de serem neles encontradas.

As rotinas de relação social em ambientes estabelecidos nos permitem um relacionamento com “outras pessoas” previstas sem atenção ou reflexão particular. Então, quando um estranho é apresentado, os primeiros aspectos que permitem prever é a sua categoria e os seus atributos, a sua “identidade social” para usar um termo melhor do que “status social”, já que nele se incluem atributos morais como “honestidade”, da mesma forma que atributos estruturais, como “ocupação”.

Durante a entrevista semiestruturada com os moradores percebe-se como as pessoas compreendem a detração a que são submetidas e excluídas no ambiente social em que se encontram, ou seja, são categorizadas.

Medo, raiva... tudo, pra mim que tem transtorno mental, pra mim ainda é pior ainda, você sabe porque que é pior? pelo seguinte fato: as coisas que acontecem, eu me privo, eu escondo antigamente eu ainda tinha forças para separar briga de vizinho, na... coisa, polícia já chegou na minha porta revirou minha casa, porque os outros falaram que meu filho mexia com droga, sendo que meu filho graças ao bom Deus e minha mãezinha do céu, meu filho nunca mexeu com coisa errada a única coisa que ele está fazendo é grafite, danças urbanas e a quadrilha e que eu falo que a dança tirou ele desse mundo das drogas, ele está com 20 anos por ele morar aqui no cerrado, nós fomos em uma empresa que eu não vou citar o nome, que eu não quero prejudicar por ele ser negro, gordo e morar no Jardim do Cerrado¹⁶.

16 Entrevista concedida por TAL, Fulana de. Entrevista I. [jun. 2019]. Entrevistador: Ana Alice Borges Camelo Bueno. Goiânia, 2019. 1 arquivo .mp3 (09 min. e 42seg.). A entrevista na íntegra encontra-se transcrita e protegida.

Baseados nessas concepções transforma-se tais categorizações em expectativas normativas, em exigências apresentadas de modo rigoroso. As pessoas utilizam termos específicos de estigma como por exemplo: aleijado, bastardo, retardado, em discursos do cotidiano como fonte de metáfora e representação, de maneira característica sem pensar no seu significado original, neste caso, de modo simbólico a pessoa é sutilmente conduzida a situação de estigma, e, por fim marginalizada em decorrência da ausência de políticas públicas inclusivas e em especial a política educacional por ser considerada como base de desenvolvimento de uma nação.

Desafiadora a pesquisa e a produção desse artigo uma vez que nos deparamos com surpresa, com uma população carente de insumos básicos de alimentação, vestuário, transporte, saúde, geração de renda e proteção do Estado no que se refere à segurança, diminuição da violência, política eficaz de combate à drogadição e ao tráfico de drogas, em decorrência dos relatos de invasão de unidades habitacionais de modo arbitrário, prisão e morte de moradores por envolvimento com drogas.

Tais relatos reportam à metáfora da morte física e da morte social da população pela violência simbólica que com sutileza permeia as políticas públicas quando não geridas de forma efetiva.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. PORTARIA Nº 412, DE 6 DE AGOSTO DE 2015. Aprova o Manual de Instruções para Seleção de Beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27013057_PORTARIA_N_412_DE_6_DE_AGOSTO_DE_2015.aspx>. Acesso em: 14 jul. 2019.

Brasil. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha

Casa, Minha Vida. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7499.htm> . Acesso em: 13 jul. 2019.

Brasil. Decreto nº 7.499, de 16 de junho de 2011. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.977. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7499.htm> . Acesso em: 12 jul. 2019.

Brasil. DECRETO Nº 514, DE 09 DE MARÇO DE 2007. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.977. Disponível em: <http://www.goiania.go.gov.br/html/gabinete_civil/sileg/dados/legis/2007/decreto5142007.pdf> . Acesso em: 12 jul. 2019.

Brasil. Portaria nº 163, de 06 de maio de 2016. Institui o sistema de cadastro habitacional (SNCH) e aprova o Manual de Instruções Para a Seleção De Beneficiários para o Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU), no âmbito do PMCMV. Disponível em: < http://autogestao.unmp.org.br/wp-content/uploads/2017/04/2016_05_06_Portaria-MCidades-163-Sistema-Nacional-de-Cadastro-Habitacional-2.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. Portaria nº 321, de 14 de julho de 2016. Dá nova redação ao Manual de Instruções para Seleções de Beneficiários no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida, aprovado pela Portaria nº 163, de 6 de maio de 2016, do Ministério das Cidades. (Microcefalia). Disponível em:<https://www.caixa.gov.br/Downloads/habitacao-minha-casa-minha-vida/_Legislacao_FAR.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019.

MONÃ, Instituto. Diagnóstico Socioterritorial das famílias beneficiárias do Residencial Jardins do Cerrado VII, Módulo I, 2018.

PIERRE, Bourdieu. O PODER SIMBÓLICO. 13ª. ed. Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2010. p. 2-311.

TEIXEIRA, Marlene P. V.; MACHADO, Rosa Maria. CONCEITO DE BAIRRO - UNIDADE POPULAR OU TÉCNICA? ANUÁRIO DO INSTITUTO DE GEOCIÊNCIAS, 1986.

BOURDIEU, Pierre. 1989. A dominação masculina. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil.



PPGDP

Programa de Pós-Graduação
em Direito e Políticas Públicas



UFG

UNIVERSIDADE
FEDERAL DE GOIÁS



ISBN: 978-65-94533-83-7



9 786584 533837