REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA

v.6

Defensoria Pública: Justiça, Políticas Públicas e Igualdade Racial

2019

Defensoria Pública
BAHIA

ESDEP
Editorial

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA
REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA

Volume 6

Defensoria Pública: Justiça, Políticas Públicas e Igualdade Racial

Salvador, 2019

REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA – Volume 6
DEFENSORIA PÚBLICA: JUSTIÇA, POLÍTICAS PÚBLICAS E IGUALDADE RACIAL
© Copyright by Defensoria Pública do Estado da Bahia, 2021.
Todos os direitos reservados.
Proibida a reprodução, total ou parcial, sem autorização expressa dos autores.

Autores dos artigos
Ailana Moreira | Bruno César Santos de Freitas | Carolina Lopes | Danielle Ferreira Medeiro da Silva Araújo | Evaristo Tomasoni Neto | Fabiana dos Anjos Barreto Matos | Fabricio Barreto | Honodi Araújo Silva Filho | Hortência Jesus Ferreira de Sousa | Ingrid Bispo dos Santos | Irlana de Jesus da França | Jader Vinícius Carvalho dos Santos | João Pedro Alecrim | José Roberto Sotero de Mello Porto | Letícia Menezes Batista | Luana Rebeca Silva Pereira | Luiz Gustavo de Jesus Lima | Maria Victoria Trindade Moitinho | Matheus Santos Sande | Rafael Adriano Monteiro | Samylla Ellen de Souza Araújo | Tarcízio Cleso Neres Nunes Júnior | Vanessa Nunes Lopes | Walkyria Chagas da Silva Santos

Capa, projeto gráfico e revisão
SLA Propaganda

Diagramação
Lucas Josué Dias Silva - Designer ASCOM DPE/BA

R454
Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia
v.1, (2014) -.- Salvador: Defensoria Pública do Estado da Bahia: Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia - ESDEP 2021
v.6, 2019

Anual.
ISSN:2358-0100

1. Defensoria Pública - Periódico. 2. Políticas Públicas 3. Direito. 4. Igualdade Racial I. Título.

CDU 34

Ficha catalográfica: Adriana Vasconcelos Conceição - CRB/5:1885/O

Defensoria Pública do Estado da Bahia
www.defensoria.ba.def.br
Escola Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia
esdep@defensoria.ba.def.br
Tel.: (71) 3117-6918

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Defensor Público Geral
Rafson Saraiva Ximenes
Subdefensor Público Geral
Pedro Paulo Casali Bahia
Corregedora Geral
Liliana Sena Cavalcante
Corregedora Adjunta
Isabel Cristina Souza Neves Almeida

CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA

Conselheiros Titulares Eleitos
Bruno Moura de Castro
Firmiane Venâncio do Carmo Souza
Gil Braga de Castro Silva
José Jaime de Andrade Neto
Lucas Silva Melo
Tereza Cristina Almeida Ferreira

Conselheiros Suplentes Eleitos
Diana Furtado Caldas Gonçalves
Felipe Silva Noya
João Carlos Gavazza Martins
Pedro de Souza Fialho
Tandick Resende de Morais Júnior
Ussiel Elionai Dantas Xavier Filho
Vitória Beltrão Bandeira

OUVIDORIA GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA
Ouvidora Geral
Sirlene Vanessa de Souza Assis

ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA
Diretora
Soraia Ramos Lima

CONSELHO EDITORIAL DE REVISTA JURÍDICA

André Lima Cerqueira
Andrea Tourinho Pacheco de Miranda
Camila Angélica Canário de Sá Teixeira
Cláudia Regina Ferraz de Souza Bispo Silveira
Daniel Soeiro Freitas
Elisa da Silva Alves
Hélio Soares Júnior
Joseline Maria Mota Barretto
Lucas Marques Luz da Resurreição
Luiz Carlos de Assis Júnior
Maia Gelman Amaral
Matheus Góes Santos
Murillo Bahia Menezes

SUMÁRIO

EDITORIAL
Soraia Ramos Lima **7**

A "ENGENHARIA REVERSA" DE BLACKMIRROR E A (DES) CONSTRUÇÃO DO RACISMO INSTITUCIONAL BRASILEIRO
Bruno César Santos de Freitas, Honodi Araujo Silva Filho, Jader Vinícius Carvalho dos Santos **9**

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO LUGAR DE FALA DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS E A EMANCIPAÇÃO PELA EDUCAÇÃO EM DIREITOS
Letícia Menezes Batista **30**

TOMADA DE DECISÃO APOIADA: ANÁLISE CRÍTICA DOS PROCEDIMENTOS E UTILIDADES ATÍPICAS
Fabrício Barreto **49**

DEVOLUÇÃO EM DOBRO DO TEMPO ILEGALMENTE PRESO: UMA SOLUÇÃO INCLUSIVA PARA UM GRUPO SOCIALMENTE EXCLUÍDO
José Roberto Sotero de Mello Porto **80**

O ABORTO E SUAS MULTIFACETAS NO ESTADO BRASILEIRO
Ingrid Bispo dos Santos **99**

A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE LAJE PELA LEI Nº 13.465/2017 (CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 759/2016)
Ailana Moreira **135**

DEFENSORIA PÚBLICA: TUTELA JURÍDICA NOS CRIMES DE RACISMO E INJÚRIA RACIAL
Tarcizio Cleso Neres Nunes Júnior, Samylla Ellen de Souza Araújo **146**

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA E A POLÍTICA DE VIDA PARA A POPULAÇÃO NEGRA: UMA ATUAÇÃO POSSÍVEL E URGENTE
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo, Walkyria Chagas da Silva Santos **162**

MULHER NEGRA DEFENSORA, PROCESSO PENAL: DESAFIOS E POTÊNCIAS DE UMA VOZ DISSIDENTE
Vanessa Nunes Lopes **177**

ENTRE RACISMO, DIREITO PENAL DO INIMIGO E SELETIVIDADE PENAL: ANÁLISE DAS CONDENAÇÕES POR TRÁFICO DE DROGAS DA 1ª VARA DE TÓXICOS DA COMARCA DE SALVADOR-BA EM CASOS ATENDIDOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA NO ANO DE 2016
Luana Rebeca Silva Pereira **193**

O ACESSO À JUSTIÇA EM SANTA BÁRBARA: UMA ANÁLISE DO DOMÍNIO DOS MECANISMOS JURÍDICOS PELA POPULAÇÃO TRABALHADORA DE RENDA MÍNIMA
Luiz Gustavo de Jesus Lima, Fabiana dos Anjos Barreto Matos, Maria Victoria Trindade Moitinho **221**

UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA ENQUANTO FUNDAMENTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA
João Pedro Alecrim **236**

EXECUÇÃO PENAL À LUZ DO FEMINISMO INTERSECCIONAL: O HC 143641 E A PRISÃO DOMICILIAR SUBSTITUTIVA PARA GESTANTES E MÃES ENCARCERADAS
Carolina Lopes **261**

AUTOMUTILAÇÃO: O DESENHO COMO FORMA DE TRATAMENTO DIVERSO À LUZ DA LEI Nº 13.819/19
Irlana de Jesus da França, Matheus Santos Sande **292**

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE ACERCA DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
Hortência Jesus Ferreira de Sousa **312**

SISTEMA CARCERÁRIO E LEI DE EXECUÇÃO PENAL: A CADEIA PÚBLICA HILDEBRANDO DE SOUZA COMO DESDOBRAMENTO DA (IN)EFICIÊNCIA ESTATAL
Evaristo Tomasoni Neto, Rafael Adriano Monteiro **331**

EDITORIAL

Honra-me essa tarefa de editoriar a VI edição da Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado da Bahia, cujo tema é: Políticas Públicas e Igualdade Racial.

A noção de que o racismo é um sistema de opressão que nega direitos, aumenta a desigualdade e fomenta a necropolítica, felizmente, vem se solidificando nos últimos anos.

Num país permeado por tanta desigualdade, reconhecer que o racismo estrutura a nossa sociedade, serve para demonstrar quão importantes e necessárias são as políticas públicas de inclusão e ações afirmativas para minorar o que historicamente vem causando tantos danos a um grupo previamente selecionado.

Divulgar e problematizar as mais variadas formas que o racismo atua em diversos setores, constitui, por certo, em uma relevante contribuição para demonstrar a importância das Defensorias Públicas como instituição protagonista na luta contra a desigualdade racial e solidificação da nossa democracia.

Lendo os artigos, pode-se, de pronto, perceber que embora sejam temas bastante variados, os autores demonstram uma postura humanista, corajosa e robusta, trazendo aos leitores as diversas matizes por onde o racismo atua na nossa sociedade e a importância do enfrentamento.

Boa leitura!

Soraia Ramos Lima[1]

1 Diretora da Escola Superior da Defensoria Pública da Bahia (2019-2021).

A "ENGENHARIA REVERSA" DE BLACKMIRROR E A (DES) CONSTRUÇÃO DO RACISMO INSTITUCIONAL BRASILEIRO[1]

THE BLACK MIRROR "REVERSE ENGINEERING" AND THE (DE)CONSTRUCTION OF BRAZILIAN INSTITUTIONAL RACISM

Bruno César Santos de Freitas[2]

Honodi Araujo Silva Filho[3]

Jader Vinícius Carvalho dos Santos[4]

Resumo: O presente texto tem como escopo um estudo da conexão entre a vida e a arte, por meio da análise do episódio *"Men Against Fire"*, do seriado de ficção científica *"Black Mirror"*, da Netflix. O artigo faz uma analogia entre o racismo institucional e a postura punitivista do Estado em face dos perfis marginalizados, e como o etiquetamento desses perfis é construído no imaginário da população, devido a atuação da mídia como meio fomentador do medo e da falácia da falsa segurança, valendo-se de pesquisa bibliográfica, a partir de livros, artigos e publicações virtuais, que buscou constatar como se deu essa construção. Nesse sentido, constatou-se que houve uma real construção de um racismo institucional no Brasil, de modo que a saída possível seria (re)integração de determinado grupo social que durante todo tempo foi excluído.

Palavras-chave: Racismo Institucional. Punitivismo Estatal. Perfis Marginalizados. Violência.

1 Artigo aceito para publicação na Revista Sitientibus da Universidade Estadual de Feira de Santana em 03/02/2021.

2 Estudante de Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS)

3 Estudante de Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS).

4 Estudante de Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS).

Abstract: *The following text has as its main goal the study of the connection between life and art, by the analysis of the episode Men Against Fire, from the series Black Mirror, of Netflix. The article is based upon an analogy between the institutional racism and the punitive attitude of the State when dealing with marginalized profiles of the population, and how the labelling of these profiles is built in the imaginary of the population due to the actions of the media as a promoter of the fear and the illusion of false security, using bibliographical research, from books, articles and virtual publications, which sought to verify how this construction took place. Due to this, was verified that there was a process of construction of the institutional racism in Brazil. Following the exposed on the text, a viable solution would be the possible (re)integration of certain social groups that during history were excluded.*

Keywords: *Institutional Racism. State Punitivism. Marginalized Profiles. Violence.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem como fundamento epistemológico a abordagem interdisciplinar entre os terrenos do Direito e da Arte, no sentido de construir uma perspectiva original acerca do nosso objeto: a Teoria do Etiquetamento e suas implicações sociojurídicas práticas, que encontram na mídia um suporte para a divulgação e manutenção da lógica racista, marginalizante e excludente que lhe é, para além de intrínseca, necessária.

A ideologia jurídica hegemônica, constituída a partir do senso comum teórico dos juristas (WARAT, 1994), inevitavelmente interpelante de todos os sujeitos que compõem o campo jurídico, encaminha-se no sentido de que tal relação seria, se não uma impossibilidade, ou uma inutilidade ou um exercício excessivamente labiríntico: em aparência, seriam campos cuja essência é absolutamente díspar, incompatível.

O Direito, no interior desta perspectiva, apresentando-se como um sistema fechado, autorreferente, hermético, frio, legalista; as Artes, por sua vez, emotivas, abstratas, humanísticas, dialógicas. Essa pintura, estática, entretanto, não precisa ser assim.

Em contrapartida à ideologia jurídica dogmática hegemônica, o artigo que se segue parte de um conjunto de pressupostos: o primeiro deles, que o Direito, enquanto fato social, emergência de uma determinada ordem política e coletiva, potencializa-se como tão humano e dialógico quanto às artes. Nesse sentido, arrematando tal entendimento acerca do Direito, asseveram Abboud, Carnio e Oliveira:

> [...] o que interessa é frisar o fato do direito estar necessariamente engendrado, desde sua formação, no processo de humanização, cabendo a todos que com ele laborem – desde aportes teóricos até práticos – o reconhecimento desta significante potencialidade de contribuir na projeção das relações humanas. (2015, p. 76 e 77)

O Direito, nesse ínterim, tem em sua essência não o caráter empedernido que sua aparência muitas vezes exibe, mas a pulsante potencialidade de ser, conforme escólio de Roberto Lyra Filho, "modelo avançado de legítima organização social da liberdade" (1999, p. 86).

Em sua faceta sociocultural, aproxima-se, portanto, dos valores mais caros aos entes formadores e conformadores de um ambiente coletivo – os indivíduos, cidadãos. Destarte, estas mesmas características imanentes aos sujeitos – a dialogicidade, a linguagem, a razão e os sentimentos, a moralidade, a ética, os desejos, pulsões, etc. – perpassam, inevitavelmente, o Direito, produto dessa realidade humana, comunitária e pulsante.

A contrapelo do que sugere a razão jurídica dominante, não são estes mesmos elementos os que interessam às artes? As diversas musas, figuras que no imaginário grego simbolizavam as diversas modalidades artísticas, pintam a realidade com as cores dos homens e de tudo o que deles advém.

É inevitável, portanto, concluir que a linha entre o Direito e a Arte não é tão rígida quanto o senso comum teórico dos juristas talvez suponha: são fenômenos irmanados, ambos filhos da(s) humanidade(s), da cultura, da coletividade e do homem enquanto ente sociocultural. Como popularmente se diz, "a vida imita a arte e a arte imita a vida": em sendo o direito, necessariamente, conforme se demonstrou, parte integrante da vida coletiva de um determinado povo e as artes, em outro âmbito, a sua expressão cultural mais íntegra, faz-se fundamental estabelecer este diálogo. Consiste em uma busca válida acerca das genuínas relações de "imitação" – ou talvez mais precisamente, reprodução – entre os campos do Direito e das Artes.

O que se busca construir no presente trabalho, portanto, é inspirado no que, outrora, fora o projeto epistemológico do grande mestre argentino Luis Alberto Warat [5]. Ana Flávia Costa Eccard e Leonardo Rabelo de Matos Silva em artigo escrito também sob a égide do pensamento de Warat, em terminante síntese, afirmam:

5 Ver, nesse sentido, "A Ciência Jurídica e seus dois maridos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000".

> A discussão iniciada em Warat parte do afeto, do corpo ora desvalorizado pelas ciências, sua intenção é pensar de uma forma estética usando recursos lingüísticos que denunciam uma ruptura com o pragmatismo do direito e um novo diálogo entre a ciência do direito e arte [...]. (2016, p. 118).

Compreender a mobilização da Arte enquanto importante elemento renovador da racionalidade jurídica, aprisionada pelo dogmatismo e pelo positivismo, consiste no segundo pressuposto sobre o qual se constrói a nossa abordagem. É perceber que somente por intermédio do olhar estético, o Direito poderá, em suas investigações sociojurídicas, apreender de fato as peculiaridades que conformam a realidade concreta. Uma apreensão, entretanto, que não se constitui por uma lógica normativa, repressiva e distante, mas por uma orientação crítico-sensível, democrática, popular e comprometida com a justiça social.

> A proposta waratiana não está associada ao convencimento de multidões, mas à abertura ao "outro", que nos constitui e nos modifica. Mais que um fim em si, o "outro" é necessário para a minha existência! E a arte? A arte é instrumentalizada como um campo que permite a transgressão, a mudança de lugares e o questionamento de sentidos. Warat nos desafia a nos reinventarmos constantemente buscando novos sentidos para o eu, para o "outro", para o "entre-nós", e para o mundo. (FAZIO; ROCHA, 2011, p. 23)

Por fim, como último pressuposto estruturante da construção epistemológico-metodológica[6] do presente trabalho, está a assunção do fato de que não existe produção de conhecimento neutra. Para além do fato de que optou-se por construir uma abordagem investigativa eminentemente interdisciplinar – o que, por si só, desconstrói qualquer noção subsistente de "neutralidade", dada a já explicitada potência desestruturante que tem a dimensão estética sobre a ciência jurídica e sua racionalidade dogmático-positivista –, há o compromisso sociopolítico de, nos marcos da pesquisa jurídica, realizar uma construção teórica do nosso objeto que seja crítico-transformadora, isto é, não só objetiva (re)elaborar as maneiras de olhar o *outro* criminalizado, marginalizado, também pretende possibilitar aos

6 A importância dada a esse debate prévio, especificamente centrado no nível epistemológico e metodológico, justifica-se porque compreendemos que, mais do que mero capricho cientificista, os rumos pelos quais percorre a razão na construção e investigação dos seus objetos são, também, necessariamente, parte essencial e constituinte do resultado a que se chega, do conteúdo produzido e da teoria (social) a ser engendrada na práxis. Nesse sentido, afirma NAVES (2010, p. 30, grifo do autor): "Uma palavra ainda sobre o que me parece essencial nesse itinerário (...): o método de trabalho, um método, isto é, uma forma (maneira). Recordemos Hegel, o qual havia compreendido perfeitamente em que o método é a própria teoria se desenvolvendo: a forma é o conteúdo redobrado. O método é o procedimento teórico em sua prática. Ele tem efeitos na teoria, na produção teórica, como movimento de Crítica/Autocrítica/Retificação".

agentes que compõem o campo judicial – principalmente em sua seara penal – a revisão das suas próprias subjetividades, das suas lentes sobre o mundo e das suas condutas cotidianas.

Não há produção neutra de conhecimento pois, enquanto teoria, sempre implicará profundamente sobre o real, munindo de conteúdo político-ideológico a práxis dos sujeitos. Nesse sentido, José Pedro Luchi, em diálogo com as proposições filosóficas de Jürgen Habermas, afirma:

> Não existe conhecimento neutro e desinteressado. A pesquisa é sempre guiada por orientações fundamentais, os interesses, que estimulam a razão, e acabam por coincidir com ela. Nos três âmbitos da disponibilidade técnica, do mútuo entendimento e da emancipação de amarras pessoais e sociais os interesses orientam o conhecimento, seja na sua forma seja no seu conteúdo. (LUCHI, 1999, p. 88)

Nesse sentido, os interesses que orientam a produção do conhecimento crítico-transformador que produz-se aqui são a luta pela Justiça Social, o Antirracismo radical e um humanismo absoluto que demanda a efetivação da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, princípios por meio dos quais condenam-se o funcionamento do Sistema Penal, ontonegativo (FLAUZINA, 2006, p. 77), em suas engrenagens marginalizantes, excludentes e repressivas.

Com tais noções cristalizadas, cumpre-nos, portanto, clarificar acerca dos campos específicos que no trabalho que se segue serão abordados, em cada uma das searas ora em comparação (ou "em diálogo"). Dentro da área jurídica, o Direito Penal é a temática geral deste artigo; já no âmbito das artes, o enfoque dado será à arte cinematográfica, mas em sua faceta mais contemporânea: as séries de televisão.

Dentro do Direito Penal e da Criminologia, inelutável plano de fundo sobre o qual nos debruçaremos, o tema central será a infiltração do Racismo Estrutural e Institucional na sistemática do *ius puniendi* estatal brasileiro. Isto é, como a marginalização e o etiquetamento historicamente estabelecidos e elaborados em relação às parcelas mais oprimidas da sociedade interferem na criação, visualização e aplicação do Direito Penal sobre as camadas populacionais marcadamente constituídas por negros (as) e pobres.

Conexo a isso, investigar-se-ão os reflexos dessa cultura de ódio e exclusão nas estruturas do Estado, como o Judiciário e a Polícia. Mas não só: também a mídia que, embora não constitua o Estado, é parte fundamental da (re)produção da cultura de massas na sociedade industrial pós-moderna.

Já no que concerne ao referencial artístico comparativo, o seriado à luz do qual a reflexão acima enunciada será realizada é intitulado *"Black Mirror"*, atualmente produzido pela empresa estadunidense de streaming *Netflix Inc*, sendo que tratar-se-á, especificamente, do quinto episódio de sua terceira temporada, cujo título (em língua inglesa) é "*Men Against Fire"* ou, conforme a tradução brasileira – cuja distância do original, no entanto, auxiliou a articulação de determinadas ideias ao longo do presente artigo –, "Engenharia Reversa".

Brevemente, pode-se dizer que *"Black Mirror"* é um seriado de ficção cientifica distópica, em que a realidade tecnológica da pós-modernidade é levada ao extremo, de modo que os elementos tidos como mais simples na contemporaneidade – *gadgets* eletrônicos das mais variadas espécies, já existentes ou não – são problematizados em suas potencialidades mais assustadoras e destrutivas para a humanidade. De estrutura antológica, seus episódios não se ligam numa ordem de continuidade: cada um deles apresenta um universo diferente, com história, problemática e personagens completamente diferentes.

O enredo de Engenharia Reversa (ou "*Men Against Fire"*), quinto episódio da terceira temporada de *Black Mirror,* se passa em um mundo futurístico e distópico, cuja realidade estética assemelha-se a um mundo pós-apocalíptico, onde o personagem principal chama-se Stripe, soldado de uma corporação militar destinada a perseguir e exterminar as "baratas" (*"roaches"*, na língua original), um grupo de *mutantes* desfigurados e monstruosos, socialmente caracterizados enquanto inimigos da civilização. Para realizar tal intento, aos soldados se adiciona um implante neural – uma tecnologia denominada *MASS* – que, supostamente, limita-se a tornar os sentidos e reflexos dos seus portadores extremamente qualificados.

À medida que o enredo se desenvolve, desvenda-se que, na verdade, as "baratas" são seres humanos: a tecnologia *MASS*, implantada nos soldados, altera a sua visão e audição, de modo que estes visualizam, no lugar de outros seres humanos, seres mutantes, atrozes e desfigurados, tornando-se fácil o extermínio desses indivíduos e, massivamente, a concretização de um genocídio contra uma parcela considerável daquela comunidade.

É curioso notar que a tecnologia só é implantada nos soldados, mas a ojeriza contra as "baratas" é difundida por quase toda a sociedade, isto é, a cultura do ódio – a ideologia hegemônica àquela sociedade – legitima o genocídio impetrado, bem como toda a marginalização de caráter étnico que ali se apresenta.

Sob o viés critico dessa peça artística contemporânea é que realizaremos a análise da realidade brasileira atual, objetivando concretizar e construir uma correlação vívida entre Direito (Penal) e Arte (Cinematográfica), ampliando os limites e perspectivas de ambos os campos, bem como tencionando tornar mais popular e acessível – sem perder de vista, no entanto, o exigível rigor acadêmico e analítico, fundamentais a uma crítica social desta natureza – o debate público acerca da Cultura do Ódio, do Racismo Estrutural e do papel da mídia e das estruturas repressivo-julgadoras de Estado dentro dessa conjuntura.

O RACISMO ESTRUTURAL/INSTITUCIONAL COMO "ENGENHARIA REVERSA": ESTADO, POLÍCIA E PERFIS MARGINALIZADOS

A discussão aqui proposta perpassa pelo entendimento de como se dá a relação entre o Direito Penal e o Racismo Estrutural e Institucional dentro da realidade brasileira. Nesse sentido, faz-se necessário conceituar do que se trata tal racismo.

Em linhas gerais, Márcia Pereira Leite, em seu artigo "Preconceito racial e racismo institucional no Brasil" (2012), traz que a discriminação racial não opera apenas em âmbito privado, mas, sobretudo, através do racismo institucional. Este se trata de um modo de gestão estatal que perpetua a discriminação racial ao utilizar-se de políticas estatais – políticas públicas – que atuam de forma diferenciada em relação a determinados segmentos populacionais, garantindo, dessa forma, a sua exclusão.

Inicialmente concebido por ativistas dos Panteras Negras, em 1967, como falha do sistema em prover serviços apropriados e profissionais às pessoas por conta de cor, cultura ou origem étnica, hoje é tido como "mecanismo performativo ou produtivo, capaz de gerar e legitimar condutas excludentes, tanto no que se refere a formas de governança quanto de *accountability*[7]" (GELEDÉS, 2013, p. 17).

Ainda conforme Márcia Pereira Leite (2012), o racismo institucional é escancarado a partir de diversos dados ligados às elevadas taxas de homicídios e "autos de

7 "O termo inglês accountability foi traduzido ou usado como fiscalização, responsabilização ou controle, embora o uso mais aceito e, por conseguinte, mais difundido, seja o da prestação de contas. Assim, cumpre fundamentalmente aos governantes e tomadores de decisões, ao assumirem uma responsabilidade pública, a obrigação iniludível de prestar contas da sua atuação, do manejo dos recursos públicos, ou ainda do cumprimento de programas prioritários para o conjunto ou algum setor da população." (SPINOZA, Roberto Moreno, 2012, p. 16).

resistência" em territórios de maioria negra, ao alto índice de encarceramento de jovens negros e pobres, à precariedade das políticas públicas de habitação, saúde e educação oferecidas a esses grupos, bem como ao constante desrespeito às suas tradições culturais e religiosas.

Nesse sentido, é de substancial importância a análise de como se mostra o Racismo Institucional dentro das estruturas repressivo-julgadoras do Estado, representantes do Direito Penal, através mesmo de políticas de segurança pública.

É dever do Estado, conforme preleciona a Carta Magna de 1988, independentemente de sexo, idade, classe social ou raça, a proteção do indivíduo contra a possibilidade de ser vítima de algum tipo de violência. Assim, a manutenção da ordem pública é feita através, principalmente, das entidades policiais. Entretanto, observamos que a seletividade racial é algo cada vez mais gritante dentro das esferas de atuação da segurança pública.

Nessa senda, é imperioso trazer que a construção do Direito Penal brasileiro foi pautada numa lógica própria de racismo institucional:

> A relação entre crime e raça/cor na legislação brasileira remonta ao século XIX, quando se instituíram leis que criminalizavam e reprimiam manifestações de resistência da população negra. A despeito de o discurso oficial destacar que, do Império à República, tivemos o triunfo do liberalismo, as Constituições de 1824 e 1890, bem como os Códigos Penais de 1830 e 1890, se revelaram contraditórios, pois continham elementos característicos da retórica penal, calcado no princípio da igualdade e, ao mesmo tempo, em normas abertamente desiguais. Era a forma encontrada pelo Estado Brasileiro de conviver com um modelo de Direito Penal Liberal numa sociedade escravista. (SANTOS, 2012, p. 96).

Diante da sociedade escravista, o Direito Penal brasileiro foi construído mediante a criminalização de condutas que eram recorrentes à população negra. A título de exemplo, tem-se que, conforme o estudo "Capoeira, identidade e gênero: ensaios sobre a história social da capoeira no Brasil" (2009), de Josivaldo Pires de Oliveira e Luiz Augusto Pinheiro Leal, a capoeira – expressão cultural de resistência identitária e de autodefesa, tanto pessoal quanto coletiva, dos povos africanos no Brasil –, hoje não só expressão artística, mas também esporte praticado mundo afora, bem como patrimônio imaterial brasileiro e símbolo da identidade afrobrasileira diaspórica, foi considerada por muito tempo uma prática delituosa.

Ademais, SANTOS (2012) aponta que foram criminalizadas condutas como a vadiagem e a mendicância. Ora, a tipificação penal de tais condutas significava a criminalização de um comportamento com propósito de reprimir determinada camada social, pois, como revela a história, aos negros livres e recém-libertos não fora dada uma profissão ou mesmo um encaminhamento para isso. Estes saíam das senzalas descapitalizados de forma quase absoluta; *descapitalizados* no sentido de que não possuíam renda e, ante o contexto sociocultural da época, muito dificilmente alguém os empregaria. Em sendo assim, muitos deles tinham de voltar para as casas dos senhores, se submetendo às antigas condições de trabalho, pois não lhes restava outra opção.

Transcorridos alguns anos após a abolição formal da escravatura, intimamente ligado à seara do Direito Penal, ainda que fora dela, o pensamento de Nina Rodrigues também fora de substancial importância para a construção do perfil marginalizado atribuído aos negros. Personagem chave da história da medicina legal no Brasil, utilizando-se dos estudos da craniologia, Nina desenvolveu uma tese que apontava que, na visão do mesmo, "raças inferiores", como a negra e indígena, eram dotadas de uma impulsividade primitiva, responsável pela maior constância de atos violentos e antissociais (SANTOS, 2012).

Devido a possuir caráter científico, e, portanto, dotadas de aparente legitimidade epistemológica e validação racional, evidenciando a questão do monopólio do conhecimento, as pesquisas do referido legista foram levadas tão a sério que auxiliaram na construção do perfil sócio-historico de quem seria *delinquente*.

Reconhece-se, pois, um intento de manter o *status quo*, manter as estruturas de poder dominante racialmente engendradas, consequentemente criando impedimentos para que essa parcela marginalizada da população pudesse ascender socialmente, criminalizando, à época, condutas recorrentes a determinados grupos por faltar-lhes opções e até mesmo genuínas expressões culturais, hoje reconhecidas.

A partir disso, enxerga-se o fato de que "a criminalização é o resultado de processos de definição e seleção que escolhem determinados indivíduos aos quais se atribui *status* de criminoso. [...] não existem criminosos, mas, sim, criminalizados" (SANTOS, 2012), correlacionando-se diretamente à conhecida Teoria do *Labelling Approach* – ou Teoria do Etiquetamento.

A título de complementaridade, temos que, em linhas gerais, conforme aduz Raíssa Zago Leite da Silva em "*Labelling Approach*: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização" (2015), há uma

estigmatização daqueles indivíduos que não se enquadram na sociedade, tornando-os desviantes, impossibilitando-os, inclusive, de se integrarem à sociedade, vez que dela já foram excluídos.

Em "Engenharia Reversa" (*Men Against Fire*), quinto episódio da terceira temporada de *Black Mirror*, observa-se que há também uma espécie de construção do criminoso, onde o Governo utiliza-se de um discurso de "caça às bruxas" para legitimar o extermínio das "baratas" ("*roaches*", em língua inglesa). Conforme já dito, as "baratas" eram, na verdade, seres humanos que representavam um grupo não desejado pelo governo, sob o argumento de que aquele grupo possuía taxas mais altas de câncer, distrofia muscular, portadores de esclerose múltipla, ELA (esclerose lateral amiotrófica), QI (quociente de inteligência) baixo, tendências criminais, desvios sexuais, entre outros.

Alegórica e analogicamente, há como encontrar determinado eco do representado na ficção na realidade brasileira, haja vista que a própria construção do Direito Penal brasileiro estruturou-se em torno da criminalização sistemática de condutas próprias dos grupos sociais negros, operando uma verdadeira e escancarada construção do perfil criminoso a ser identificado, perseguido e alvejado pelo sistema penal (englobando-se assim, portanto, não só as forças policiais, mas os Poderes Judiciário e Legislativo, a criação e implementação de políticas de Segurança Pública por parte do Executivo, o sistema carcerário e, por fim, a própria Academia, cuja "produção cientifica" não raro é elaborada para legitimar a ação racista, atroz, do Estado brasileiro), questão essa que possui inequívocos reflexos até os tempos hodiernos.

A externalização disso na realidade brasileira, representada no episódio pelo envio de forças armadas em busca das "baratas", objetivando seu extermínio, se dá mediante a própria forma de abordagem policial, que acontece, rotineiramente, de maneira distinta para com os diferentes grupos sociais, a depender da maneira que sobre eles atuem os marcadores sociorraciais historicamente institucionalizados no e pelo Estado brasileiro.

É de se reconhecer que, em certo aspecto, as maneiras de abordagem policial não são benquistas no Brasil. Não raros são os casos em que se reconhece que houve uma ação desmedida, desnecessária e desproporcional por parte da polícia, incorrendo em graves violações aos direitos humanos, tal como trouxe à exposição

a campanha virtual intitulada "#MeuPrimeiroAbusoPolicial[8]", lançada nas mídias sociais em 2017. Entretanto, a constância dessas observações se faz mais presente quando as abordagens se dirigem aos grupos compostos por negros.

É o que revela o estudo "A discricionariedade policial e os estereótipos suspeitos" (SOUZA; REIS, 2014), realizado a partir de pesquisas que tiveram como público-alvo a Polícia Militar de Belém e jovens da periferia de Belém, no qual 80,6% dos jovens afirmaram que a forma de abordagem dos policiais para com os negros era "regular" ou "ruim".

Nesse diapasão, ao trazer dados sobre violência contra negros, o *Atlas da Violência 2018* constatou que a desigualdade racial é gritante quando se parte da análise das políticas de segurança e violência letal:

> Já o *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* analisou 5.896 boletins de ocorrência de mortes decorrentes de intervenções policiais entre 2015 e 2016, o que representa 78% do universo das mortes no período, e, ao descontar as vítimas cuja informação de raça/cor não estava disponível, identificou que 76,2% das vítimas de atuação da polícia são negras.
>
> [...]
>
> Os negros, especialmente os homens jovens negros, são o perfil mais frequente do homicídio no Brasil, sendo muito mais vulneráveis à violência do que os jovens não negros. Por sua vez, os negros são também as principais vítimas da ação letal das polícias e o perfil predominante da população prisional do Brasil. (CERQUEIRA. et. al, 2018, p. 40).

Ao analisar tais dados conjuntamente à realidade, há um real reconhecimento de como os negros são mais vítimas da violência, seja mediante o número de vítimas letais negras por parte de atuação policial, seja pela ratificação de que o perfil da população prisional brasileira é predominantemente negro, comprovando a existência do racismo institucionalizado, responsável, inclusive, pela construção de um perfil marginalizado que é centrado sobre os corpos negros.

8 Campanha iniciada pela Revista Raça em maio de 2017. À época, a ideia da campanha era debater a violência policial contra negros. Nesse sentido, foram feitos vários relatos dos internautas via redes sociais como Facebook e Twitter. A campanha foi aderida por internautas de diversas cidades brasileiras, tendo, à época, tornado-se viral, possibilitando a denunciação irrestrita desta realidade e uma discussão ampla acerca do tema.

Nessa senda, observa-se que mesmo diante de uma dita fase de superação de preconceitos, a (re)produção do racismo institucional se fez e se faz presente, estando escancarada, dentre outras questões, pela própria análise de dados quanto à violência, mostrando o quanto a população negra está vulnerável e desprotegida no Brasil, levando-nos mesmo a crer que o Estado brasileiro, diante de toda conjuntura histórica construída, atua mesmo como o governo fictício de "Engenharia Reversa".

A CULTURA DO ÓDIO E O PAPEL DA MÍDIA: REPRODUÇÃO, ETIQUETAMENTO E TERROR

Como exposto anteriormente, os perfis marginalizados são estigmatizados pelo aparelho estatal. Porém, resta abordar um importante vetor que desempenha papel fundamental no processo de "marginalização" desses indivíduos: a mídia.

A atual conjuntura social encurrala os sujeitos dentro de "bolhas sociais". O nosso contexto diário é tão permeado de incertezas e inseguranças que estas acabam por alimentar a sensação de impotência e, principalmente, o medo diante da realidade circundante. Esse medo se torna mais intenso quando disperso, indistinto, difuso, sem conhecimento de origem e do destino (FRANCO, 2015, p. 161). A mídia, elemento intrínseco ao nosso cotidiano, desempenha um papel fundamental na fixação e reafirmação do ódio e do medo que permeiam os nossos subconscientes na atualidade.

Assim, como Thomas Carlyle deu significado a expressão, o "quarto poder" deveria servir como protetor dos cidadãos e salvaguardá-los dos abusos do poder, adotando uma postura independente em relação aos grupos dominantes e aos fervores irracionais da sociedade (ALBUQUERQUE, 2009).

Contudo, o que presenciamos é um meio extremamente sensível às inclinações advindas do meio político, econômico e social e que nesse ínterim acaba por influenciar e ditar padrões de comportamento em consonância com os ideais dos grupos que estão no poder (SENDEREY, 1983, p. 15). Atendendo, assim, aos interesses dos mais diversos, e não somente ao seu pressuposto existencial de levar a informação e de ser uma ferramenta mantenedora da democracia.

Dessa maneira, a partir da manifestação de um discurso baseado na visão dos detentores desses veículos e do grupo social do qual fazem parte, a prática discursiva dos meios de comunicação ajuda e pode promover mudanças no

modo de ver e pensar da sociedade como um todo. De forma que servem como meio fomentador de crenças, culturas e valores, sustentando apenas os interesses mercadológicos que representam.

No tocante ao Direito Penal, é perceptível que as notícias relacionadas à criminalidade ganharam espaço, de modo que se tornou rentável produzir e difundir tais matérias (KROHLING. BOLDT, 2008, p.4). Assim, ao propagar o medo e promover o endurecimento das leis penais como solução para a criminalidade, a mídia penetra na sociedade, de modo que promove mudanças sociais, difundindo um pensamento antidemocrático, que auxilia e alimenta a construção de uma conjuntura ainda mais punitivista.

Nesse ínterim, a delinquência se tornou um dos assuntos mais relevantes, virando pauta diária dos jornais e afins. Contudo, o objetivo de toda essa empreitada não é para tentar reduzir a criminalidade, mas sim fomentar as inquietudes sociais sobre essa delinquência (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 24). Nesse sentido, a mídia acaba por exercer um papel crucial na criação de um senso comum repressivo-punitivo, de modo que incentiva ações deslegitimadoras de direitos e garantias fundamentais, que, ressalte-se, são vistos como empecilhos para a dita justiça conclamada.

Os direitos humanos são visualizados, nessa perspectiva, como instrumentos beneficiadores dos "bandidos", como se uma pessoa que, na maioria dos casos, supostamente cometeu um delito deixasse de ser, efetivamente, uma pessoa. Portanto, a predominância desse discurso que deslegitima os direitos humanos e os valores civis básicos, como o direito à vida e à dignidade daqueles que são apenas "suspeitos", ou até mesmo daqueles que efetivamente cometeram crimes, bem como daqueles sujeitos que fazem parte do grupo social "errado" (leia-se, *racializado* e *pauperizado*), é prejudicial ao ideal constitucionalmente delimitado de Estado de Direito – qual seja, o Democrático, cujo epicentro axiológico é a irrestrita, universal e inconciliável Dignidade da Pessoa Humana (SARLET, 2012).

Essa é uma combinação que estimula as soluções violentas. Soluções essas que devem ser implementadas contra grupos populacionais previamente determinados. Assim, o ódio e o desprezo dessa sociedade de mercado vão ganhando corpo: a parte da população que está fora do mercado e de seus padrões de consumo passa a ser vista como uma ameaça, e o limite entre uma ameaça e um perigo "concreto" é muito tênue.

Ademais, a midiatização do medo e a capitalização da violência, para além de ferir preceitos fundamentais e fundamentos básicos do jornalismo, coloca este tipo de manchete mais próximo do entretenimento do que do verdadeiro jornalismo. Como nos diz Francisco Periago:

> A espetacularização da notícia policial, por meio de métodos extraídos do sensacionalismo, hiper-realismo e da dramaturgia, vulgariza a TV, diminui a credibilidade do jornalista e falseia o conteúdo do fato diante da realidade. (PERIAGO, 2004, p. 5)

O que vem a ocorrer, na verdade, é uma fusão entre notícia e entretenimento. As matérias são apresentadas em forma de espetáculo, diferenciando os "bons dos maus", apresentando cada acontecimento como se fosse uma grande fábula, uma dramatização (CALLEGARI. WERMUTH, 2010, p. 49). De tal modo, esta determinada mídia, com o intuito de ganhar mais terreno e vender o seu produto para seus consumidores preferenciais, elenca novos inimigos da sociedade, e o alvo preferencial da repressão criminal são os pobres e negros; é para lá, portanto, que as lentes opressivas voltam o seu olhar.

Assim, o que se tem de tudo isso é uma Justiça completamente afetada e "encurralada" pela midiatização do medo. Dessa análise é que parte a concretude da afirmação de que a mídia constitui o quarto poder do Estado, sendo o Poder Judiciário encoberto por sua força – principalmente em tempos de polarização, radicalização político-ideológica, generalização de discursos de ódio sedutores e de recrudescimento da economia política neoliberal – e influenciado pelos sentimentos e (des)afetos por ela suscitados. Vigora atualmente um clamor do senso comum midiático em torno de uma ideia enviesada de segurança pública e, não obstante, o que move o clamor por segurança e ordem pública é o *medo*. O medo tem a função de retroalimentar o clamor punitivista por mais pena, por mais cadeia e por mais rigor – sempre, claro, dirigidos contra o *outro*, convenientemente projetado como inimigo social.[9]

Dessa forma, o cidadão impulsionado pelo desespero e medo da violência e criminalidade, cerca-se em seu mundo e implora que o Estado prenda mais, puna

9 Esse conceito é bem explicado pelo jurista alemão Günther Jakobs. Sumariamente, segundo o autor, o direito penal do inimigo é a suspensão de certas garantias fundamentais com a finalidade de proteger a sociedade, os "cidadãos", bem como a ordem pública, contra os sujeitos que põem em risco a própria coesão social, a sua reprodução e manutenção. Neste caso, os alvos são "inimigos" da sociedade, criminosos ameaçadores, reincidentes, cuja reintegração já não seria mais uma possibilidade, de modo tal que o seu tratamento, mais rígido, diferenciado, adequar-se-ia à sua redução a uma categoria de não-cidadão. (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 23)

mais. A cristalização desse "inimigo" da sociedade impulsiona o telespectador de todo esse pandemônio para que segurança pública e presídio tornem-se meras mercadorias da cultura do medo, imposta pela falsa ideia de segurança.

Derradeiramente, as autoridades públicas, preocupadas com a aplicação e eficácia da justiça criminal, embasada pelas imagens reiteradamente expostas pela mídia, criam intervenções direcionadas a determinados grupos – aqueles assujeitados conforme o perfil marginalizado que fora historicamente produzido –, vendendo a informação de que as ações realizadas são benéficas, no sentido de agir preventivamente contra a iminência de crimes atrelados àqueles sujeitos, dando forma ao repúdio público e às políticas públicas de repressão, tudo isso balizado por um Racismo Institucional que legitima, informa e conforma tais ideologias e práticas por parte do Estado brasileiro.

Dessa maneira, o sistema penal seleciona um perfil pré-determinado de autor desviante, conforme um complexo processo de etiquetamento social de indivíduos. Logo, esse dispositivo racista de etiquetamento não consiste em um fenômeno isolado nem tampouco abstrato, traduzindo-se na realidade de milhões de jovens negros e moradores das periferias, exatamente o perfil da grande massa de presos hoje no Brasil. A clientela do sistema penal é constituída de negros pobres, não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados enquanto *criminosos*.[10]

Contudo, o Direito se estabelece segundo o axioma de que o destinatário da norma jurídica é "todo mundo e ninguém" (KELSEN, 1985) e essa posição é válida e verdadeira se partirmos do pressuposto de que o direito é texto e não um contexto. Considerando-se assim o direito, o destinatário é anônimo, pois será aquele que vier a se enquadrar no conteúdo previsto pelo juízo hipotético-condicional que caracteriza a norma. Mas, se observarmos o direito na sua concretude, enquanto fenômeno, veremos que ele é emanação de um poder concreto, destinado a seres concretos, tendo em vista objetivos rigorosamente orientados (AGUIAR, 2014, p. 27).

Sendo assim, a manipulação, a persuasão e o controle exercido sobre os nossos pensamentos não são sem motivo. Não existe um controle pelo controle. Ele é

10 Como aborda Vera Regina em "Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum" (1995), o desvio e a criminalidade não são adjetivos intrínsecos a um indivíduo, mas qualidades (etiquetas) atribuídas a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção. Uma conduta não é criminal "em si" (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio-ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a "definição" legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal e a "seleção" sistêmica que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas.

sempre orientado por um projeto, um modelo de "sociedade melhor". Esse modelo evidentemente é valorativo, oriundo, ao menos, de uma filosofia social ou mais exatamente de uma ideologia. Essa ideologia que martiriza corpos e direciona todo o ódio para os grupos marginalizados, pois sempre deve haver um culpado por toda barbárie que nos circunda.

Logo, torna-se mister citar Roberto Aguiar, que em sua obra "Direito, Poder e Opressão" ataca essa falácia da neutralidade do Direito, essa mentira imposta de que o discurso punitivista atinge a todos e que é o remédio para os males que nos afligem:

> Não é a um indivíduo abstrato que a norma é destinada, não é um destinatário neutro, um "ninguém", mas uma pessoa concreta, associada aos grupos permanentes ou transitórios, imersa na contradição dominante-dominado que se põe como consequência última das normas que são promulgadas para manter o poder, a unidade social e a estabilidade conforme os padrões de quem legisla. De quem determina o "dever-ser" da sociedade. Os grupos a que um indivíduo pertence possibilitam concretamente seus direitos e seus deveres, orwellianamente, a sua igualdade maior ou menor. (AGUIAR, 2014, p. 35)

Portanto, resta evidente que, nesse caso, a arte imitou a vida. Como presenciado no episódio do seriado, é necessário que as pragas sejam eliminadas para que possamos prosperar. No entanto, a sociedade não é capaz de se tornar lúcida o suficiente para perceber a alienação que lhe é imposta, dados os mecanismos complexos, ideológicos, estruturais, que impõem sobre os sujeitos a naturalização de um olhar negativo, desumanizador e odiento, dirigido contra os grupos contra-hegemônicos, seletivamente delimitados, conforme os projetos de manutenção do *status quo*, das estruturas opressivas e do poder dominante em uma determinada quadra histórica, sendo tais tecnologias repressivas socialmente informadas por marcadores como a classe, a raça, o gênero, a(s) etnia(s), a(s) sexualidade(s), bem como as demais identidades diversas que compõem os tecidos sociais sempre e necessariamente conflituosos, conforme o devir histórico da reprodução social capitalista sob o paradigma da modernidade (ALMEIDA, 2015, p. 752-753).

A midiatização do crime, e a difusão da miséria humana como forma de entretenimento é um mercado que ganha cada vez mais espaço e gera enorme lucratividade. O etiquetamento dos indivíduos é uma falácia construída em prol de uma "falsa" segurança que estampa nossos jornais. A indústria cultural da midiatização do terror reitera a posição de impotência e intensifica a raiva gerada por todo esse medo, construindo mitos como o do "bandido bom é bandido

morto", sendo este tipo de solução o "santo remédio" para todos os problemas, ou seja, apenas a erradicação ou o constante expurgo e humilhação dos "inimigos da sociedade", que são capazes de satisfazer o sentimento de "justiça".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos elementos trabalhados ao longo do presente artigo, afigura-se como inegável, o fato de que Estado brasileiro, em sua essência, é pautado pela produção e reprodução do Racismo Institucional. Tal assertiva é corroborada, para além da argumentação tecida anteriormente à exaustão, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA[11] (Organização dos Estados Americanos) e pela ONU[12] (Organização das Nações Unidas), de modo que se pode ter dimensão do quão estruturalmente profunda e sistêmica é a problemática do racismo na (con) formação da sociedade brasileira, e de suas instituições – tanto materiais, quanto ideológicas –, com primazia nessa conjuntura, por evidente, o próprio Estado.

A predominância dada à figura do Estado é de fundamental importância para a compreensão devida dessa problemática, pois, como se viu, é a partir desse ente, primordialmente representado aqui, pelo Judiciário e pela Polícia, que se efetiva esta verdadeira política pública de criminalização, marginalização e exclusão de parcelas significativas da população, posto que o critério utilizado para separar os "cidadãos" e os "inimigos" é, impreterivelmente, a raça e a classe, necessariamente conjugados.

O papel da mídia, por sua vez – mesmo que não integre estritamente o Estado, como as duas ramificações supracitadas – é de reproduzir a ideologia dominante, hegemônica, a fim de garantir a perpetuação dos interesses que atendem ao estrato mais privilegiado socioeconomicamente dentro das sociedades capitalistas. Para tanto, o medo, o ódio, o individualismo, a cegueira para os problemas sociais e o desgosto em relação à importância fundamental dos Direitos Humanos para a criação de uma sociedade justa, democrática e igualitária são pautas recorrentes.

Por fim, cumpre-nos propor um caminho: como combater tal problemática, cujas raízes se encontram tão profundamente arraigadas, histórica e culturalmente, na sociedade brasileira? Uma alternativa possível é a construção coletiva de uma contracultura altamente combativa, que se empenhe em modificar o *status quo*, preocupada em desconstruir – em primeiro plano na própria lógica individual, mas

11 Nesse sentido, ver: "OEA condena Brasil por não punir caso de racismo", artigo jornalístico da Folha de São Paulo, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1811200620.htm>.

12 Nesse ínterim, ver: "Relatório da ONU diz que Brasil tem racismo institucional", notícia veiculada pelo Portal G1 Mundo, disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/09/relatorio-apresentado-na-onu-diz-que-brasil-tem-racismo-institucional.html>.

principalmente no âmbito do imaginário coletivo – a ideia de que existem cidadãos de primeira classe e cidadãos de segunda classe; indivíduos que merecem mais direitos e garantias que os demais, porque seriam "cidadãos de bem".

Cumpre-nos combater a desigualdade social simultaneamente à clivagem racial que lhe estrutura, a partir da dinâmica histórica das sociedades escravistas pós-coloniais, compreendendo cabalmente que o contrário de criminalizar não é descriminalizar – isto é, aderir pura e simplesmente a um minimalismo penal chulo que, por si só, nada pode resolver –, mas (re)humanizar, (re)integrar e empoderar indivíduos e grupos – com especial atenção aos sujeitos social e historicamente racializados sob o significante da negritude – aos quais nunca se deu sequer a oportunidade de serem reconhecidos plenamente enquanto seres humanos.

É preciso destruir a "Engenharia Reversa", isto é, o Racismo Institucional que conforma o Estado e a Sociedade brasileira, utilizando-nos, taticamente, do fortalecimento da democracia, da ampliação da equidade, da recuperação dos indivíduos e em prol, sempre, da construção de uma "contracultura humanista" que supere o punitivismo vil e a cultura do ódio.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AGUIAR, Roberto. **Direito, Poder e Opressão**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 214 p.

ALBUQUERQUE, Afonso de. **As três faces do quarto poder.** Belo Horizonte. 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/25956715/As_Tr%C3%AAs_Faces_Do_Quarto_PODER1. Acesso em: 29 abr. 2019.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Estado, Direito e Análise Materialista do Racismo. In: AKAMINE Jr., Oswaldo; KASHIURA Jr., Celso; MELLO, Tarso de (org.). **Para a Crítica do Direito** – Reflexões sobre teorias e práticas jurídicas. São Paulo: Outras Expressões/Editorial Dobra, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social:** mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 24-36, jan. 1995. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>. Acesso em: 29 abr. 2019. doi:https://doi.org/10.5007/%x.

ARAUJO, Cicero. **Da função simbólica do discurso de ódio à naturalização da barbárie**. Justificando, 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/20/da-funcao-simbolica-do-discurso-de-odio-naturalizacao-da-barbarie/>. Acesso em: 29 jul. 2018.

CALLEGARI. André Luís. WERMUTH. Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2010. p. 49.

CERQUEIRA, Daniel. et al. **Atlas da Violência 2018.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

DALAPOLA, Kaique. **#MeuPrimeiroAbusoPolicial: uma campanha para denunciar abusos em abordagens policiais**. Disponível em: <https://ponte.org/meuprimeiroabusopolicial-campanha-traz-relatos-sobre-abusos-em-abordagens-policiais/>. Acesso em: 29 jul. 2018.

DÍEZ RIPOLLÉS. José Luis. **A Política Criminal na Encruzilhada**. Trad. André Luís Callegari. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2015. p. 24.

FAZIO, Márcia Cristina Puydinger de; ROCHA, Eduardo Gonçalves. Direito pela arte: o movimento Casa Warat. **Revista Direito & Sensibilidade**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 13-26, 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.unb.br/ojs248/index.php/enedex/article/view/4308/3607>. Acesso em: 15 abril. 2019.

ECCARD, Ana Flávia Costa; SILVA, Leonardo Rabelo de Matos. O Surrealismo Jurídico Como Método para o Ensino Jurídico à Luz de Warat. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 116-131, 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/1475/1933>.Acesso em: 29 jul. 2018.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FRANCESCO, Wagner. **Black Mirror: a construção do criminoso no episódio "Engenharia Reversa".** Justificando, 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/04/04/black-mirror-construcao-do-criminoso-no-episodio-engenharia-reversa/>. Acesso em: 23 jul. 2018.

FRANCO. Alberto Silva. **Reflexões sobre algumas inquietações do mundo atual**. Atas do 6 Congresso Internacional do PPGCrim/PUCRS, II Congresso Internacional do Instituto Eduardo Correia, Brasil/Portugal, XV Congresso Transdisciplinar de Ciências Criminais – ITEC/RS, Porto Alegre. Editora EdiPUCRS. Porto Alegre: 2015. p. 161.

FURQUIM, Saulo Ramos. **A Mídia e sua influência punitivista às culturas periféricas**. Justificando, 2014. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2014/09/07/midia-e-sua-influencia-punitivista-culturas-perifericas/>. Acesso em: 29 jul. 2018.

GELEDÉS. **Racismo Institucional: uma abordagem conceitual.** São Paulo: Trama Design, 55 p. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/wp-content/uploads/2013/05/FINAL-WEB-Racismo-Institucional-uma-abordagem-conceitual.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes Ed., 1985.

KROHLING. Aloísio. BOLDT. Raphael. **Entre Cidadãos e Inimigos**: o discurso criminalizante da mídia e a expansão do direito penal como instrumentos de consolidação da subcidadania. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba: UniBrasil, 2008. Vol. 4. n. 4.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo** – Noções e Críticas. 2ª ed., trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEITE, Márcia Pereira. **Preconceito racial e racismo institucional no Brasil.** Le monde diplomatique Brasil, 2012. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/preconceito-racial-e-racismo-institucional-no-brasil/>. Acesso em: 29 jul. 2018.

LYRA FILHO, Roberto.**O que é direito**. 17ª. ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

LUCHI, José Pedro. **A superação da filosofia da consciência em J. Habermas. A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade**. Roma: Editrice Pontifícia Università Gregoriana, 1999.

NAVES, Márcio Bilharinho. (org.). **Presença de Althusser**. Campinas: IFCH-Unicamp, 2010.

OLIVEIRA, Josinaldo Pires de. LEAL, Luiz Augusto Pinheiro. **Capoeira, identidade e gênero: ensaios sobre a história social da capoeira no Brasil.** EDUFBA: Salvador, 2009.

PERIAGO, F. R. **O perfil do repórter de telejornal policial no Brasil.** 2004. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo

RICHTER, Luíza. **A midiatização do medo: como o Direito Penal tem se comportado perante a mídia**. Justificando, 2018. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/02/06/midiatizacao-do-medo-como-o-direito-penal-tem-se-comportado-perante-midia/>. Acesso em: 29 jul. 2018.

ROMÃO, Davi Mamblona Marques. **Jornalismo policial: indústria cultural e violência**. 2013. Dissertação (Mestrado em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano) - Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.47.2013.tde-30072013-113910. Acesso em: 2019-04-29.

SANTOS, Tiago Vinícius André dos. **Racismo institucional e violação de direitos humanos no sistema de segurança pública:** um estudo a partir do Estatuto da Igualdade Racial. 2012. f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SENDEREY. Israel Drapkin. **Imprensa e criminalidade**. Trad. Ester Kosovski. Editora Jose Bursharsky. São Paulo: 1983. p. 15-41.

SILVA, Raíssa Zago Leite da. **Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização**. Revista Liberdades, nº 18, p. 101-109, 2015.

SOUZA, Jaime Luiz Cunha de; REIS, João Francisco Garcia. **A discricionariedade policial e os estereótipos suspeitos**. Rev. NUFEN, Belém, v. 6, n. 1, p. 125-166, 2014. Disponívelem:<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-25912014000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SPINOZA. Roberto Moreno. Accountability. In. CASTRO. Carmem Lúcia Freitas de. GONTIJO. Cynthia Rúbia Braga. AMABILE. Antonio Eduardo de Noronha (Org). **Dicionário de Políticas Públicas.** Barbacena: EdUEMG, 2012.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO LUGAR DE FALA DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS E A EMANCIPAÇÃO PELA EDUCAÇÃO EM DIREITOS

PUBLIC DEFENSORY AS A PLACE TO SPEAK FROM TRADITIONAL COMMUNITIES AND EMANCIPATION BY RIGHTS EDUCATION

Letícia Menezes Batista[1]

> *"Ao persistirem na ideia de que são universais e falam por todos, insistem em falar pelos outros, quando, na verdade, estão falando de si ao se julgarem universais".* Djamila Ribeiro

RESUMO: O presente artigo possui como objetivo analisar a constituição da epistemologia dominante de saberes, sob a perspectiva de Djamila Ribeiro, erigida sob a invisibilidade e marginalização das manifestações tradicionais dos povos colonizados, convocando a reflexão crítica acerca da hegemonia da linguagem eurocristã, branca e patriarcal na legislação pátria, como forma de perpetuação da desigualdade, ao silenciar outras experiências do conhecimento pela delimitação do lugar de fala e dos processos de resistência dos povos tradicionais. De forma dialética à discussão teórica tecida, serão enfatizadas a atuação e experiências concretas da Defensoria Pública do Estado do Paraná, ao garantir a democratização do acesso à justiça aos indivíduos contra-hegemônicos, por eliminar as barreiras da linguagem dominante, seletiva e estigmatizante, e garantir voz e visibilidade a outras identidades étnicas e raciais, a fim de que sejam reconhecidas pelas instituições em suas pautas e se alicercem dentro da sistemática de direitos.

Palavras-chave: Lugar de fala. Defensoria Pública. Acesso à justiça.

1 Pós-graduanda em Direito Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina

INTRODUÇÃO

A hierarquização de saberes está intimamente relacionada à classificação racial da população brasileira, historicamente escravocrata, na qual aqueles que possuem o privilégio social determinam o privilégio epistêmico e a linguagem dominante, imposição caracterizada, sobretudo, pela hegemonia da ciência produzida pelo homem branco.

Neste cenário, outras formas de conhecimento são completamente obstruídas e marginalizadas face à estratificação eurocêntrica, que se apropria de discursos dissidentes e inviabiliza o reconhecimento de outras experiências do conhecimento dos povos tradicionais colonizados.

Atrelada à proposta orientadora da reflexão deste artigo, a síntese da autora Djamila Ribeiro elucida:

> [...] a linguagem dominante pode ser utilizada como forma de manutenção de poder, uma vez que exclui indivíduos que foram apartados das oportunidades de um sistema educacional justo. A linguagem, a depender da forma como é utilizada, pode ser uma barreira ao entendimento e estimular criar mais espaços de poder em vez de compartilhamento, além de ser um- entre tantos outros- impeditivo para uma educação transgressora. (RIBEIRO, 2019, p. 14).

A compreensão proposta, em início, parte da verificação da estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, adequada a promover a igualdade étnico racial e a defesa das comunidades tradicionais, com enfoque na Constituição Federal de 1988, no Decreto nº 6.040 de 2007, na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho e no Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288/2010, com realce nos avanços e retrocessos, bem como na articulação de medidas investidas pelo Poder Público para sanar as discrepâncias étnicas, através da inserção dos saberes culturais no sistema formal de educação.

Neste intuito, a Defensoria Pública, instituição incumbida da promoção dos direitos humanos pela Constituição Federal, possui como função primordial e prioritária ser educadora em direitos e lugar de fala dos povos pertencentes às comunidades tradicionais, prover luz a outros saberes e a garantir acesso à ordem jurídica justa, através do fortalecimento da individualidade cultural e étnica, de forma a incentivar o protagonismo emancipatório das comunidades, a serem capacitadas a lutar por seus próprios direitos, no exato ideário envidado por Djamila Ribeiro:

> Pensando num contexto brasileiro, o saber das mulheres de terreiro, das Ialorixás e Babalorixás, das mulheres do movimento de lutas por creches, lideranças comunitárias, irmandades negras, movimentos sociais, outra cosmogonia a partir de referências provenientes de religiões de matriz africanas, outras geografias de razões e saberes. Seria preciso, então, desestabilizar e transcender a autorização discursiva branca, masculina cis e heteronormativa e debater como as identidades foram construídas nesses contextos. (RIBEIRO, 2019, p. 27).

Imprescindível a consideração de que assegurar visibilidade e voz às comunidades tradicionais, pugna por uma dialética próxima à realidade social, atenta à sensível ponderação acerca da legitimação do discurso opressor a que se pretende combater.

Por fim, com o intuito de enfatizar a importância da interação prática direta com os detentores dos direitos historicamente silenciados, sob a premissa de que para compreender determinado discurso é indispensável conhecer seu funcionamento, ressaltar-se-á o desenvolvimento do projeto emancipatório de formação de Operadores dos Direitos Étnicos e Coletivos- Ilhéus do Rio Paraná, promovido pela Defensoria Pública do Estado do Paraná, em 2019.

A APROPRIAÇÃO DO DISCURSO DOS POVOS TRADICIONAIS E A QUEBRA DO SILÊNCIO INSTITUÍDO

O silêncio foi e ainda é imposto aos sujeitos que foram colonizados, cujos saberes produzidos são subalternizados, através da universalização da epistemologia eurocristã e da cominação de normas que atribuem poder absoluto ao discurso dominante branco e masculino.

Prepondera um sistema de poder que inviabiliza, impede e invalida saberes produzidos por grupos étnicos desprovidos do direito à voz, por se situarem em um *locus social* em que suas humanidades não foram reconhecidas:

> Dentro desse projeto de colonização, quem foram os sujeitos autorizados a falar? O medo imposto por aqueles que construíram as máscaras serve para impor limites aos que foram silenciados? Falar, muitas vezes, implica receber castigos e represálias, e justamente por isso, muitas vezes, prefere-se concordar com o discurso hegemônico como modo de sobrevivência? E, se falamos, podemos falar sobre tudo ou somente sobre o que nos é permitido falar? Numa sociedade suprematista branca e patriarcal, mulheres brancas, mulheres negras, homens negros, pessoas transexuais, lésbicas, gays podem falar do

> mesmo modo que homens brancos cis heterossexuais? Existe o mesmo espaço e legitimidade? Quando existe algum espaço para falar, por exemplo, para uma travesti negra, é permitido que ela fale sobre Economia, Astrofísica, ou só é permitido que fale sobre temas referentes ao fato de ser uma travesti negra? Saberes construídos fora do espaço acadêmico são considerados saberes? (RIBEIRO, 2019, p. 77)

Destaque-se que a expressão falar não se restringe ao ato de emitir palavras, mas a poder existir. Refletir sobre o lugar de fala pressupõe refutar a historiografia tradicional e a hierarquização de saberes advindos da hierarquia social.

Em consequência, o fato de ocuparem lugares de maior vulnerabilidade social, faz com que certas medidas, consideradas retrógradas, atinjam esses grupos de maneira mais incisiva. A título exemplificativo, a autora Djamila Ribeiro ressalta as particularidades vivenciadas por mulheres negras, cujas necessitadas são completamente excluídas, como no atual projeto de Reforma da Previdência, recentemente aprovado:

> A Reforma da Previdência, que caminha no Congresso sob a forma da Proposta de Emenda Constitucional número 287, prevê aumentar o tempo de contribuição para 25 anos e a idade mínima para 65 anos para as mulheres. Essa medida não leva em consideração a divisão sexual do trabalho imposta em nossa sociedade. Vale dizer, pois mulheres ainda são aquelas moldadas para desempenhar o trabalho doméstico e obrigadas a serem as maiores responsáveis pela criação dos filhos. Mulheres, sobretudo, negras, partem de pontos diferentes e consequentemente desiguais. (RIBEIRO, 2019, p. 65).

É clarividente a invisibilidade dos grupos historicamente atingidos pelo colonialismo e pela escravidão, constada a existência de inúmeras barreiras impostas para impedir a intervenção no discurso autorizado hegemônico segregacionista.

Com isso, refutar a pretensa universalidade requer a promoção de uma multiplicidade de vozes para, acima de tudo, rescindir o discurso autorizado e único, ao dar expressão a diferentes formas de experiências, ao viabilizar interpretações autênticas, sem apropriações, pautadas na autodefinição dos indivíduos em seus saberes e insurgências.

Incontestável a tese de que saberes produzidos pelos indivíduos de grupos historicamente discriminados, para além de serem contradiscursos importantes, são lugares de potência e configuração do mundo por outros olhares e geografias.

REFLEXÕES ATUAIS SOBRE A QUESTÃO ÉTNICA E CULTURAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal, artigo 215, determina que o Estado apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais populares, indígenas e afrobrasileiras, e as de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

No artigo 216 a Constituição Federal reforça que deve ser promovido e protegido pelo Poder Público, o patrimônio cultural brasileiro, compreendidos os bens de natureza material e imaterial, as formas de expressão, existência e vivências dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Posteriormente, foi promulgada a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, em 2004, a qual reforçou os direitos previstos na Constituição Federal de 1988, ao consolidar a defensa, o respeito e a valorização da multiplicidade étnica e cultural dos povos e comunidades, ao orientar as políticas públicas voltadas a esses segmentos.

Neste desígnio, o texto consolida o dever dos Estados Nacionais em promover a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais dos povos tradicionais, com esteio na premissa do respeito às identidades sociais e culturais, no reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas por esses povos, na garantia de serviços de saúde adequados e na implementação de programas e serviços educacionais diferenciados e interculturais, alinhados às suas especificidades e seus projetos de futuro:

> Para além dos direitos listados acima, já assegurados na Constituição Federal e na legislação dela decorrente, a Convenção traz três novos princípios que representam importantes avanços na relação entre o Estado Brasileiro e os povos indígenas e tribais: a autoidentificação, ou consciência de sua identidade, como critério subjetivo fundamental para o reconhecimento desses grupos; o direito à participação na formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam impactá-los; e o direito à consulta, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. (CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 18)

Em sequência, o reconhecimento do direito à autoidentificação estruturou a constituição do Decreto nº 6.040/2007, que regulamenta a Política Nacional para o Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais, e os distinguiu como grupos culturalmente diferenciados:

> Art. 1º As ações e atividades voltadas para o alcance dos objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais deverão ocorrer de forma intersetorial, integrada, coordenada, sistemática e observar os seguintes princípios:
>
> I - o reconhecimento, a valorização e o respeito à diversidade socioambiental e cultural dos povos e comunidades tradicionais, levando-se em conta, dentre outros aspectos, os recortes etnia, raça, gênero, idade, religiosidade, ancestralidade, orientação sexual e atividades laborais, entre outros, bem como a relação desses em cada comunidade ou povo, de modo a não desrespeitar, subsumir ou negligenciar as diferenças dos mesmos grupos, comunidades ou povos ou, ainda, instaurar ou reforçar qualquer relação de desigualdade;
>
> II - a visibilidade dos povos e comunidades tradicionais deve se expressar por meio do pleno e efetivo exercício da cidadania;
>
> III - a segurança alimentar e nutricional como direito dos povos e comunidades tradicionais ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis;
>
> IV - o acesso em linguagem acessível à informação e ao conhecimento dos documentos produzidos e utilizados no âmbito da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais;
>
> V - o desenvolvimento sustentável como promoção da melhoria da qualidade de vida dos povos e comunidades tradicionais nas gerações atuais, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras e respeitando os seus modos de vida e as suas tradições;

> VI - a pluralidade socioambiental, econômica e cultural das comunidades e dos povos tradicionais que interagem nos diferentes biomas e ecossistemas, sejam em áreas rurais ou urbanas;
>
> VII - a promoção da descentralização e transversalidade das ações e da ampla participação da sociedade civil na elaboração, monitoramento e execução desta Política a ser implementada pelas instâncias governamentais;
>
> VIII - o reconhecimento e a consolidação dos direitos dos povos e comunidades tradicionais;
>
> IX - a articulação com as demais políticas públicas relacionadas aos direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais nas diferentes esferas de governo;
>
> X - a promoção dos meios necessários para a efetiva participação dos Povos e Comunidades Tradicionais nas instâncias de controle social e nos processos decisórios relacionados aos seus direitos e interesses;
>
> XI - a articulação e integração com o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional;
>
> XII - a contribuição para a formação de uma sensibilização coletiva por parte dos órgãos públicos sobre a importância dos direitos humanos, econômicos, sociais, culturais, ambientais e do controle social para a garantia dos direitos dos povos e comunidades tradicionais;
>
> XIII - a erradicação de todas as formas de discriminação, incluindo o combate à intolerância religiosa; e
>
> XIV - a preservação dos direitos culturais, o exercício de práticas comunitárias, a memória cultural e a identidade racial e étnica.

De extrema relevância esta previsão legal por representar destoante avanço social ao legitimar as autênticas formas de organização sociocultural, sobretudo, por reforçar a necessidade da oitiva dos povos em seus territórios e conferir estima a cada particularidade cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, oriundas dos saberes, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição:

> O direito de participação e a consulta são as grandes inovações do texto e apontam para a necessidade de construção de novos paradigmas na relação entre os aparatos estatais e os povos e comunidades tradicionais. Isso porque ao defender que os povos

> interessados se posicionem em relação às medidas que possam impactá-los e participem da construção das políticas e projetos voltados a eles, o texto rompe com a visão integracionista de que gradativamente esses grupos seriam incorporados às suas sociedades nacionais. (CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p.19)

Saliente-se, ademais, que a Convenção nº 169 reconheceu formalmente, o direito ao lugar de fala de povos e comunidades tradicionais ao atribuir visibilidade e garantir a independência para que se autodefinam em seus direitos territoriais e subjetividades. Além disso, foi precursora na fixação do dever à consulta prévia dos povos tradicionais, diante de quaisquer ameaças que possam influir em sua existência e costumes.

Em âmbito infralegal, destaca-se que o Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288/2010, garante direitos para a população negra, em termos de igualdade de oportunidades, de defesa dos direitos étnicos desta população e do combate à discriminação étnico-racial.

O Estado brasileiro afirma que o objetivo desta lei é a correção de desigualdades históricas de oportunidades e de direitos dos descendentes de escravos do país. Neste intuito, o estatuto define o que é discriminação racial, desigualdade racial, população negra e também o que são ações afirmativas:

> Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.
>
> Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:
>
> I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

> II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;
>
> III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;
>
> IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;
>
> V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;
>
> VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

A ideia central regente do estatuto visa à promoção da igualdade étnica, a ser concretizada pela igualdade de oportunidades, correção das desigualdades históricas e raciais e combate às desigualdades étnicas e raciais.

Neste sentido, a lei declara que a população negra tem direito universal e igual à saúde, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à liberdade de consciência e de crença, ao livre exercício dos cultos religiosos, ao acesso à terra, à moradia adequada, ao trabalho e aos meios de comunicação.

Salienta-se que os moradores das comunidades de remanescentes de quilombos serão beneficiários de incentivos específicos para a garantia do direito à saúde, incluindo melhorias nas condições ambientais, no saneamento básico, na segurança alimentar e nutricional e na atenção integral à saúde.

Dentre mencionados direitos, importante destacar as especificidades das garantias a serem preservadas:

> Direito à educação: obriga escolas de ensino fundamental e de ensino médio, públicas e privadas, a ensinar história geral da África e a história da população negra no Brasil;

Direito à cultura: garante aos remanescentes das comunidades dos quilombos o direito de preservar de seus usos, costumes, tradições e manifestos religiosos (cultos), tudo isso com a proteção do Estado. Ao mesmo tempo reconhece a propriedade definitiva das terras que estejam ocupadas por essas comunidades, e o Estado deverá conceder (dar) os títulos destas terras a estes remanescentes;

Direito ao esporte e lazer: reconhece a capoeira como esporte e permite que o governo destine recursos para essa prática;

Direito à liberdade de consciência, de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos: assegura o livre exercício dos cultos religiosos de origem africana e garante a proteção aos locais de cultos e às suas liturgias; libera assistência religiosa em hospitais aos seguidores desses cultos. Além disso, prevê ação penal para aqueles que praticarem atitudes de intolerância religiosa nos meios de comunicação;

Direito ao acesso à terra: prevê o incentivo de atividades produtivas rurais para a população negra no campo;

Direito à moradia: poder público garantirá a implementação de políticas públicas para assegurar o direito à moradia adequada da população negra que vive em favelas, cortiços, áreas urbanas subutilizadas, degradadas ou em processo de degradação, a fim de reintegrá-las à dinâmica urbana e promover melhorias no ambiente e na qualidade de vida;

Direito ao trabalho: proíbe empresas de contratarem pessoas por aspectos próprios de etnias;

Direito a meios de comunicação: produção veiculada pelos órgãos de comunicação valorizará a herança cultural e a participação da população negra na história do país.

Dentre os avanços no ordenamento jurídico, cite-se a aprovação do regulamento do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial - Sinapir, Decreto n.º 8.136/2013, como forma de organização e de articulação voltadas à implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no país, prestados pelo Poder Público Federal, sendo que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão participar do Sinapir mediante adesão.

Segundo o artigo 4º, são princípios do Sistema Nacional de Promoção de Igualdade Racial:

> Art. 4º São princípios do Sinapir:
>
> I - desconcentração, que consiste no compartilhamento, entre os órgãos e entidades da administração pública federal, das responsabilidades pela execução e pelo monitoramento das políticas setoriais de igualdade racial;
>
> II - descentralização, que se realiza na definição de competências e responsabilidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo a permitir que as políticas de igualdade racial atendam às necessidades da população;
>
> III - gestão democrática, que envolve a participação da sociedade civil na proposição, acompanhamento e realização de iniciativas, por meio dos conselhos e das conferências de Promoção da Igualdade Racial; e
>
> IV - estímulo à adoção de medidas que favoreçam a promoção da igualdade racial pelos Poderes Legislativo e Judiciário, Ministério Público, Defensorias Públicas e iniciativa privada.

Em sequência, ressalta-se os seguintes objetivos a serem perseguidos:

> Art. 5º São objetivos do Sinapir, de acordo com o art. 48 da Lei nº 12.288, de 2010 :
>
> I - promover a igualdade étnica e o combate às desigualdades sociais resultantes do racismo, inclusive mediante a adoção de ações afirmativas;
>
> II - formular políticas destinadas a combater os fatores de marginalização e a promover a integração social da população negra;
>
> III - descentralizar a implementação de ações afirmativas pelos governos estaduais, distrital e municipais;
>
> IV - articular planos, ações e mecanismos para promoção da igualdade étnica; e
>
> V - garantir a eficácia dos meios e dos instrumentos criados para a implementação das ações afirmativas e o cumprimento das metas a serem estabelecidas.

Em que pesem os estímulos à promoção da igualdade racial, recentemente, dentre os diversos retrocessos na educação brasileira, há de se destacar a aprovação do Decreto nº 9.883, de 27 de junho de 2019, que culminou na extinção da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão.

A Secadi- Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (SECADI/MEC), regulamentada pelo revogado Decreto nº 7.690 de 2012, possuía a finalidade de contribuir para o desenvolvimento dos sistemas de ensino, voltados à valorização das diferenças e da diversidade sociocultural, à promoção da educação inclusiva, dos direitos humanos e da sustentabilidade socioambiental.

Possuía como eixos temáticos ações no campo de Educação de Jovens e Adultos, Educação Especial na perspectiva inclusiva, Educação Ambiental e em Direitos Humanos, Educação do Campo, Indígena e Quilombola e Educação para as Relações Étnico-Raciais:

> Art. 20. À Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão compete:
>
> I - planejar, orientar e coordenar, em articulação com os sistemas de ensino, a implementação de políticas para a alfabetização, a educação de jovens e adultos, a educação do campo, a educação escolar indígena, a educação em áreas remanescentes de quilombos, a educação em direitos humanos, a educação ambiental e a educação especial;
>
> II- implementar ações de cooperação técnica e financeira entre a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, e organismos nacionais e internacionais, voltadas à alfabetização e educação de jovens e adultos, a educação do campo, a educação escolar indígena, a educação em áreas remanescentes de quilombos, a educação em direitos humanos, a educação ambiental e a educação especial;
>
> III - coordenar ações transversais de educação continuada, alfabetização, diversidade, direitos humanos, educação inclusiva e educação ambiental, visando à efetivação de políticas públicas de que trata esta Secretaria, em todos os níveis, etapas e modalidades; e
>
> IV - apoiar o desenvolvimento de ações de educação continuada, alfabetização, diversidade, direitos humanos, educação inclusiva e educação ambiental, visando à efetivação de políticas públicas intersetoriais.

Destaque-se que, para que o Estado oferte políticas públicas educacionais voltadas a garantir o acesso e a permanência dos alunos, é importante o reconhecimento das diferenças e particularidades, para que, ao revés, não se tornem excludentes ao efetivar o direito fundamental de acesso à educação.

Neste sentido, a atuação da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão, possuía como finalidade assegurar o direito à educação com qualidade e equidade, ao promover políticas públicas educacionais voltadas para a inclusão social e abertura de espaços à diversidade étnica e cultural.

Assim, a extinção da Secadi por meio do Decreto nº 9.465, de 2 de janeiro de 2019 é, inegavelmente, um retrocesso aos direitos humanos das comunidades tradicionais, pois obstrui o reconhecimento da diversidade, a ascensão social pela equidade e a inclusão sociocultural no processo educativo, contradição destoante aos princípios democráticos que regem o Estado brasileiro.

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO LUGAR DE FALA E EDUCADORA EM DIREITOS, A PROPORCIONAR O EFETIVO O ACESSO À JUSTIÇA

A reivindicação de direitos pressupõe a conscientização sobre sua constituição e sobre os mecanismos de operacionalização, além da noção de como se articulam as possibilidades de concretização existentes, principalmente, a permitir a criticidade de seu conteúdo para preencher lacunas e buscar estratégias de atualização e harmonização à realidade fática dos povos tradicionais.

Infere-se que a premissa básica ao exercício da cidadania, nas palavras de Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves da Silva, é, de forma indissociável, a educação:

> Além de constituir um direito em si mesmo, a educação constitui pré-requisito indispensável para a realização de diversos outros direitos.
>
> Afinal, antes que um direito possa ser efetivamente reinvidicado através do aparelho judiciário, é preciso que haja o reconhecimento da existência do próprio direito juridicamente exigível pelo lesado. Somente aquele que tem consciência de seus direitos é capaz de buscar sua efetividade prática.
>
> Muitas vezes, como a falta de recursos financeiros vem acompanhada da falta de informação, o acesso à justiça é obstado aos carentes e necessitados simplesmente pelo fato de desconhecerem que tenham direitos a pleitear, ou que possam ter sucesso na tarefa de lutar por seus direitos.
>
> Por isso, a necessidade de informação é primordial e prioritária. O desconhecimento constitui a primeira barreira a ser vencida na busca pelo acesso à justiça. (ESTEVES; SILVA, 2018, p. 408).

Neste aspecto, imprescindível a análise prévia e empírica das particularidades das comunidades tradicionais, as quais demarcam suas vulnerabilidades e necessidades por, na maioria dos casos, ultrapassarem a carência no sentido econômico, ampliando-se aos recursos jurídicos, sujeitos outrora denominados "carentes organizacionais", por Mauro Cappelletti.

Desta forma, o acesso à ordem jurídica justa e à participação dos povos a influir nos processos de resistência de descolonização do conhecimento, dependem diretamente dos serviços prestados pela Defensoria Pública, instituição incumbida pela Constituição Federal de 1988, de promover os direitos humanos.

Importante consignar, neste aspecto, que a Lei Complementar n° 80/1994 foi fundamental ao aperfeiçoar e ampliar as garantias das parcelas culturalmente marginalizadas, por fixar nos termos do artigo 4°, inciso III:

> Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
>
> III- promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;

Convém ressaltar que a educação em direitos e o diálogo constante com os diretamente interessados é o instrumento de maior efetividade a garantir o acesso à justiça.

A *priori*, pelo caráter preventivo, a diminuir litígios submetidos à apropriação cultural do judiciário, muitas vezes legitimador da hegemonia eurocristã, incapaz de adequar-se à complexidade interdisciplinar exigida, e ainda enrijecido em face da diversidade antropológica.

Em segundo aspecto, por respeitar as diversidades culturais em seus próprios espaços, sendo de suma importância, o papel desempenhado pela justiça itinerante e a promoção prioritária de solução extrajudicial de conflitos, também função institucional da Defensoria Pública:

> A educação em direitos possui o escopo fundamental de garantir a aquisição dos conhecimentos, habilidades e valores necessários para que o indivíduo carente possa conhecer, compreender, afirmar e reivindicar os próprios direitos, sejam aqueles fixados no ordenamento jurídico interno, sejam os que emanam de instrumentos jurídicos da ordem internacional. Por isso, o aprendizado jurídico não constitui um fim em si mesmo, mas objetiva assegurar a intervenção cultural na realidade das classes menos favorecidas, com o objetivo de transformação social. [...]

> Para tanto, a Defensoria Pública deve adotar políticas educacionais destinadas a informar e conscientizar as classes menos favorecidas sobre seus direitos básicos, fazendo com que sejam capazes de identificar situações de violações à ordem jurídica e possam reivindicar a reparação devida.
>
> Esse trabalho de conscientização e educação jurídica deve ser exercido além das fronteiras dos gabinetes e dos fóruns, com a realização de campanhas informativas dirigidas para comunidades carentes, organizações civis, associações de moradores, grupos vulneráveis, escolas públicas etc. (ESTEVES; SILVA, 2018, p. 409).

Frise-se que a educação em direitos possui como escopo garantir que o indivíduo tenha mínimas condições de acesso à ordem jurídica justa, na condição de protagonista, sem assumir posição meramente receptiva e passiva nos conflitos de interesses, uma vez previamente conscientizado pelo serviço jurídico assistencial público, o qual possui intrinsecamente a aptidão de criar conexões e ampliar os espaços de fala:

> Tirar essas pautas da invisibilidade e analisá-las com um olhar interseccional mostra-se muito importante para que fujamos de análises simplistas ou para se romper com essa tentação de universalidade que exclui. A história tem nos mostrado que a invisibilidade mata, o que Foucault chama de "deixar viver ou deixar morrer". A reflexão fundamental a ser feita é perceber que, quando pessoas negras estão reivindicando o direito a ter voz, elas estão reivindicando o direito à própria vida (RIBEIRO, 2019, p. 42).

Afere-se que a superação da barreira da desinformação é atribuída à Defensoria Pública, por meio de seus agentes de transformação social e difusores do conhecimento jurídico, ao traduzirem a linguagem do poder e inserirem fissuras que permitam aos povos colonizados atuar e influenciar na manutenção de sua dignidade:

> Nada mais ético do que pensar em saídas emancipatórias para isso, lutar para que elas possam ter direito a voz e melhores condições. Nesse sentido, seria urgente o deslocamento do pensamento hegemônico e a ressignificação das identidades, sejam elas de raça, de gênero ou de classe, para que se pudesse construir novos lugares de fala com o objetivo de possibilitar voz e visibilidade a sujeitos que foram considerados implícitos dentro dessa normatização hegemônica. (RIBEIRO, 2019, p. 43).

Saliente-se, em síntese conclusiva, que a interpretação de fatos sociais feita por outros sujeitos, distorce a interpretação da realidade étnica, exatamente por não incluir tais povos nas instituições para se expressarem de maneira autônoma, por isso, a importância basilar de que tais grupos se autodefinam e não sejam definidos por outros.

Assim, a Defensoria Pública contribui diretamente para a formação de uma sensibilização coletiva sobre os direitos humanos, para a erradicação da discriminação, incluindo o combate à intolerância religiosa, o que consequentemente, influi na preservação dos direitos culturais, das práticas comunitárias, da memória cultural e da identidade racial e étnica, nos exatos termos dos incisos XII, XIII e XIV, do artigo 1º, da Política Nacional para o Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais.

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ JUNTO AOS POVOS TRADICIONAIS DE ILHÉUS

Em alusão à aplicação dos preceitos teóricos mencionados, a Defensoria Pública do Estado do Paraná, em 2019, promoveu o curso de formação de Operadores dos Direitos Étnicos e Coletivos- Ilhéus do Rio Paraná, uma parceria realizada entre o Núcleo de Defesa dos Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais, NUPOVOS, do Campus Paranaguá, com o Eixo dos Cursos Proeja e FIC/EJA:

> Ainda existem os povos ilhéus, comunidades tradicionais que habitam ou habitavam o arquipélago da Ilha Grande, localizadas no alto do Rio Paraná, próximo às divisas do Paraná e Mato Grosso do Sul. Alguns deixaram as terras por conta da construção de Itaipu, depois da Usina da Ilha Grande e finalmente, do Parque Nacional da Ilha Grande na região. [...] Atualmente, os ilheiros enfrentam problemas frente a órgãos como IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis -, INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - e IAP - Instituto Ambiental do Paraná. Existe ainda, falta de compreensão frente ao Ministério Público, sendo inclusive, estes povos pressionados a deixarem as ilhas que ocupam. Esta é uma luta, que apesar de antiga, começa a se articular com outras e busca possibilidades de garantir a retomada dos direitos coletivos deste tipo de comunidade. (JÚNIOR, Gladstone Leonel da Silva; SOUZA Roberto Martins de, 2009, p. 140)

O objetivo do curso foi conscientizar os representantes dos povos tradicionais de Ilhéus, que lutam há mais de trinta anos para recuperar o território tradicional

nas Ilhas do Rio Paraná, expulsos e desabrigados no ano de 1982, pelo início da operação de Itaipu, situação agravada pela posterior criação arbitrária do Parque Nacional de Ilha Grande e da APA das Várzeas do Rio Paraná, em contexto no qual dez mil ilhéus foram expulsos de suas ilhas sem que fossem indenizados.

O curso resultou na formação de 17 representantes dos povos tradicionais de Ilhéus, operadores de direitos étnico e coletivos, incumbidos do compromisso de disseminar os conhecimentos aprendidos.

Assim, a Defensoria Pública, neste caso, em interação direita com os detentores do lugar da fala, ao garantir que desenvolvessem suas próprias experiências, teorias e pensamentos e se autodefinissem, em fortalecimento e transcendência à norma colonizadora.

Fundamental a atuação da Defensoria Pública a compreender as heterogeneidades das comunidades, dinâmica e mutável, consoante os sábios ensinamentos de um dos maiores educadores do pais, àqueles que almejam a transformação social por meio da educação, como o caminho necessário à Justiça e à Paz:

> O próprio discurso teórico, necessário à reflexão crítica, tem de ser de tal modo concreto que quase se confunda com a prática. O seu "distanciamento epistemológico" da prática enquanto objeto de sua análise deve dela "aproximá-lo" ao máximo. Quanto melhor faça esta operação tanto mais inteligência ganha da prática em análise e maior comunicabilidade exercer em torno da superação da ingenuidade pela rigorosidade. (FREIRE, 2019, p.40)

Em síntese, o Defensor Público é agente responsável pela promoção, difusão e conscientização dos direitos humanos e da cidadania, através da educação jurídica, a garantir visibilidade e voz às comunidades marginalizadas, processo que, em contrapartida, requer a compreensão das identidades culturais e a constante reformulação do discurso hegemônico, a valer-se das normas para torná-las acessíveis, práticas e adaptáveis à realidade dos povos tradicionais:

> Como expressar-se não é um direito garantido a todos e todas- ainda há a necessidade de democratização das mídias e rompimento de um monopólio-, a discussão sobre liberdade de expressão também não pode ser pautada unicamente no direito- não absoluto- de expressar opiniões. Friso que mesmo diante dos limites impostos, vozes dissonantes têm conseguido produzir ruídos e rachaduras na narrativa hegemônica, o que muitas vezes, desonestamente,

> faz com que essas vozes sejam acusadas de agressivas por lutarem contra a violência do silêncio imposto. O grupo que sempre teve o poder, numa inversão lógica e falsa simetria causada pelo medo de não ser o único, incomoda-se com os levantes de vozes. Entretanto, mesmo com essas rachaduras, torna-se essencial o prosseguimento do debate estrutural, uma vez que uma coisa não anula a outra, definitivamente. (RIBEIRO, 2019, p. 86).

CONCLUSÃO

A ruptura ao discurso hegemônico eurocristão dominante, silenciador de outras experiências epistemológicas, pressupõe a garantia do lugar de fala das comunidades tradicionais brasileiras colonizadas, oprimidas e retificadas.

Neste contexto, ressalta-se a invalidação dos discursos dissonantes e as barreiras institucionais que silenciam e marginalizam identidades.

A efetividade dos direitos à igualdade e a não discriminação consagrados pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional somente se concretizará, à medida que os indivíduos pertencentes às comunidades tradicionais sejam conhecedores e postuladores de seus próprios direitos e interesses.

Imprescindível, pois, a viabilização de um processo em que a representação não seja um mecanismo de exclusão dos representados, mas proporcione a obtenção de tutela efetiva dos direitos materiais violados, permitindo a participação direta da população tradicional.

Em decorrência, a incumbência constitucional atribuída à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, possui como intrínseca razão de existência, a atuação prioritária na educação em direitos, capaz de emancipar indivíduos e orientá-los a avaliar prospectiva e retrospectivamente as ações e necessidades subjacentes à sua própria realidade, em seus respectivo locus social.

Portanto, a busca por aproximação da classe ou grupo, deve ser constante e ocorrer de modo que a legitimidade dos povos e comunidades tradicionais não se restrinja aos espaços institucionalizados que se apropriam dos discursos para, de forma iníqua, reivindicá-los, mas que de fato, garanta a participação por parte dos titulares do direito na tomada de decisões, aprimorando assim a tutela às comunidades tradicionais e a preservação da diversidade cultural.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Brasília. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2019.

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

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Povos livres, territórios em luta: relatório sobre os direitos dos povos e comunidades tradicionais. Brasília**: Conselho Nacional dos Direitos Humanos, 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. **IFPR, NUCIDH e DPU formam a 1ª Turma de Operadores em Direitos Étnicos e Coletivos Ilhéus do Rio Paraná**. Disponível em: < http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2019/06/1436/IFPR-NUCIDH-e-DPU-formam-a-1a-Turma-de-Operadores-em-Direitos-Etnicos-e-Coletivos-Ilheus-do-Rio-Parana.html>. Acesso em: 31 out. 2019.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Vade Mecum da Defensoria Pública.** Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 58ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

INSTITUTO FEDERAL DO PARANÁ. **Campus Paranaguá realiza formatura de turma de Ilhéus do Rio Paraná**. Disponível em: < https://paranagua.ifpr.edu.br/2019/06/11/campus-paranagua-realiza-formatura-de-turma-de-ilheus-do-rio-parana/>. Acesso em: 28 out. 2019.

JÚNIOR, Gladstone Leonel da Silva; SOUZA Roberto Martins de. **As comunidades tradicionais e a luta por direitos étnicos e coletivos no sul do Brasil.** Disponível em: < https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/9862>. Acesso em: 2 nov. 2019.

MOMBAÇA, Jota. **Notas estratégicas quanto aos usos políticos do conceito de lugar de fala.** Disponível em: < https://www.buala.org/pt/corpo/notas-estrategicas-quanto-aos-usos-politicos-do-conceito-de-lugar-de-fala>. Acesso em: 05 nov. 2019.

RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala.** São Paulo: Pólen, 2019.

SOUZA, Marciana de Freitas e. **A extinção da SECADI e o campo da Educação na conjuntura atual.** Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/01/17/extincao-secadi-campo-educacao-conjuntura-atual/>. Acesso em: 17 nov. 2019.

TOMADA DE DECISÃO APOIADA: ANÁLISE CRÍTICA DOS PROCEDIMENTOS E UTILIDADES ATÍPICAS

SUPPORTED DECISION-MAKING: CRITICAL ANALYSIS OF PROCEDURE AND ATYPICAL UTILIZATIONS

Fabrício Barreto[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Tomada de Decisão Apoiada no direito brasileiro. 2.1. Competência. 2.2. Legitimidade. 2.3. Objeto. 2.4. Processo judicial: procedimentos e críticas. 2.5. Sentença. 3. Possibilidade de Conversão em ação de curatela. 4. Curatela e Tomada de Decisão Apoiada: cumulação de Pedidos e reunião para julgamento simultâneo. 5. Tomada de Decisão Apoiada como matéria de defesa. 6. Tomada de Decisão Apoiada como sucedâneo de levantamento de curatela. 7. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho pretende examinar criticamente o procedimento da Tomada de Decisão Apoiada instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Para tanto, foi utilizada metodologia de pesquisa legislativa e bibliográfica no campo do Direito Civil e Direito Processual Civil. Inicialmente, realiza-se um breve estudo sobre a origem legislativa do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a influência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo sobre seu processo legislativo. Em seguida, estuda-se a competência para processamento e julgamento e análise crítica dos aspectos subjetivos e objetivos do procedimento da Tomada de Decisão Apoiada. Ato contínuo, trata-se do processamento simultâneo de ação de curatela e da Tomada de Decisão Apoiada. Como conclusão, expõe utilizações atípicas desse processo de apoio às pessoas com deficiência.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado pelo JusPODIVM/Faculdade Baiana de Direito. Ex-Técnico de Nível Superior da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Advogado.

PALAVRAS-CHAVE: Tomada de Decisão Apoiada. Pessoa com deficiência. Incapacidade Civil. Curatela. Levantamento de curatela.

ABSTRACT: *This paper aims to critically examine the Supported Decision-Making procedure established by Statute on Persons with Disabilities. To this end, it was used legislative methodology research and bibliographical in the field of Family Law and Civil Procedure. It starts by performing a brief study on the legislative origin of the Statute on Persons with Disabilities and the influence of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol on its legislative process. Then, the competence for processing and judgment and the critical analysis of the subjective and objective aspects of the Supported Decision-Making procedure are studied. Continuous act, it is about of the simultaneous processing of guardianship lawsuit and Supported Decision-Making. Conclusively, it exposes atypical utilizations of this support process to the people with disabilities.*

KEYWORDS: *Supported Decision-Making. Handicapped person. Legal Incapacity. Guardianship. Termination of guardianship.*

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno jurídico da descodificação e produção de microssistemas de proteção foi impactado pela adesão da República Federativa do Brasil ao Protocolo Facultativo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Como fruto dessa influência, foi promulgada a Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto das Pessoas com Deficiência, revolucionou o regime das capacidades e da tutela do direito material e processual dessas pessoas que compõem a maior minoria do país.

Entre as inovações, tivemos a criação do processo judicial da Tomada de Decisão Apoiada, que surgiu com o objetivo de garantir o apoio à autonomia da pessoa com deficiência, que passa a governar a sua vida com o auxílio de pessoas idôneas, próximas e confiáveis, em substituição do modelo de simples substituição da vontade vigente até então.

Em decorrência de lacunas legislativas e de ser instituto contemporâneo, a Tomada de Decisão Apoiada e seu procedimento não possuem bases sólidas, daí se justificar a sua investigação. Para tanto, ao longo do estudo serão apresentadas situações-problema sobre os procedimentos da Tomada de Decisão Apoiada.

O objetivo do presente artigo é, portanto, contribuir para o estudo dessa matéria, através de métodos de pesquisa bibliográfica e documental, analisando leis e projetos de lei, fixando o objeto do apoio e analisando a questão do acúmulo de pedidos e de demandas, e apresentando usos da Tomada de Decisão Apoiada possivelmente não imaginados por estudiosos do tema e pelo legislador quando da edição da Lei nº 13.146/2015, em prol da capacidade legal das pessoas com deficiência.

2. TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO DIREITO BRASILEIRO

Na esteira da descodificação e instituição de microssistemas protetivos de vulneráveis das décadas de 1990 e 2000, o direito das pessoas com deficiência foi objeto do Projeto de Lei do Senado nº 6/2003, pretendendo instituir o Estatuto do Portador de Necessidades Especiais – numa reapresentação do pioneiro Projeto de Lei nº 3638/2000, protocolado na Câmara dos Deputados ainda na vigência do Código Civil de 1916. O PLS foi enviado para a Câmara dos Deputados em 2006, quando foi registrado como Projeto de Lei nº 7699/2006.

Em 30/03/2007, ocorreu em Nova York, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que teve nossa República Federativa como um dos Estados signatários. As regras convencionadas e impostas aos Estados aderentes são a maior expressão jurídica da substituição do modelo médico de abordagem das pessoas com deficiência pelo modelo social (ou modelo de direitos humanos). Sobre o tema, ensina André de Carvalho Ramos:

> A luta pela implementação dos direitos das pessoas com deficiência desembocou nesse início de século, na fase da chamada "linguagem dos direitos". A luta pela afirmação dos direitos das pessoas com deficiência passou pelo reconhecimento de que sua situação de desigualdade e exclusão constitui verdadeira violação de direitos humanos, tendo sido superado o modelo médico da abordagem da situação das pessoas com deficiência. Esse modelo considerava a deficiência como um "defeito" que necessitava de tratamento ou cura. Quem deveria se adaptar à vida social eram as pessoas com deficiência, que deveriam ser "curadas". A atenção da sociedade e do Estado, então, voltavam-se ao reconhecimento dos problemas de integração da pessoa com deficiência para que esta desenvolvesse estratégias para minimizar os efeitos da deficiência em sua vida cotidiana.
>
> Já modelo de direitos humanos (ou modelo social) vê a pessoa com deficiência como *ser humano*, utilizando apenas o dado médico para

> definir suas necessidades. A principal característica deste modelo é sua abordagem de "gozo dos direitos sem discriminação". Fica consagrado o vetor de *antidiscriminação* das pessoas com deficiência, o que acarreta reflexão sobre a necessidade de políticas públicas para que seja assegurada a igualdade material, consolidando a *responsabilidade do Estado e da sociedade* na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano (RAMOS, 2019, p. 839-840).

Essas regras internacionais sobre direitos humanos somente gozaram de *status* de emenda constitucional com a aprovação do Decreto Legislativo nº 186/2008, pelo Congresso Nacional, na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, publicado em 10/07/2008, e posterior ratificação pelo Presidente da República e seu depósito na ONU em 01/08/2008. Embora pareça-nos dispensável, diante da aplicação imediata de normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, existente controvérsia relevante acerca da dispensabilidade do decreto de execução presidencial, o Presidente da República fez bem em publicar o Decreto nº 6.949/2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo.

Entre outras regras que reforçam o direito das pessoas com deficiência gozarem de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, a Convenção de Nova York estabeleceu, no art. 12, que os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. A obrigação foi cumprida no âmbito legislativo.

Como não poderia deixar de ocorrer, o processo legislativo do Projeto de Lei nº 7699/2006 foi profundamente impactado pela vigência interna dessas novas normas internacionais com a edição de regras revolucionárias. As obrigações de assegurar e promover justiça às pessoas com deficiência, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais são destinadas a todas as esferas de poder: no Poder Legislativo e função atípica legislativa, mediante edição de leis e regulamentos; no Poder Executivo e função atípica de gestão, por meio de políticas públicas voltadas à habilitação, reabilitação, saúde, educação, acessibilidade *etc.*; no Poder Judiciário, através da observância do devido processo legal inclusivo e demais regras especiais (*v.g.*, CPC, art. 12, § 2º, VII c/c art. 9º, VII, da Lei nº 13.146/2015). No âmbito legislativo, a obrigação foi cumprida com a sanção do Projeto de Lei nº 7699/2006 pela Presidenta da República, que promulgou a Lei nº 13.146/2015 em 06/06/2015, com cláusula de vigência de cento e oitenta dias após a publicação, ocorrida no dia seguinte.

Em 03/01/2016, o Estatuto da Pessoa com Deficiência entrou em vigor, alterando o regime de capacidade das pessoas naturais, com e sem deficiência, mitigando a

curatela no tempo e em seu conteúdo, e revogando expressamente o art. 1.780 do Código Civil, que previa a denominada curatela-mandato. Em paralelo, instituiu o processo judicial de Tomada de Decisão Apoiada, medida protetiva que garante o apoio à autonomia da pessoa com deficiência.

Inaugurou-se, pois, um novo paradigma: o modelo de substituição da vontade da pessoa com deficiência foi alterado para o apoio ao exercício soberano de sua capacidade legal, restando à curatela uma aplicação residual.

É do processo da Tomada de Decisão Apoiada que passaremos a tratar doravante.

2.1. COMPETÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, no art. 116, inseriu a Tomada de Decisão Apoiada no Livro IV do Código Civil, destinado ao Direito de Família. Logo, para processar e julgar a ação homologatória do termo de apoio, o juízo deve ter competência material em Direito de Família.

Em relação à competência territorial, a lei é omissa, tal qual sucede com a ação de curatela. Como ocorre com o interditando, deve-se reconhecer a vulnerabilidade da pessoa com deficiência e entender que a regra geral é a do melhor interesse do pretenso apoiado, considerando o relativo paralelismo dos procedimentos, as situações que podem dar ensejo à curatela e suas implicações processuais, que serão analisadas adiante.

2.2. LEGITIMIDADE

O Código Civil, art. 1.783-A, *caput*, é manifesto no sentido de que a própria pessoa com deficiência a ser apoiada detém legitimidade ativa para o ajuizamento desta ação homologatória.[2] Mas é preciso estudar a norma para identificar precisamente se é destinada especificamente à pessoa com deficiência capaz ou relativamente incapaz.

É necessária uma pausa para explicar o ora afirmado.

2 Com base, no axioma de quem pode o mais pode o menos, Cristiano Chaves de FARIAS e Nelson ROSENVALD (2019, p. 960) entendem que os legitimados para a ação de curatela são também legitimados para pleitear a Tomada de Decisão Apoiada, numa interpretação francamente contra legem. É posição minoritária, talvez isolada.

É preciso frisar que adotamos a premissa de não separar totalmente os regimes das pessoas com e sem deficiência. Há quem sustente que o regime de capacidade do Código Civil e o regime de capacidade da Lei Brasileira de Inclusão são distintos, como é o caso de Paulo Lôbo, que ensina:

> A capacidade legal da pessoa com deficiência não se confunde com a capacidade civil, nem com as hipóteses de incapacidades absoluta e relativa, estas especificadas nos arts. 3º e 4º do Código Civil. São duas modalidades de capacidade jurídica que transitam paralelamente, sem se confundirem: a capacidade civil geral, prevista no Código Civil, e a capacidade geral, prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência. A pessoa com deficiência não é absolutamente incapaz nem relativamente incapaz. É dotada de capacidade legal irrestrita para atos jurídicos não patrimoniais e de capacidade legal restrita para os atos jurídicos patrimoniais, para os quais fica sujeita a curatela temporária e específica, sem interdição, ou a tomada de decisão apoiada (LÔBO, 2019, p. 443).

Mas parte da doutrina mistura os regimes, como será visto. Assim, no presente estudo, será possível afirmar que uma pessoa com deficiência possa ser capaz e relativamente incapaz – que deve ser compreendida precisamente como a pessoa com deficiência com necessidade de ser submetida à curatela (Lei nº 13.146/2015, art. 84, § 1º).

Dito isto, a Tomada de Decisão Apoiada é destinada especificamente à pessoa com deficiência capaz (que dispensa curatela) ou relativamente incapaz (que necessita de curatela)?

Antes de prosseguir, é preciso esclarecer ainda que a legitimidade *ad causam* ativa é aferida *in status assertionis*, isto é, em função dos fatos narrados na petição inicial. Dessa forma, aduzido e comprovado que se trata de pessoa com deficiência, ela será parte legítima para a propositura da ação em comento. A característica subjetiva analisada doravante pertencerá ao mérito e será uma questão prejudicial: se capaz (com dispensa da curatela), o pedido *poderá* ser julgado procedente; se relativamente incapaz (com necessidade de curatela), o pedido *deverá* ser julgado improcedente ou poderá ocorrer um incidente processual relatado adiante.

Antônio Carlos Marcato (2017, p. 411) sugere que é medida protetiva destinada a relativamente incapaz quando põe dúvida sobre a outorga de poderes da pessoa

com deficiência sem representação ao advogado e ao afirmar que quem deve ajuizar a medida é a Defensoria Pública ou o Ministério Público, a teor do art. 79, § 3º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Em outro sentido, com acerto, Robson Renault Godinho comenta o instituto:

> Como já mencionado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu art. 84, § 3.º, faculta à pessoa que possui algum tipo de deficiência a opção pela Tomada de Decisão Apoiada (TDA), desde que, evidentemente, não haja impossibilidade de expressão de vontade. Ou seja: a TDA é uma possibilidade facultada à pessoa com deficiência plenamente capaz. Note-se, portanto, que a opção pela TDA não afeta formalmente a capacidade da pessoa, cujos atos jurídicos independem de assistência. Trata-se de medida protetiva da pessoa capaz, mas que, em razão de alguma limitação ou vulnerabilidade que não interfira em sua manifestação de vontade, opta pelo auxílio de apoiadores para a prática de determinados atos (GODINHO 2018, p. 354-355)

Dimas Messias de Carvalho ensina que a medida protetiva se trata de "*um apoio*, um auxílio, para a pessoa que possui alguma deficiência, mas capaz para exercer os atos da vida civil sem necessidade de ser curatelado, exercendo a plena autonomia e participando efetivamente nos seus negócios" (CARVALHO, 2019, p. 966). A pessoa com deficiência que pode se valer da Tomada de Decisão Apoiada é capaz e, exatamente por isso, não pode ser submetida à curatela.[3] A ela não se aplica o art. 84, § 1º, do o Estatuto das Pessoas com Deficiência. Sobre o tema, foi aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, em 2018, o Enunciado nº 640, segundo o qual "a tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela." Veja-se o alerta de Rizzardo (2019, 972) sobre o fim do processo a pedido da pessoa com deficiência: "nem se cogita em se considerar o apoiado incapaz, podendo ele praticar os atos normais da vida." Não é incapaz no final como não era antes nem durante o procedimento. Assim, é incorreto afirmar que a pessoa submetida à curatela nos termos dessa regra estatutária tem a opção de ser apoiada por duas pessoas, nos termos do Código Civil.[4]

3 Para quem encampa aquela doutrina de apartar os regimes de capacidade civil, haveria possibilidade de constituição judicial de curatela de pessoa capaz quando o processo tivesse uma pessoa com deficiência no polo passivo. Como não poderia deixar de ser, a Tomada de Decisão Apoiada também teria uma pessoa capaz como alvo. Na prática, porém, essa capacidade não pode ser entendida apenas como presunção legal, mas como a desnecessidade de submissão à curatela.

4 Em outro sentido, registramos o entendimento de Antônio Reis Júnior (2016, p. 167) acerca da específica circunstância de haver *interdição parcial anterior à vigência da Lei nº 13.146/2015* nas hipóteses de pessoa com deficiência mental com discernimento reduzido (antiga redação do art. 4º, II, parte final, do CC/2002) ou por se tratar de pessoa excepcional sem desenvolvimento mental completo (antiga redação do art. 4º, III, do CC/2002), em ambos os casos podendo manifestar vontade, que sustenta que a curatela é excepcional,

Portanto, e considerando que a curatela é medida protetiva extraordinária, a faculdade do ajuizamento da medida em comento, prevista na Lei nº 13.146/2015, art. 84, § 2º, se traduz na alternativa da pessoa com deficiência escolher exercer a sua capacidade de forma isolada (provavelmente com colaboração de terceiros, contratados[5] ou não,[6] quando ficará sujeito ao mau cumprimento das atribuições), ou com os elementos e informações fornecidos por apoiadores constituídos de forma solene e judicial, com previsão de prestação de contas, responsabilidade dos apoiadores e fiscalização judicial e ministerial.

Diante do exposto, podemos afirmar que são casos típicos passíveis de Tomada de Decisão Apoiada, as pessoas com mobilidade reduzida (paraplegia, tetraplegia, obesidade mórbida, *etc*.), portadores de cegueira, surdo-mudez, gagueira, daltonismo e pessoas com sequelas decorrentes de acidentes traumáticos e vasculares, entre outros. Com discernimento e podendo exprimir suas vontades, essas pessoas possuem autogoverno e têm a faculdade de serem apoiadas.

Ultrapassa os limites de nosso recorte temático, a investigação pormenorizada sobre a questão da relevância do discernimento, na manifestação de vontade das pessoas com deficiência, cabendo registrar que a doutrina diverge sobre sua necessidade e valorização da simples manifestação de vontade.[7] Nossa posição está atrelada ao objeto do apoio, estudado no subitem seguinte, que exige não uma manifestação de vontade, mas a declaração de vontade refletida. De outro modo, o apoio seria transformado em uma curatela compartilhada disfarçada.

"não se justificando para manter qualquer limitação às pessoas com deficiência mental levíssima ou leve, eis que podem exercer, livremente, os atos de natureza patrimonial e existencial. De todo modo, resguarda-se a elas, por ato espontâneo, o direito de requerer a assistência de seu curador (que deve se restringir às hipóteses do art. 84) ou mesmo invocar a aplicação do instituto da tomada de decisão apoiada, previsto no art. 1.783-A do Código Civil." Esses casos são os únicos que o autor defende a relativização da coisa julgada sem necessidade de levantamento de curatela. Como dito, não concordamos com suas conclusões e oportunamente, no item 6, as nossas objeções serão apresentadas.

5 A pessoa com deficiência pode, por exemplo, contratar advogado para emitir parecer sobre o tema jurídico que possui dúvidas, ou engenheiro civil para emitir parecer sobre construção, ou médico veterinário *etc*. Aliás, como veremos abaixo, é justamente o fato de ser capaz que Flávio Tartuce e Anderson Schreiber, quando criticam a burocracia judicial ou do procedimento, cogitam alternativas exclusivamente negociadas para as pessoas com deficiência que dispensam curatela.

6 Pode pedir informalmente a colaboração de amigos ou parentes.

7 À guisa de exemplo, para Farias e Rosenvald (2019, p. 957), "quando a pessoa com deficiência possui limitações no exercício do autogoverno, mas preserva, ainda que precariamente, a aptidão de se expressar vontades e de se fazer compreender, o caminho não pode ser a incapacidade relativa, com consequente curatela." Por outro lado, César Fiuza e Roberto Henrique Pôrto Nogueira (2018, p. 28) afirmam que, "para que se aplique o instituto da tomada de decisão apoiada que o deficiente seja capaz. Em outras palavras, não pode enquadrar-se na categoria daqueles relativamente incapazes, que não possam exprimir sua vontade, por lhes faltarem ou terem reduzido o discernimento." No mesmo sentido, Tartuce (2019, p. 749) sustenta que, "havendo falta de discernimento da pessoa, não é possível a opção pela tomada de decisão apoiada."

O discernimento é questão que ganha mais relevo quando a deficiência da pessoa é mental ou intelectual, sendo impossível precisar com antecedência os casos em que a pessoa com deficiência necessita ou não de curatela,[8] como exemplificamos acima com deficiências de naturezas diversas ao afirmar que podem se valer do apoio.

Ademais, ainda que a pessoa com deficiência necessite de curatela em relação a certos atos de natureza patrimonial ou negocial, nada obsta que possa se valer da Tomada de Decisão Apoiada para exercer sua capacidade em relação aos atos sobejantes, circunstância objetiva que será melhor analisada no item 4.

Por sua vez, em relação à legitimidade passiva, como se trata de ação homologatória do termo de apoio, com convergência de vontades, não há parte contrária. A legitimidade passiva, por isso, deve ser analisada sob o aspecto material. O Código Civil estabelece que os legitimados são pelo menos duas pessoas idôneas, que mantenham vínculos com a pessoa com deficiência e que gozem de sua confiança. As idoneidades, relação pessoal prévia e contínua e a fidúcia entre apoiado e apoiadores são requisitos subjetivos essenciais à validade do negócio jurídico e sua homologação judicial.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p. 960) entendem que "o juiz não está adstrito à nomeação dos apoiadores indicados na petição inicial, podendo optar por outros, a depender do caso, dês que disponha de fundamentação suficiente." Discordamos totalmente. Essa posição viola a autonomia da vontade do apoiado, desvirtua a natureza facultativa da Tomada de Decisão Apoiada, implica proferimento de decisão surpresa vedada e violação ao princípio dispositivo, indo de encontro à valorização da participação das partes, preconizada pelo CPC/2015. A escolha dos apoiadores cabe exclusivamente à pessoa com deficiência e cabe ao magistrado tão só homologar o termo sem o pretenso apoiador que entenda não preencher os requisitos legais, se elencado mais de dois apoiadores, ou – na situação oposta e no melhor interesse da pessoa com deficiência – intimar o requerente para promover a sua substituição, sob pena de não homologação.

2.3. OBJETO

O objeto pode ser analisado sob o aspecto do direito material (objeto do negócio jurídico de apoio) e do direito processual (objeto do processo).

8 Maria Berenice Dias (2017, p. 710) doutrina que é "descabida a tentativa de arrolar, identificar ou definir as limitações ou inaptidões que geram o comprometimento da higidez mental. Perícia médica é que define o grau de incapacidade ou comprometimento a dar ensejo ao decreto judicial da interdição." A civilista afirma que "o que efetivamente importa saber é se existe causa incapacitante e, caso positivo, em que grau de extensão compromete o exercício dos atos da vida civil, a ponto de impossibilitar a administração dos negócios e a gestão de bens."

O objeto do apoio merece atenção especial, porque a lei não estabelece seus contornos. Há quem sugira a possibilidade de incidirem sobre atos existenciais e também quem defenda larga amplitude do objeto. Essas posições serão expostas quando tratarmos da possibilidade de cumulação de pedidos no item 4. Adiantamos que não comungamos com tais entendimentos.

O limite do apoio é restrito. Pensamos como Carvalho, para quem "o apoio somente pode se referir aos 'atos de natureza patrimonial e negocial', conforma determina o Estatuto da Pessoa com Deficiência no art. 85, *caput*, não podendo dispor sobre direitos de personalidade."

No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho afirma que "a partir do acolhimento do pedido, a pessoa com deficiência contará com a colaboração dos apoiadores nas decisões que precisar tomar relativamente aos negócios jurídicos celebrados no termo de apoio judicialmente homologado."

Lôbo assevera que o objetivo da Tomada de Decisão Apoiada é aconselhar, orientar e apoiar "na celebração ou não de negócios jurídicos, de natureza patrimonial" e é categórico:

> A tomada de decisão apoiada não poderá ter por objeto a realização de atos e negócios jurídicos não patrimoniais (por exemplo, reconhecimento voluntário de filho), porque para estes a pessoa com deficiência não depende de curatela ou apoio. Pode ser útil, por exemplo, para que os apoiadores acompanhem o apoiado na celebração em cartório de notas, de escritura pública de compra e venda de imóveis ou de testamento público (2019, p. 445-446).

Nesse diapasão, Rizzardo explicita:

> Não se objetiva a representação do deficiente, mas o acompanhamento e o apoio em decisões sobre atos da vida civil, isto é, sobre contratos ou negócios, declarações, assunção de compromissos, decisões e questões que encerram importância econômica ou patrimonial. Em outros atos próprios da subsistência e comuns da vida não se requer a participação dos apoiadores (2019, p. 969).

O objeto do apoio é a "celebração de atos mais complexos, caso dos contratos", ensina Flávio Tartuce. São atos patrimoniais que podem exigir os elementos e informações a serem prestadas pelos apoiadores e reflexão por parte do apoiado.

Realmente, as regras do Código Civil, art. 1.783-A, §§ 5º e 6º, são firmes indicativos de que a Tomada de Decisão Apoiada é destinada aos negócios complexos, que podem motivar terceiros com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial a solicitar que os apoiadores contra-assinem o negócio jurídico ou potencialmente causar risco ou prejuízo relevante à pessoa com deficiência.

A regra não impede expressamente que seja formalizado em torno de atos negociais banais ou existenciais, mas é praticamente impossível que alguém vá a juízo para homologar termo de apoio para atos economicamente insignificantes. No nosso sentir, além de não ser a *mens legis*, não haverá interesse processual na homologação de acordo desse tipo, envolvendo atos irrelevantes.

O apoio, com o fornecimento de elementos e informações necessárias, incide primordialmente no processo de formação do negócio jurídico: na maturação da ideia, nos atos preparatórios e negociais e previamente à fase decisória, onde ocorrerá as livres e espontâneas manifestações de vontade do apoiado, para não efetuar acordo ou declarar vontade para a consecução do negócio jurídico. A decisão é tomada exclusivamente pelo apoiado, daí não haver participação dos apoiadores – ou estaríamos diante da assistência. Havendo necessidade e previsão no termo de apoio, pode suceder a colaboração dos apoiadores também nas fases contratual e pós-contratual, sempre para subsidiar novas decisões.

Já na esfera processual, o objeto será o pronunciamento jurisdicional acerca da homologação judicial do termo de apoio firmado entra a pessoa com deficiência e ao menos dois apoiadores.

2.4. PROCESSO JUDICIAL: PROCEDIMENTOS E CRÍTICAS

O processo da Tomada de Decisão Apoiada tem como objeto a homologação judicial do termo firmado entre a pessoa com deficiência e pelo menos dois apoiadores, como visto acima, em que constem os limites do apoio, inclusive o prazo de vigência do acordo,[9] e os compromissos dos apoiadores com o respeito à vontade e aos direitos e interesses da pessoa que devem apoiar. Maria Berenice Dias anota que "o termo pode constar de escritura pública ou escrito particular. No entanto, possível que tais exigências sejam atendidas na própria petição inicial." O termo de apoio é documento essencial que pode ser redigido no bojo da petição inicial, hipótese na qual os apoiadores também deverão ser representados

9 Há divergência na doutrina: Farias e Rosenvald (2019, p. 961) entendem que o prazo fica a critério da pessoa com deficiência, podendo ser determinado ou indeterminado, já Carvalho (2019, p. 969) e Rizzardo (2019, p. 969) entende que deve ser fixado prazo, podendo ter cláusula de prorrogação. Para Lôbo (2019, p. 446) "é incompatível com esse instituto o tempo indeterminado, pois mascararia a antiga interdição permanente."

em juízo por um subscritor da petição, não havendo qualquer vedação para que sejam representados pelo mesmo profissional, em virtude da ausência de partes contrárias e de patrocínio de interesses diversos.

O CPC, art. 725, VIII, prevê o processamento de pedido de homologação de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza. Logo, a Tomada de Decisão Apoiada é um procedimento de jurisdição voluntária regulado pelos CPC/2015, art. 719 e seguintes e art. 1.783-A do Código Civil, verdadeira norma processual civil heterotópica.

De passagem, é interessante apontar que o Projeto de Lei nº 11091/2018, em trâmite na Câmara dos Deputados, pretende revogar essas regras processuais do art. 1.783-A do Código Civil e transferir, com a criação de diversos artigos, o procedimento da Tomada de Decisão Apoiada para o Código de Processo Civil.

O Código Civil, no art. 1.783-A, § 3º, prevê instrução no procedimento da Tomada de Decisão Apoiada, com participação de equipe multidisciplinar e entrevista pessoal do requerente pelo magistrado para aferir os seus graus de discernimento e comunicabilidade e conveniência e necessidade do apoio, com a oitiva das pessoas que lhe prestarão apoio, além de manifestação do Ministério Público. Anderson Schreiber faz severas críticas a esse procedimento, que merecem ser citadas em sua inteireza:

> A tomada de decisão apoiada somente guarda alguma efetiva utilidade nesse novo contexto se representasse uma via *mais simples* para o beneficiário, mas não é o que ocorre no Estatuto: trata-se de processo *necessariamente judicial*, o que já ameaça por definição sua agilidade. Pior: o § 3º do novo art. 1.783-A que o Estatuto inseriu na codificação civil determina que "antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio". Burocratiza-se, ao extremo, a tomada de decisão apoiada. A oitiva do Ministério Público, aliás, nem sequer tem cabimento, uma vez que se trata aqui de remédio disponibilizado para pessoa *capaz*. O excessivo controle do juiz tampouco encontra justificativa, à luz dessa plena capacidade do beneficiário. O Estatuto deveria ter ouvido, nesse particular, as críticas que a melhor doutrina italiana faz à sua própria reforma legislativa, especialmente ao desnecessário caráter judicial da *amministrazione di sostegno* nos casos em que se trata de mero auxílio. Aliás, no que

> se refere a modelos, talvez melhor tivesse sido seguir, nesse campo, o instituto do *sauvegarde de justice*, do direito francês, o qual se instaura por mero provimento administrativo, sem necessidade alguma de processo judicial, ou enveredar por modelo novo, constituído por ato entre particulares (todos, repita-se, capazes).
>
> Respeitadas as diferenças intrínsecas a cada experiência estrangeira, não há dúvida de que a judicialização da tomada de decisão apoiada em um país como o Brasil, em que a celeridade na tramitação dos processos judiciais ainda é um objetivo distante de alcançar, traz significativo risco de desinteresse sobre o novo instrumento. Para a pessoa com deficiência, plenamente capaz, mais prático do que recorrer à tomada de decisão apoiada, por meio de um processo judicial com desnecessárias oitivas, será recorrer ao mandato ou a outros instrumentos que a ordem jurídica já lhe oferece. O Estatuto, que em tantas passagens declara em alto e bom tom que a pessoa com deficiência é capaz, parece ter se esquecido desse aspecto ao desenhar a tomada de decisão apoiada. Como toda pessoa capaz, a pessoa com deficiência conta com instrumentos contratuais à sua disposição que dispensam a submissão a um processo judicial, com todas as agruras que o ingresso em juízo implica, especialmente para a população mais carente de recurso econômicos – e mais necessitada, em larga medida, da proteção que o Estatuto deveria oferecer (2019, p. 972-973).

Também Tartuce faz ressalvas em relação à natureza jurisdicional da medida e sua burocracia. Com processo judicial, diz o autor, "fica em xeque a possibilidade fática de uma pessoa com deficiência percorrer tal caminho, havendo outros disponíveis, como uma procuração firmada em cartório ou mesmo por instrumento particular. Assim, até o momento, a categoria parece ser de pouca utilidade prática."

Para minorar os transtornos causados pela natural demora de um processo judicial, o art. 9º, VII, da Lei nº 13.146/2015, garante para a pessoa com deficiência que for parte ou interessada, a prioridade na tramitação processual e procedimentos judiciais. Além disso, tais processos estarão fora da ordem cronológica preferencial de julgamento (CPC, art. 12, § 2º, VII) e, por ser procedimento de jurisdição voluntária,

a tramitação não é afetada por férias forenses (CPC, art. 215, I),[10] não obstante seja afetado pelo recesso forense previsto no CPC, art. 220, conforme recente decisão do Superior Tribunal de Justiça.[11]

A participação do Ministério Público prevista nesse procedimento e nos conexos deve ser interpretada à luz do art. 721 do CPC, que estabelece a intimação obrigatória do *Parquet* e sua manifestação, nos casos do art. 178 desse diploma legal. Ou seja, o Ministério Público deve opinar apenas em relação a direitos indisponíveis, como aponta Godinho.

Após todo esse procedimento, o juiz apreciará as provas e formará seu convencimento e poderá rejeitar o pedido, homologar o termo de apoio ou homologá-lo após promover ajustes pontuais. Nesse caso, entendemos que é proibida a decisão surpresa, com alteração do termo de apoio, sem que seja dada oportunidade do requerente se manifestar, conforme preceituam os arts. 9º e 10º do CPC. A Tomada de Decisão Apoiada é voluntária e a pessoa com deficiência pode não querer se submeter ao que vier a ser decidido pelo juiz, podendo desistir da ação. O art. 723, p.u., do CPC não pode ser utilizado para impor um acordo à pessoa com deficiência.

As demais regras processuais contidas no art. 1.783-A do Código Civil dispõem não mais sobre a ação homologatória do termo de apoio, mas sobre procedimentos relativos ao acordo já homologado. Vejamos.

O Código Civil, art. 1.783-A, § 6º, trata de ação que visa autorização judicial para o caso de existência de divergência entre a pessoa com deficiência e um dos apoiadores em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante ao apoiado. Nesse caso, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. Fernando da Fonseca Gajardoni e Rosana Medeiros Veluci Gajardoni explicam a hipótese:

> Observe-se que o juiz só será chamado a dirimir a questão se: a) o negócio jurídico que o deficiente pretende celebrar estiver entre as hipóteses em que necessário o apoio (conforme termo apresentado)

10 Apesar dessa demarcação legal em prol da celeridade, compartilhamos das críticas em relação à morosidade judiciária. A Tomada de Decisão será mais um processo entre as centenas ou milhares de processos que também gozam de prioridade em tramitação na unidade judiciária, afora os demais processos do acervo. A gerência não é simples. Sem entrar no mérito da opção legislativa, que preferiu investigar mais a condição da pessoa com deficiência a ser apoiada, é certo que o serviço notarial é mais ágil. Em relação às utilidades da Tomada de Decisão Apoiada não aventadas por esses renomados civilistas, analisadas nos itens 5 e 6, as críticas sobre morosidade não são aplicáveis, pois concretizadores de princípios processuais e das regras convencionais com status de emenda constitucional comentada.

11 STJ, REsp 1824214/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/09/2019, DJe 13/09/2019.

> e puder causar risco (pessoal) ou prejuízo (financeiro) relevante, pois nos casos em que não houver esse elemento (negócios de pequena monta ou que não esteja no termo de apoio) vale a vontade do deficiente (devendo o juízo rejeitar o processamento do pedido de intervenção judicial); e b) se ao menos um dos apoiadores divergir da decisão do deficiente, pois se ambos divergirem – mesmo ciente de que o deficiente é pessoa capaz –, parece que a conclusão do negócio será de alto risco ao terceiro (que poderá, oportunamente, ver a avença anulada pelo Judiciário por conta do vício na emissão da vontade pelo deficiente), pelo que é provável que não haja conclusão do negócio, diante da não aplicação do art. 1.783-A, § 4º, do Código Civil (GAJARDONI e GAJARDONI, 2019, p. 87).

Como não há disciplina normativa, Gajardoni e Gajardoni entendem que o procedimento pode ser instaurado por petição nos próprios autos da Tomada de Decisão Apoiada ou por petição inicial, instaurando um processo de jurisdição voluntária autônomo. Essa é uma conclusão que se aplica a todos os casos tratados a partir de agora. Defendem que o processo para dirimir esses conflitos do art. 1.783-A, § 6º do Código Civil deverá ser distribuído por dependência, exceto se a pessoa apoiada mudar de domicílio: "nesses casos, para facilitar o acesso à justiça, o pedido será promovido, mediante instrução do procedimento com cópias da ação para nomeação de apoiadores, perante o juízo do domicílio do deficiente". Para os autores, o caso possui conflito e "parece incidir na hipótese a regra da causalidade, de modo que o vencido (apoiado ou apoiador) pagará as despesas processuais e os honorários do advogado do adversário, fixados equitativamente conforme art. 85, § 8º, do CPC."

O § 8º do art. 1.783-A do Código Civil trata da destituição de apoiador denunciado pelas faltas cometidas ao atuar com negligência, exercer pressão indevida ou faltar com as obrigações assumidas de forma expressa no termo. Rizzardo faz uma interpretação extensiva do dispositivo:

> Não se extrai da regra a restrição da destituição unicamente na hipótese de condenação. Vários outros fatores conduzem ao afastamento, como doença, a incompatibilidade que surge entre apoiado e apoiador, a falta de tempo disponível, a mudança de residência para local que dificulta a convivência e o atendimento quando necessário, e até o simples pedido de exoneração de parte do apoiado ou do apoiador (RIZZARDO, 2019, p. 971).

Realmente, as circunstâncias elencadas podem interferir no cumprimento do acordo. Caso não possa mais cumprir com as obrigações assumidas, o apoiador deve comunicar a pessoa com deficiência para que providencie a sua substituição ou requerer judicialmente a sua exclusão. Com rigor, em que pese a maioria dessas hipóteses *aparentar* ser caso de força maior, se encaixam na hipótese de negligência prevista na regra.

A destituição é uma punição por descumprimento de um dever e, por isso, exige exercício do contraditório pelo apoiador tachado de faltoso, conforme art. 9º do CPC. Só após o devido processo legal será possível estabelecer se a denúncia é procedente ou não. Se procedente, o juiz poderá, se requerido pela pessoa com deficiência, nomear outro apoiador, após sua oitiva pessoal. Se formalizado somente com dois apoiadores, será necessária nova nomeação, sob pena de encerramento do apoio. Evidentemente, se denunciado pelo próprio apoiado, a relação entre os dois envolvidos poderá restar bastante deteriorada e dar ensejo à aplicação das próximas regras.

O Código Civil, art. 1.783-A, § 9º, aborda o fim do acordo promovido pela pessoa com deficiência. Pessoa capaz que é, o apoiado pode a qualquer tempo pôr fim ao acordo firmado em processo de Tomada de Decisão Apoiada e passar a gerir os seus negócios sozinho, com ou sem a colaboração de terceiros. Trata-se de exercício de direito potestativo por pessoa capaz, devendo o juiz homologar a rescisão do termo de apoio.

Como quem pode o mais, pode o menos, a pessoa com deficiência apoiada pode encerrar em relação a um apoiador, com requerimento de sua exclusão. Se formalizado com o quantitativo mínimo, o apoiado deve promover a sua substituição. Ensina Lôbo, que "a tomada de decisão apoiada também se extinguirá se ele não for substituído pela pessoa com deficiência."

Por fim, o art. 1.783-A, § 10º, do Código Civil trata do direito do apoiador de ser excluído do processo de Tomada de Decisão Apoiada. A regra estabelece que a exclusão está condicionada à manifestação do juiz sobre a matéria, que deve analisar a sua prestação de contas – que é restrita aos elementos e informações prestados ou não prestados – e eventual responsabilidade. Marcato entende que diante dos pontos de contato "entre esse instituto e a curatela, o juiz poderá negar a exclusão se e quando a manutenção do apoiador for do interesse do apoiado." Rizzardo, por sua vez, defende que "o desempenho do cargo submete-se à aceitação da pessoa. Mostra-se inconveniente impor a permanência, se manifestada a vontade de exoneração."

A decisão judicial não pode impor a participação desse requerente na Tomada de Decisão Apoiada contra a sua vontade, mas – como pode adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna (CPC, art. 723, p.u.) – o juiz pode protrair sua eficácia por prazo razoável, de modo a permitir a sua substituição pela pessoa com deficiência, quando necessário, especialmente porque sua saída pode, na prática, implicar encerramento do apoio.

2.5. SENTENÇA

Constatada a regularidade das cláusulas do termo a ser homologado, conforme vigente art. 1.783-A, §§ 1º, 2º e 4º, do Código Civil, verificados a idoneidade e os vínculos e relação de fidúcia entre apoiado e apoiadores, e – principalmente – reconhecida a desnecessidade de submissão da pessoa com deficiência à curatela, após intimação e provável parecer ministerial, o pedido de homologação será julgado procedente. Ensina Rizzardo que "na sentença, ficarão especificados os atos em que se impõe o apoio, ou que dependem de parecer ou da presença dos apoiadores. Não se dispensará a pessoa do apoiado, que realizará o ato."

A sentença homologatória da Tomada de Decisão Apoiada pode ser acobertada pelo manto da coisa julgada, circunstância que será analisada no item 6.

A lei é omissa acerca da necessidade de registro ou averbação da sentença no registro civil de pessoas naturais.[12] Godinho defende a aplicação do art. 755, § 3º, do CPC, que estabelece de modo geral que a sentença seja publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça e, também, a inscrição no registro civil de pessoas naturais. *De lege ferenda*, Rizzardo (2019) também defende expressamente a inscrição de imediato. A medida é necessária para dar mais publicidade ao ato, além de conferir maior grau de autenticidade, segurança e eficácia (Lei nº 6.015/1973, art. 1º).

Por analogia, é possível aplicar o art. 755, § 3º, do CPC ou art. 756, § 3º, do CPC, se existir registro de curatela anterior, situação analisada com pormenores adiante.

12 O Projeto de Lei nº 11091/2018 (conversão do Projeto de Lei do Senado nº 757/2015), em trâmite na Câmara dos Deputados, trata do tema e prevê a inscrição da sentença no registro civil de pessoas naturais e imediatamente publicada em edital na internet, na imprensa local e no órgão oficial por três vezes. Ainda que sem regra expressa, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo regulamentou o registro no Provimento CG nº 32/2016.

Adiantamos que é possível que seja prolatada decisão interlocutória determinando a conversão do procedimento em processo para definir os limites da curatela, como será exposto logo a seguir. Se inviável a conversão, o pedido de homologação será julgado improcedente.

3. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM AÇÃO DE CURATELA

Como vimos, o Código Civil, no art. 1.783-A, § 3º, prevê instrução no procedimento da Tomada de Decisão Apoiada, com participação de equipe multidisciplinar, na qual o magistrado ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio, além da oitiva do Ministério Público sobre direitos indisponíveis.

Se houver manifestação que coloque fundada suspeita em relação à capacidade do requerente, o magistrado deve apurar a circunstância, podendo designar perícia para esclarecimento do fato. Não há dúvida de que as pessoas com deficiências mental ou intelectual têm maiores chances de se encontrar na zona cinzenta entre o exercício de sua capacidade plena e a necessidade da curatela, na forma dos arts. 84 e 85 da Lei Brasileira de Inclusão, e de serem afetadas pela matéria ora desenvolvida.

A partir dessa conclusão judicial, questiona-se: esse procedimento de Tomada de Decisão Apoiada pode ser convertido em processo para definir os limites da curatela?

Para Dias (2017), "ocorrendo o agravamento da condição da pessoa, pode o juiz, nos autos do próprio procedimento, nomear-lhe curador provisório, um dos apoiadores ou não. Por cautela, deve o juiz estabelecer um prazo para a propositura da ação de curatela." Parece-nos uma posição que cria incidente processual *contra legem* e vai de encontro aos princípios da eficiência e economia processual.

Considerando que o juiz pode adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna (CPC, art. 723, p.u.), "poderá ser convertido o processo em interdição, com as adaptações procedimentais necessárias, incluindo a intervenção obrigatória do Ministério Público e, se for o caso, as adaptações subjetivas e objetivas", leciona Godinho (2018). A medida depende de pedido dos legitimados para a ação de curatela, que inclui o próprio requerente, não podendo o juiz converter de ofício.

Neste caso, o pedido de homologação não será julgado – pois haveria, na prática, um julgamento prévio sobre a incapacidade sem exercício do contraditório – e será proferida decisão interlocutória determinando a instauração do incidente

processual de conversão no procedimento de interdição, com aproveitamento das provas e instrução sempre que possível, intimando-se todos os envolvidos da decisão, com prazo sucessivo para a pessoa com deficiência contestar.

O ajuizamento de ação de curatela é desnecessário e situação de relevância e emergência poderá ser objeto de tutela de urgência no início do novo procedimento, a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência, com nomeação de curador provisório pelo juiz, ouvido o Ministério Público.

Proposto o pleito homologatório pela Defensoria Pública, caso não haja manifestação do interditando em sentido contrário, haverá a conversão em defensor da pessoa com deficiência no novo procedimento, na função institucional típica de defesa de necessitado ou atípica, na defesa de pessoa com deficiência, consoante art. 79, § 3º, da Lei Brasileira de Inclusão da pessoa com deficiência e regulamento da Defensoria Pública.

Havendo advogado contratado, deve-se analisar o objeto e poderes contidos na procuração e provavelmente novo acordo deverá ser formalizado para que seja constituído na defesa da ação de curatela, caso assim entenda a pessoa com deficiência. Se não contestar o pleito, deverá o juiz nomear curador especial para que a represente em juízo e promova a sua defesa, na forma do art. 752, § 2º, do CPC.

4. CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA: CUMULAÇÃO DE PEDIDOS E REUNIÃO PARA JULGAMENTO SIMULTÂNEO

Os requisitos para a cumulação de pedidos estão estabelecidos no art. 327, § 1º, do CPC: pedidos compatíveis entre si, juízo competente para conhecer de ambos os pedidos e terem procedimento adequado para todos os pedidos. Vejamos.

A questão da compatibilidade dos pedidos envolve os limites do objeto do apoio. Para quem defende a amplitude do objeto de apoio, não há maiores empecilhos. Como a lei não fixa o objeto do apoio, Schreiber cogita:

> Na ausência de uma limitação clara do campo de cada um dos institutos, surgem, inclusive, dúvidas acerca da sua conciliação. Seria possível que uma pessoa com deficiência submetida a curatela instituísse simultaneamente uma tomada de decisão apoiada em relação às suas decisões existenciais, a princípio não abarcadas pela curatela? Se, em uma perspectiva pragmática, a sobreposição de instrumentos e de pessoas envolvidas (a própria pessoa com

> deficiência, dois apoiadores e um curador) pareça contraindicar esta opção, não se verifica efetiva incompatibilidade entre os institutos, afigurando-se possível, embora com questionável benefício para o curatelado/apoiado, a simultaneidade dos institutos (2019, p. 972).

Como a Tomada de Decisão Apoiada somente pode ser pedida pela própria pessoa com deficiência, a outra demanda seria caso de autointerdição.[13]

Se adotada a posição lassa de Joyceane Berreza de Menezes (2016), poder-se-ia ter curatela para questões patrimoniais e apoio para questões existenciais, rotinas domésticas e cuidados pessoais.[14] Para a autora, a pessoa com deficiência sabe da sua necessidade de suporte e pode incluí-los no objeto da Tomada de Decisão Apoiada.

Todavia, como vimos no subitem 2.3, a nossa posição é restritiva, no que estamos muito bem acompanhados. O objeto de apoio é restrito aos atos negociais e patrimoniais. Concordamos integralmente com César Fiuza e Roberto Henrique Pôrto Nogueira (2018), quando afirmam que, "se nem mesmo a curatela, medida de cuidado mais interventiva reservada às pessoas com incapacidade relativa declarada, pode voltar-se às questões existenciais, não parece autorizado à tomada de decisão apoiada, sem previsão legal, buscar ocupar-se de tais matérias."

É difícil vislumbrar a necessidade de curatela para atos negociais e patrimoniais de relevo (isto é, que a pessoa com deficiência não manifeste vontade em relação a eles) e o apoio para outros atos negociais e patrimoniais relevantes (ou seja, que manifeste vontade acerca desses outros). Podemos cogitar o caso de uma pessoa com deficiência com problema de saúde mental (trauma psicológico, depressão e esquizofrenia, por exemplo) ou com transtorno de espectro autista leve, que pode se mostrar prostrada em relação a certos atos e com certa disposição para outros.

Embora improvável, é possível que a curatela temporária seja limitada a determinados atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial e em relação a outros de igual natureza, a pessoa com deficiência com plena capacidade civil para tais atos opte pela colaboração dos apoiadores. Adaptando a lição de Menezes,

13 Na acumulação de pedidos, como será caso de autointerdição, não há necessidade de nomeação de curador especial, como ensina Didier Jr. (WAMBIER et al., 2016, p. 1937). Na autointerdição, não haveria citação nem prazo para defesa e, com uma única petição inicial, o interditando estaria necessariamente assistido por advogado ou defensor público, a dispensar a nomeação de curador especial.

14 Nas palavras da autora, "ante a omissão legal, o apoio pode se estabelecer quanto às questões patrimoniais e/ou às questões existenciais, nada impedindo que também incida sobre decisões da rotina doméstica ou pertinentes aos cuidados pessoais. O tipo do apoio também pode ser de ordem variada, a depender da necessidade específica de quem o requer. Pode consistir na facilitação da comunicação, na prestação de informação e esclarecimentos, no auxílio à análise dos fatores favoráveis e desfavoráveis que circundam certa decisão etc., tudo a depender do caso específico e das demandas da pessoa que precisa do apoio."

a pessoa com deficiência sabe da sua necessidade de suporte e pode incluí-los no objeto da Tomada de Decisão Apoiada. Os pedidos não seriam incompatíveis entre si na hipótese de os objetos de cada demanda forem diversos.[15]

Também é possível *cogitar* que o pleito homologatório do termo de apoio seja um pedido subsidiário ao pedido para ser curatelado e vice-versa (num caso de pedido subsidiário de autocuratela). Num exercício de *abstração*, diante dessa nova ordem jurídica que *ainda vem sendo descortinada*, podemos vislumbrar que pode ocorrer, por exemplo, em caso de pessoa com deficiência que possua enfermidade mental com intervalos de lucidez, com fundamento na lição de Fiuza e Nogueira:

> Se a incapacidade passa a ser, nos casos de deficiências (inclusive as decorrentes de transtornos mentais), sempre relativa e a medida de cuidado deve, necessariamente, contemplar a proporcionalidade[16] em todos os casos, talvez caiba menção a tais intervalos, para que o curatelado possa ser ouvido, eventualmente, cogitando-se, nesse caso, do fenômeno da assistência ou mesmo do apoio à tomada de decisão (2018, p. 25).

A ação de curatela e a ação homologatória do termo de apoio são casos de jurisdição voluntária, com procedimentos assemelhados. O procedimento da ação de curatela é mais abrangente, com vários atos que podem ser compartilhados ou unificados, como a entrevista da pessoa com deficiência, o parecer da equipe multidisciplinar, perícia médica e a instrução de modo geral (os apoiadores, por exemplo, podem funcionar como testemunhas da ação de curatela). O procedimento pode sofrer adaptações e ser, pois, utilizado para ambas as demandas, que serão julgadas em juízo com competência material em Direito de Família (e na comarca onde residir a pessoa com deficiência).

A propósito, para Farias e Rosenvald (2019), é possível cumular a ação de levantamento de curatela – que possui procedimento parcial da ação de curatela – com a Tomada de Decisão Apoiada: "nesse caso, a mesma decisão judicial que libertará a pessoa das

15 Também Tartuce possui entendimento restrito, como vimos. Ele trata do Enunciado n. 640, visto acima, segundo o qual "a tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela" e conclui que "traz em si a conclusão pela inviabilidade de cumulação da tomada de decisão apoiada e da curatela (2019, p. 749). Para os mesmos atos, realmente, é impossível.

16 Ensinam os autores (2018, p. 24): "A proporcionalidade deve ser considerada no tempo, na extensão (campo de atuação) das atribuições e na função do cuidador em (eventualmente) suplementar ou chancelar a vontade. Essa proporcionalidade é direcionada ao mínimo de intervenção necessária para a preservação da capacidade, de maneira que dela se sobressai o irrefutável comprometimento do cuidador com medidas de proteção do vulnerável e de reversão/mitigação do estado de dependência. Portanto, a pessoa vulnerável, no tocante à expressão da vontade, passa a poder experimentar uma medida de cuidado, que pode ou não derivar de um estado de incapacidade, que, por sua vez, não mais se coaduna com a situação excessivamente redutiva e quase sempre irremediável."

amarras da incapacidade, poderá nomear os apoiadores, garantindo a sua proteção integral." Ora, se é possível cumular com o levantamento da curatela (que pode redundar em sua manutenção ou em curatela parcial), também é viável o acúmulo da Tomada de Decisão Apoiada com a própria ação de curatela.

E seria possível a reunião para julgamento simultâneo no caso de tramitação paralela de Tomada de Decisão Apoiada e ação de curatela? Ainda que com causas de pedir diversas (fatos sobre incapacidade e determinados atos em uma e fatos acerca da capacidade e mesmos ou outros atos, na outra) e pedidos distintos, recomenda-se a união para julgamento simultâneo pelo juízo prevento, na forma do art. 55, § 3º, do CPC, para evitar decisões conflitantes e em homenagem à celeridade e economia processual, com o compartilhamento das entrevistas, avaliação biopsicossocial, perícia e toda a instrução, num caso de conexão probatória.[17]

Em ambos os casos, a sentença será proferida em capítulos, com um capítulo para o pedido de curatela e outro para o pedido de homologação do termo de apoio.

5. TOMADA DE DECISÃO APOIADA COMO MATÉRIA DE DEFESA

Vimos acima que o processo de Tomada de Decisão Apoiada é instaurado com o exercício do direito de ação pela pessoa com deficiência para homologar o termo de apoio em juízo. Porém, nada impede que a medida seja pleiteada de forma reativa e incidental. Precisa é a lição de José Miguel Garcia Medina (2020):

> Poderá o interditando, ao impugnar o pedido de definição dos termos da curatela, pedir, por sua vez, que se adote a tomada de decisão apoiada (cf. arts. 84, § 2º da Lei nº 13.146/2015 e 1.783-A do CC/2002, inserido pela Lei nº 13.146/2015), medida que poderá ser mais adequada ao caso.
>
> De acordo com o art. 84, § 1º da Lei nº 13.146/2015, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, se necessário. Faculta-se à pessoa com deficiência, por outro lado, a adoção de processo de tomada de decisão apoiada (cf. § 2º do art. 84 da Lei nº 13.146/2015), figura prevista no art. 1.783-A do CC/2002 (inserido pela Lei nº 13.146/2015) (2020, p. 878).

Também foi visto que a pessoa com deficiência que pode ser apoiada é aquela que não pode ser submetida à curatela e a consequência disso é que a faculdade

17 Na tramitação paralela, caso a pessoa com deficiência não se defenda em relação ao pedido para que seja submetida à curatela, deverá ser nomeado curador especial ao interditando para atuar nesta demanda, conforme estabelece o art. 752, § 2º, do CPC.

prevista no art. 84, § 2º, do Estatuto das Pessoas com Deficiência se traduz na alternativa da pessoa com deficiência escolher entre exercer a sua capacidade de forma isolada ou com a colaboração dos apoiadores.

Com efeito, é possível à pessoa com deficiência defender a sua capacidade plena e desnecessidade de submissão à curatela, de modo a atuar sozinho (ou com colaboração de terceiros contratados ou voluntários, se quiser) na prática de atos negociais e patrimoniais, quando simplesmente requererá a improcedência do pedido, ou requerer que seja reconhecida a desnecessidade de curatela e, ainda, que seja submetido ao processo de Tomada de Decisão Apoiada em prol do exercício autônomo de sua capacidade legal, com os elementos e informações fornecidos por apoiadores constituídos de forma solene e judicial. Para tanto, deverá apresentar a contestação e o requerimento, providenciando os apoiadores e o termo de apoio, conforme Código Civil. Nada impede que o requerimento incidental da Tomada de Decisão Apoiada ou a apresentação do termo ocorra após a apresentação da contestação.

Medina, então, responde uma das grandes questões processuais envolvendo esse procedimento:

> Como a curatela tornou-se medida mais restrita, a partir da Lei nº 13.146/2015, pode suceder, a depender do teor do pedido de definição dos termos da curatela, que mostre-se mais adequado o processo de tomada de decisão apoiada.
>
> Deve-se admitir a conversão do processo que define os termos da curatela em processo de tomada de decisão apoiada não apenas quando a própria pessoa com deficiência o requerer, mas, também, quando, pedida a definição dos termos da curatela por outra pessoa (cf. art. 747 e 748 do CPC/2015), a pessoa com deficiência, ao ser ouvida (art. 752 do CPC/2015), manifestar sua vontade nesse sentido (2020, p. 878).

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu essa possiblidade de forma incidental ao dar provimento ao Recurso Especial nº 1.685.826/BA para anular sentença e determinar a realização de nova perícia, quando teve oportunidade de tratar do art. 753, § 2º, do CPC, registrando que a regra "permite aferir, inclusive, se seria admissível a conversão do procedimento de interdição para o procedimento de tomada de decisão apoiada previsto no art. 1.783-A do Código Civil."[18] A conversão

18 STJ, REsp 1685826/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 26/09/2017.

somente ocorrerá "desde que o interessado se manifeste expressamente nesse sentido, sempre com as adaptações procedimentais necessárias", como ressalta Godinho (2018, p. 357-358).

No entanto, por envolver uma lide entre o requerente e a pessoa com deficiência em torno da necessidade de sua submissão à curatela, este caso é mais complexo do que a conversão do procedimento da Tomada de Decisão Apoiada em ação de curatela.

Sem concessão de curatela provisória, é induvidosa a capacidade da pessoa com deficiência e, cessada a lide, a conversão da ação de curatela em procedimento de decisão de Tomada de Decisão Apoiada pode ocorrer através de negócio processual, como ensina Godinho (2018), segundo o qual "os negócios processuais são plenamente possíveis quando firmados para fortalecer a posição do vulnerável."

Permanecendo o litígio entre requerente e a pessoa com deficiência, a decisão do magistrado será necessariamente posterior ao exercício do contraditório pelo interditando, até por exigir manifestação de vontade do pretenso apoiado. Nesse caso, deve-se entender por conversão, não o encerramento de um procedimento e início de outro – como sucede com a conversão do procedimento da Tomada de Decisão Apoiada em procedimento para definir os limites da curatela –, mas como simples flexibilização do procedimento para o processamento do requerimento do interditando.[19] Assim – na hipótese de não ter seu convencimento formado pela necessidade da curatela após perícia, quando julgaria procedente o pedido da ação de curatela –, bastaria ao juiz determinar a oitiva pessoal dos apoiadores eleitos pela pessoa com deficiência e, ao final, em face da ampliação do objeto do processo, proferir uma sentença com capítulos, um destinado a julgar improcedente, o pedido de curatela e outro, para homologar o termo de apoio.

Parece-nos que a utilização da Tomada de Decisão Apoiada como matéria de defesa de mérito na ação de curatela é a maior utilidade do instituto, podendo ser explorada tanto por advogado constituído quanto pelo curador especial nomeado.

6. TOMADA DE DECISÃO APOIADA COMO SUCEDÂNEO DE LEVANTAMENTO DE CURATELA

O art. 756, *caput*, do CPC estabelece que a curatela será levantada quando cessada a causa que a determinou. Assim, deixando o curatelado de ser incapaz, não

19 De outra forma, uma eventual decisão que determina a conversão da ação de curatela em procedimento de tomada de decisão apoiada enfrentaria indiscutivelmente o mérito e, na prática, julgaria improcedente o pedido para fixar a curatela e seus limites. Teríamos, nesta hipótese, a prolatação de duas decisões: a primeira, que será um misto de decisão interlocutória e sentença de improcedência, e a segunda, uma sentença homologatória. Teríamos um verdadeiro tumulto processual.

subsiste mais razão para que possua representante ou assistente. E a vigência da Lei nº 13.146/2015 em 03/01/2016, contribuiu com uma das maiores polêmicas envolvendo direito intertemporal nos últimos anos.

Na lição de Fredie Didier Jr. (2016), "a sentença de interdição cuida, portanto, de uma relação jurídica de trato continuado e está apta, como qualquer outra, a tornar-se indiscutível pela coisa julgada. A coisa julgada é, porém, *rebus sic stantibus*". A depender do caso concreto, a eficácia da Lei nº 13.146/2015 pode ter alterado as circunstâncias fático-normativas que fundamentaram interdições decretadas com esteio nas regras revogadas do art. 1.767 do Código Civil.

Desborda dos limites do presente estudo, a análise dessa questão, cabendo ressaltar que aderimos à posição de quem sustenta que as interdições passadas não são desconstituídas automaticamente com a vigência da lei nova, entendimento defendido por Tartuce[20] e Godinho.[21] Aliás, Godinho muito bem observa que quem defende a incidência imediata da lei, sustenta ao fim e ao cabo, a conveniência do ajuizamento do levantamento de curatela, caso de Farias e Rosenvald (2019). Do mesmo modo, embora defendendo a relativização da coisa julgada, igualmente sustenta Reis Júnior (2016).[22]

Por outro lado, em relação às curatelas excepcionais decretadas após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o art. 84, § 3º, dessa lei, estabelece que será proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor

20 Tartuce (2019, p. 747) informa que sugeriu, em parecer, a inserção de um artigo sobre o tema no Projeto de Lei do Senado nº 757/2015 e que apresentou, em evento do IBDFAM, e foi aprovado enunciado segundo o qual "Depende de ação judicial o levantamento da curatela de pessoa interditada antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência

21 Godinho (2018, p. 451) afirma que "a constituição da situação de curatela só pode ser modificada por meio de processo jurisdicional, não se podendo desconstituir uma sentença transitada em julgado pelo advento de uma lei nova que, por mais que, contenha dispositivos que alteram profundamente o sistema de curatela, não pode rescindir por si só os julgados e, o mais importante, não modifica a realidade fática da permanência de pessoas sem discernimento ou com discernimento reduzido, entre outras situações. Entender de modo diverso seria subverter a lógica do próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência com o pretexto de aplicá-lo, na medida em que ficariam ainda mais vulneráveis as pessoas com deficiência que necessitam de curatela. Assim, como a constituição da curatela, sua desconstituição necessariamente deve ser individualizada."

22 Em linhas gerais, Reis Júnior propõe a interpretação das curatelas decretadas no passado sob a ótica das novas regras estatutárias. Em todos os casos que envolvem enfermidade ou doença mental que afete o discernimento, o autor ressalva que serão capazes para os direitos existenciais e relativamente capazes para os direitos patrimoniais, com o curador passando a atuar como assistente. Na primeira hipótese (antiga redação do art. 3º, III, do CC/2002), a curatela permanecerá no "caso em que o próprio curatelado permanece inerte, deixando de promover ação para revisar os termos de sua curatela, mantendo-se *in totum* os limites traçados na decisão de interdição transitada em julgado". Na segunda (antiga redação do art. 3º, II, do CC/2002), permanece a curatela em relação aos atos de natureza patrimonial, mas "por ser agora pessoa capaz (ainda que curatelada para os atos de natureza patrimonial), pode ela, por si própria, requerer a revisão ou revogação da curatela para tais atos de natureza patrimonial" – isso não é novidade estatutária, o interdito já possuía capacidade processual para o levantamento de curatela. Vimos a posição do autor acerca das hipóteses de pessoa com deficiência mental com discernimento reduzido (antiga redação do art. 4º, II, parte final, do CC/2002) ou por se tratar de pessoa excepcional sem desenvolvimento mental completo (antiga redação do art. 4º, III, do CC/2002) que podem manifestar vontade na nota de rodapé n. 3 e será reapresentada no presente item de nosso estudo, onde nos distanciamos do que ele defendeu.

tempo possível. Além disso, o CPC, art. 758, estabelece que o curador deve buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito. Então, a pessoa com deficiência pode se reabilitar e a sentença ainda estar produzindo efeitos, especialmente perante terceiros de boa-fé.

Em ambos os casos, é necessário desconstituir a sentença que decretou a curatela.

Para Dias (2017), a possibilidade da concessão do apoio pode levar a pessoa com deficiência a pedir o levantamento da curatela. Farias e Rosenvald (2019), vislumbram que "a *Tomada de Decisão Apoiada* poderá contribuir decisivamente para uma 'avalanche' de levantamento de curatelas, por conta do seu alcance prático." Como vimos acima, para esses dois autores é possível cumular a ação de levantamento de curatela com a Tomada de Decisão Apoiada.

O presente estudo traz à baila o uso do processo de Tomada de Decisão Apoiada de forma isolada, em substituição ao levantamento de curatela, que possui procedimento ainda mais burocrático do que aquele: com exercício de contraditório e ampla defesa, possível nomeação de curador especial, pareceres ministeriais obrigatórios, prazos em dobro para se manifestar, possíveis de perícias e audiências de instrução e julgamento. Além disso, o acúmulo das demandas tornaria o processo mais dispendioso para o curatelado, que poderia vir a ter gastos extras com as custas e despesas processuais adiantadas (fora o risco de pagamento de honorários de sucumbência, se houver resistência do curador).

Além do levantamento da curatela, a pessoa com deficiência poderá ajuizar o pleito de Tomada de Decisão Apoiada. A desnecessidade da pessoa com deficiência ser submetida à curatela é a *ratio decidendi* para homologar o termo e questão prejudicial de mérito sobre a qual haverá cognição exauriente. Como sucede no levantamento da curatela, a decisão homologatória do termo de apoio afetará a posição jurídica do curador. Por força do art. 721 do CPC, é necessário citá-lo na condição de interessado para que se manifeste.[23]

Essa promoção do contraditório permite sustentar, inclusive, que seja formada coisa julgada sobre a questão de mérito acerca da capacidade do apoiado, na forma do CPC, art. 503, § 1º. E mais: é possível formar coisa julgada também em relação ao dispositivo. A decisão judicial homologatória deverá ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, consoante dispõe o art. 489, § 3º, do CPC. O dispositivo considerará o

23 Caso o curador seja um dos pretensos apoiadores, é dispensável a sua citação em virtude da manifestação de vontade reduzida a termo e porque já será ouvido pessoalmente pelo juiz.

reconhecimento da capacidade do apoiado. O potencial conflito entre pretenso apoiado e curador qualifica o caso concreto a formar coisa julgada, pois se "estará diante de decisão jurisdicional, com presença do contraditório e sem qualquer limitação cognitiva", ensina Godinho (2018), para quem "o que importa para verificar a ocorrência de coisa julgada material, essencialmente, é a presença do contraditório e da cognição exauriente". Assim, a coisa julgada acerca da homologação do termo de apoio, fundamentada na capacidade da pessoa com deficiência, prevalecerá sobre a sentença de interdição anterior, formada com base em circunstâncias fáticas e jurídicas não mais existentes e, por isso, superadas.

A ação homologatória acaba por funcionar como autêntica ação de estado e a sentença homologatória terá efeitos constitutivos negativos em relação à curatela decretada.

Para arrematar, enquanto a generalidade das sentenças que julgam o mérito tem força de lei entre as partes, o Código Civil, art. 1.783-A, § 4º, estabelece que a decisão homologatória do termo de apoio tem validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. Dessa forma, com a eficácia imediata da lei, as pessoas com deficiência terão garantidos os seus direitos existenciais, a manifestação de vontade em relação a estes, e com essa nova sentença, será oponível contra todos interessados, o reconhecimento de sua capacidade em relação aos atos negociais e patrimoniais,[24] com substituição da curatela pelo apoio.

Já vimos que a lei é omissa acerca da necessidade de registro ou averbação da sentença no registro civil de pessoas naturais e que a melhor doutrina defende a aplicação do art. 755, § 3º, do CPC. Havendo registro da interdição ou curatela, entendemos que deve ser aplicado o CPC, art. 756, § 3º, por analogia, de modo que a sentença homologatória do apoio deve ser *averbada* no registro civil de pessoas naturais.

A nosso juízo, a coisa julgada sobre a questão prejudicial acerca da capacidade, é suficiente para afastar a eficácia da sentença anterior, mas não ignoramos os inconvenientes que podem ser causados com o fim da Tomada de Decisão Apoiada pelo decurso do prazo ou por iniciativa dos envolvidos, quando o negociante poderá cogitar a aplicação dos termos da sentença anterior. Além das

24 As questões que podem surgir envolvem a negativa da celebração do negócio jurídico pela outra parte, por querer celebrar com o antigo representante ou também com o assistente, ou não querer acordar com a pessoa apoiada sozinha, o que nos remete à divergência doutrinária exposta acima sobre as atitudes que esta pessoa com deficiência apoiada pode tomar em relação aos atos negociais e patrimoniais que estão contidos no termo de apoio. O primeiro caso, pode ser resolvido com prestação de esclarecimentos. Em relação ao segundo entrave, basta que o contratante exerça seu direito de requerer que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado, conforme autoriza o art. 1.783-A, § 5º, do Código Civil.

publicações determinadas pelo juiz, o registro ou averbação mediante trasladação da sentença é essencial para que se dê publicidade e segurança jurídica, a afastar definitivamente qualquer fumaça que paire sobre a capacidade da pessoa com deficiência, que poderá ter certidão cartorária atestando que não é incapaz. Tudo indica que a lacuna será preenchida com regra inserida no Projeto de Lei nº 11091/2018 (conversão do Projeto de Lei do Senado nº 757/2015).

Por tudo isso, reforçamos a posição de que a Tomada de Decisão Apoiada não é uma alternativa para a pessoa com deficiência. E não será nem mesmo na circunstância específica de haver *interdição parcial anterior à vigência da Lei nº 13.146/2015* de pessoa com deficiência mental com discernimento reduzido ou por se tratar de pessoa excepcional sem desenvolvimento mental completo, na hipótese de em ambos os casos poderem manifestar vontade. Discordamos, portanto, de Reis Júnior (2016), para quem não há necessidade de levantamento de curatela, podendo a pessoa com deficiência "exercer, livremente, os atos de natureza patrimonial e existencial" tão só a partir da vigência da nova lei e "resguarda-se a elas, por ato espontâneo, o direito de requerer a assistência de seu curador (que deve se restringir às hipóteses do art. 84) ou mesmo invocar a aplicação do instituto da tomada de decisão apoiada, previsto no art. 1.783-A do Código Civil."

Para essas pessoas interditadas, sem o levantamento da curatela, será mantida a interdição judicialmente imposta em relação aos atos negociais e patrimoniais ou poderá, já que legitimada para tanto, ajuizar a Tomada de Decisão Apoiada. Definitivamente, não há opção pela assistência ou pelo apoio.

Cabe uma última observação: exatamente pela constatação da possibilidade de substituição que, numa eventual cumulação com a Tomada de Decisão Apoiada, somente não ocorrerá carência de interesse processual no levantamento de curatela em virtude da possibilidade de a pessoa com deficiência poder ser submetida à curatela parcial e, também, ao apoio, nos termos expostos no item 4.

7. CONCLUSÃO

Influenciada pelas regras da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a Lei nº 13.146/2015 revolucionou o regime das capacidades e da curatela do direito material, especialmente das pessoas com deficiência. E foi além: criou o processo de Tomada de Decisão Apoiada, um instrumento para que essa parcela vulnerável da população possa exercer sua capacidade legal de forma plena.

Estudamos a quem a medida auxiliar é destinada, concluindo que a Tomada de Decisão Apoiada tem como alvo as pessoas com deficiências que não necessitam de curatela. Com isso, deixamos assente que não existe uma alternativa entre a curatela e o apoio, mas entre o exercício da capacidade legal pela pessoa com deficiência de forma isolada (ou com a colaboração de terceiros, contratados ou não) ou através do auxílio de pelo menos dois apoiadores constituídos de forma solene e judicial.

Analisamos o objeto do apoio e apresentamos as posições lassa e estrita, definindo que a Tomada de Decisão Apoiada é destinada para atos negociais e patrimoniais mais complexos. Na oportunidade, ressaltamos que seus contornos possuem reflexos em questões processuais.

Constatamos que parte da doutrina tem fundadas dúvidas sobre a utilidade prática da medida protetiva, notadamente em face da natureza judicial e de opções menos burocráticas ao alcance das pessoas com deficiência, tais como procurações públicas ou privadas. Essa doutrina sustenta que a pessoa com deficiência capaz dificilmente irá se submeter ao desgaste de um processo judicial para a homologação do termo de apoio.

Por outro lado, foram apresentadas duas utilidades não aventadas pela doutrina civilista estudada: o emprego da Tomada de Decisão Apoiada como matéria de defesa em ação de curatela, com possibilidade de conversão em procedimento de homologação de termo de apoio, e uso como sucedâneo do levantamento de curatela, para promover o exercício autônomo da capacidade plena da pessoa com deficiência, em substituição de curatela anteriormente decretada.

Além disso, foi exposto que o regramento atual da Tomada de Decisão Apoiada possui lacunas e que o Projeto de Lei nº 11091/2018 (conversão do Projeto de Lei do Senado nº 757/2015), em trâmite na Câmara dos Deputados, contém potenciais regras que podem inserir todo o procedimento jurisdicional no CPC e estabelecer a necessária previsão de inscrição da sentença no registro civil de pessoas naturais. Todavia, carece de regra projetada para fixar os limites do objeto do apoio, que tem importantes reflexos também na esfera processual, estabelecendo norte para o juiz sobre o que pode ou não ser homologado e no estudo da acumulação da medida com a ação de curatela.

Por fim e ao cabo, o objetivo do estudo foi alcançado e foi possível compreender e verificar as implicações da Lei nº 13.146/2015, respondendo as situações-problemas colocadas acerca do procedimento e de incidentes processuais, contribuindo para

o estudo de instituto novo e com delimitação legal insuficiente, a exigir trabalho vigoroso da doutrina, enquanto fonte do direito, para interpretar a legislação e preencher suas lacunas.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direitos das famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 5.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, v. 6.

FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. **Críticas recorrentes à teoria das incapacidades e contributos significativos do Estatuto da Pessoa com Deficiência.** In: FIUZA, César (Org.); SILVA, Marcelo Rodrigues da; OLIVEIRA FILHO, Roberto Alves de (Coord.). Temas Relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Salvador: JusPodivm, 2018, v. 1, p. 17-32.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; GAJARDONI, Rosana Medeiros Veluci. **Tomada de decisão apoiada pelo deficiente (art.1783-A do CC): alguns aspectos processuais**. In: Revista IBDFAM: família e sucessões, n. 32, p. 67-93, mar./abr. 2019.

GODINHO, Robson Renault. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 719 a 770): dos procedimentos de jurisdição voluntária**. Coordenação de José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2018, v. XIV.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 5.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (Lei n. 13.146/2015)**. In: Revista Brasileira de Direito Civil, v. 9, p. 31-57, jul-set/2016. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53/47.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

REIS JÚNIOR, Antônio dos. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo Código de Processo Civil: aspectos controvertidos e questões de direito intertemporal**. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Org.). Impactos do Novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 135-174.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 5.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

DEVOLUÇÃO EM DOBRO DO TEMPO ILEGALMENTE PRESO: UMA SOLUÇÃO INCLUSIVA PARA UM GRUPO SOCIALMENTE EXCLUÍDO

José Roberto Sotero de Mello Porto[1]

Resumo: O presente trabalho busca fundamentar o cabimento da tese consistente da compensação em dobro do prazo ilegalmente preso, no Direito Penal. Utilizam-se argumentos principiológicos e legais, apresentando-se, também, a atual compreensão acerca do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Tempo de prisão ilegal. Compensação. Devolução em dobro. Superlotação carcerária.

1. INTRODUÇÃO

A tarefa do advogado – e, particularmente, do defensor público – no processo criminal é, sabidamente, hercúlea. A afirmação de que o sistema é unidirecional, voltado apenas à condenação, está longe de ser uma falácia ou um exagero. De fato, não raras vezes, a defesa técnica acaba por ter que se lamentar, recolhendo-se à sua impotência, ainda que jamais deixe de se inquietar.

É justamente esse gosto amargo que motiva esta reflexão. Recentemente, em uma audiência em continuação, na seara infracional, terminada a oitiva das testemunhas, e verificado que os adolescentes já se encontravam internados provisoriamente por mais de 45 dias (na verdade, há 49), foi pleiteada a soltura dos mesmos. Uma situação absolutamente corriqueira que, caso se observasse a legislação e a jurisprudência, poderia ser resolvida de maneira tranquila. Não é, contudo, o que acontece na prática.

O Ministério Público, de pronto, retrucou, sustentando que o prazo legal do artigo 108 do Estatuto não era peremptório, que a instrução já estava terminando, passando à

1 Defensor público do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando e Mestre em Direito Processual pela UERJ; Pós-graduado em Direito Privado – Universidade Cândido Mendes-UCAM

fase de alegações finais e, afinal de contas, não haveria prejuízo. Lamentavelmente, os adolescentes permaneceram internados, sem qualquer sustentação legal. Há, portanto, que parar para pensar: tal escancarado abuso restará indiferente?

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, conquistado a duras penas (e esse comentário está longe de ser histórico; é, antes, uma constatação dos tempos esquisitos por que passamos). O preço para tal "é módico, estando ao alcance de todos: o respeito irrestrito à lei e à Constituição"[2]. Goste-se ou não.

O caso concreto descrito, infelizmente, constitui mera metonímia do que vem sucedendo de maneira reiterada na praxe forense. Quando nos voltamos ao Direito Penal, a conjuntura ganha traços muito mais críticos, de modo que é possível desenhar um extensíssimo rol de situações caracterizadoras de ilicitude na custódia, provisória ou derradeira, de um sem número de cidadãos. Urge, portanto, diversificar as teses defensivas, buscando um mínimo de justiça.

Sem mais divagações, parece possível propor uma solução prática para tais abusos, os quais escandalizam em maior ou menor medida: a devolução do tempo ilicitamente apreendido em dobro, caso venha a ocorrer definitiva condenação. Tal proposta, *prima facie contra legem*, está distante de contrastar com o ordenamento pátrio, nele se respaldando por meio dos princípios que consagra e pela legislação, bem como na jurisprudência mais atenta a tais disposições.

2. FUNDAMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS

Um primeiro grupo de argumentos autorizadores da tese ventilada reside nos princípios. Tais linhas mestras do ordenamento merecem especial concretização quando se trata do Direito Penal.

Isso porque, em tal seara, a lide ganha contornos específicos: é presumida de per si, isto é, surge da própria natureza da relação, haja vista que apenas ao Estado é dado retirar bem jurídico tão caro ao sujeito de direito como a sua liberdade. Nasce, pois, uma pretensão punitiva a ser exercida pelo órgão acusador em face de um autêntico vulnerável, o acusado.

2 MELLO, Marco Aurélio. Congresso atropela legislação ao não pagar supersalários. Consultor Jurídico, 27 fev. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-27/marco-aurelio-congresso-atropela-legislacao-nao-pagar-supersalarios>. Acesso em: 22 ago. 2016.

A disparidade de forças fica, por demais, evidente. Sabedor disso, quis o constituinte refrear o ímpeto punitivo, desenhando limites expressos na Carta Constitucional de 1988[3], outorgando-lhe o status de constituição garantista, o que se justifica pela conjuntura política especialmente vivenciada nas décadas que a antecederam.

Para a dogmática penal, o princípio da legalidade recebe relevância ímpar. Por meio dele, fica evidente a diferença que existe em relação aos atos realizados pelos particulares: na autonomia da vontade do Direito Civil, tudo aquilo que não for proibido deve ser considerado lícito, ao passo que, em se tratando de intento estatal, apenas o que for autorizado expressamente por lei (em sentido material) poderá ser praticado[4].

Trocando em miúdos, apenas poderá o Estado punir se o fizer nos ditames autorizados pela norma jurídica. Caso o faça além desses limites, incorrerá em atitude ilícita, não amparada pelo Direito[5].

Sucede, porém, que é exatamente isso que se percebe no atual estágio do sistema carcerário pátrio. Do ponto de vista prático, qualquer constrição da liberdade vem se mostrando ilegal, na medida em que viola exigências expressamente delineadas pela Lei de Execuções Penais[6] e por diploma supralegais[7]. A própria jurisprudência pátria já reconhece, hoje, o Estado de Coisas Inconstitucional existente, como se verá mais abaixo. De maneira direta, igualmente sangra o princípio constitucional da vedação das penas de caráter cruel ou degradante (artigo 5º, XLVII, e).

---

3 Logicamente, os princípios constitucionais não foram inaugurados em 1988, mas indubitavelmente revestiram-se de especial protagonismo. Buscando garantir à tese um aspecto pragmático, leva-se em conta o atual estágio do ordenamento.

4 "Esse preceito, ao incidir sobre o Direito Penal, encontra de início o princípio de reserva que proíbe qualquer incriminação sem prévia definição da lei. Donde concluir-se que a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito não podem criar novas figuras delituosas, nem tampouco penas ou sanções jurídicas: nesse terreno, o Direito Penal não apresenta lacunas porque tudo aquilo que não for ilícito punível em conseqüência de previsão legal explícita deve ser considerado como ato penalmente lícito." FREDERICO MARQUES, José. Tratado de Direito Penal. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. pp. 222-223.

5 Por vezes, contudo, o referido princípio é muito mal compreendido, como ocorreu no julgamento, pelo Plenário do Supremo, do EP 12 ProgReg-AgR/DF, em que se "criou" um novo requisito para a progressão de regime: o adimplemento da multa imposta na condenação, ao arrepio das exigências do artigo 112 da LEP.

6 A título de exemplo, veja-se o artigo 88 da Lei nº 7.210/1984: "Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados)".

7 Verificam-se disposições descumpridas nos mais diversos instrumentos protetivos internacionalmente confeccionados, como as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU (1955); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão (1988); Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU (Resolução 39/46, adotada pela ONU em 1984 e ratificada pelo Brasil em 1989); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, da OEA (1985); Princípios básicos para o tratamento dos reclusos (Resolução da ONU n. 45/111, de 1990); Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados (Resolução da ONU n. 47/133, de 1992); Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok – 2010).

Nessa esteira, tendo em vista que as garantias fundamentais se prestam a proteger o cidadão (in casu, o acusado) e a limitar o Estado, não consistindo em benesses por este último concedido, mas sim em direitos públicos subjetivos[8], encontra-se um grande espaço deixado pela lei, em favor do réu. Tal lacuna – que, na realidade, constitui regra geral – pode ser perfeitamente preenchida pela julgador em particular, de modo a satisfazer com perfeição a individualização da pena (artigo 5º, XLVI), que garante uma reprimenda penal na exata necessidade externada pela conduta.

Percebe-se, então, que o primeiro aspecto que supostamente afastaria o cabimento da devolução em dobro, a falta de previsão legal para tanto, é, na realidade, um argumento a favor. No Direito Penal, não é necessário que haja autorizações para a atuação estatal senão em desfavor do réu[9]. Outrossim, na Execução Penal, sob pena de se retornar à vetusta concepção administrativista desse ramo[10], impedindo a efetivação de direitos por meio do acomodado argumento de que "não há lei que autoriza".

Também a própria unidade do Direito serve de reforço para a tese defendida, em uma perspectiva metapositiva. É a mais comezinha lição jurídica que os diversos ramos são mera construção doutrinária, da qual se lança mão para facilitar sua esquematização didática[11], sem jamais perder a sua finalidade precípua.

Inegável, portanto, que existe um verdadeiro diálogo dentro dessa enciclopédia jurídica, do qual é possível (e até recomendável) que se extraiam consequências de uma disciplina para outra, permitindo alcançar uma cada vez mais coerente visão sistêmica. Com base nisso, podemos trazer, por meio da analogia autorizada pelo supra mencionado princípio da legalidade em seu viés do *nulla poena sine lege scripta*, comandos originalmente destinados ao Direito Privado.

Explico: a ideia de que a mora traz consigo seus consectários é de simples compreensão no ramo civilista. Contudo, o que se tem verificado é que,

8 GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana?. In: BULYGIN, E. El positivismo jurídico. México: Fontamara, 2006. p. 47.

9 "Este axioma consiste na essencial tutela do indivíduo mediante possíveis iniqüidades do Poder Judiciário, demandando, em ultima análise, que a atuação discricionária do magistrado jamais se dê em desfavor do sentenciado. A ausência ou obscuridade de contornos legais a determinados critérios de medição da pena não podem ser supridos pelo aplicador de forma gravosa, mas tão somente de modo tendente à minimização da afetação (violência seletiva) destinada ao acusado, por ser este o dever jurídico constitucional imposto pela Constituição e assegurado pela legalidade." ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 75-76.

10 "A índole administrativa pressuporia, pois, que a execução não poderia nunca pertencer ao direito processual penal: este terminaria com o trânsito em julgado da sentença." CARVALHO, Salo de. Penas e garantias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 164.

11 "Sublinhamos, novamente, a necessidade de se considerar todo ramo do Direito como espécie de um gênero comum. Antes, de ser adjetivo, público, privado, penal, civil, o conjunto de normas expressa o substantivo Direito. Assim, cada ramo do Direito Positivo, além de possuir caracteres próprios, participa das propriedades inerentes à árvore jurídica." NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 349.

ironicamente na seara mais delicada do Direito (o princípio da *ultima ratio* é outro daqueles que se aprende *ab initio* em qualquer escola jurídica), o adimplemento no termo traz consigo juros. Em outras palavras: diante das masmorras medievais que conservamos no Brasil, por mais que o condenado pague no dia, paga mais do que deve. E isso, logicamente, não tem qualquer sentido.

Trazendo para o campo mais prático, necessitamos construir soluções críveis para os absurdos que se passam noite e dia nos processos criminais (nos infracionais idem, por conta dos valores que lhe são peculiares e, com força normativa, do Princípio da Legalidade na forma como enunciado pelo claríssimo e tão ignorado artigo 35 da Lei nº 12.594/2012: "não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto").

Assim, sem buscar respostas utópicas que menos colaboram para o debate do que o enriquecem, mostra-se perfeitamente possível importar, do Direito Civil, as mais básicas lições de reparação de danos ilicitamente sofridos – isto é, as prisões cautelares sem amparo legal ou, posteriormente, tornadas sem fundamento, diante da absolvição.

Com efeito, o fato de os particulares estarem custodiados sob o resguardo do Estado motiva, no campo da responsabilidade civil administrativa, respostas firmes dos tribunais, asseverando, entre outras hipóteses, que o suicídio perpetrado dentro de estabelecimentos prisionais é causa de indenização objetiva para os familiares do falecido. Nada mais correto.

Precisamos, contudo, ir além. A compensação financeira não pode ser a única saída, e, portanto, a saída cômoda, para os excessos cometidos. Urge construir um expediente que melhor interesse ao cidadão, quando a conjuntura concreta assim demonstrar. A *restitutio* impende ser da maneira mais efetiva e próxima do dano. Por que razão debatermos patamares indenizatórios mais ou menos justos, se podemos encontrar uma compensação pragmaticamente mais rica?

Abre-se, pois, a estrada da "indenização" em tempo de prisão, em uma futura condenação. A metanorma da razoabilidade, porém, traz consigo uma provocação ulterior: essa ideia já existe na detração, sem gerar espécie, em razão de simplesmente compensar o tempo cautelarmente recolhido no prazo de privação definitiva da liberdade. A hipótese que motiva a presente inquietude, porém, é diferente: existe uma restrição à liberdade a título provisório que excede os

parâmetros legais de forma bem objetiva. A mera detração desse tempo, em caso de uma prenunciada procedência do pedido acusatório, não se afigura suficiente. Caso contrário, descumprir-se-ia a lei sem qualquer punição.

Esse quadro motiva concluir que outra lição civilista deve ser importada ao campo penal: a devolução em dobro das quantias cobradas (e pagas) sem fundamento. Afinal, se "quem paga mal paga duas vezes" é um adágio medular no Direito Civil, como não sê-lo no Direito Penal? E mais: na hipótese inversa, cobra-se mal, a legislação que rege as relações entre particulares já traz a receita, no artigo 940 do Código Civil[12].

Também o código consumerista alberga comando nesse sentido, em seu artigo 42, parágrafo único[13]. A aproximação, aqui, é ainda maior, vez que a hipossuficiência é a tônica, revelando um vínculo diagonal entre as partes, pouco destoante do que sucede na pretensão punitiva.

Perante tal sistemática, é plenamente possível ultrapassar a aparente falta de normatividade para a tese defendida. Realisticamente, a densidade que se espera dos princípios constitucionais deve, no Direito Penal, se dar de maneira facilitada e direta. Uma pseudorresistência, baseada no princípio da legalidade penal, seria carente de fundamento: o ditame não é *nullum beneficium sine lege*.

A importação integrativa dos referidos comandos para a relação entre o particular e o Poder Público, em última análise, ajuda a preencher o ordenamento, em suas aparentes lacunas[14], consistindo em autêntico *argumentum a simili*[15]. Há, inclusive, argumento positivo para tal, na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em seu artigo 4º[16].

12 "Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas (...), ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado".

13 "Art. 42. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".

14 "De fato, o que procuramos estabelecer é sempre a unidade: a unidade negativa com a eliminação das contradições: a unidade positiva como preenchimento das lacunas." SAVIGNY, F. C. Sistema del diritto romano attuale. Torino: UTET, 1886. v.1, seção 42. p. 267.

15 "A decisão sobre a semelhança dos casos cabe ao intérprete. E, sendo assim, cabe ao intérprete decidir se, em caso de lacuna, ele deve aplicar a norma geral exclusiva, e, portanto, excluir o caso não previsto pela disciplina do caso previsto, ou aplicar a norma geral inclusiva, e, portanto, incluir o caso não previsto na disciplina do caso previsto. Na primeira hipótese diz-se que usa o argumentum a contrario; na segunda, o argumentum a simili." BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 278.

16 Assim reza o Decreto-Lei nº 4657/42: "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Não se trata, de certeza, nem de interpretação analógica, nem de interpretação extensiva, mas de cristalina analogia, uma vez que absolutamente inexistente norma específica para o caso em questão, qual seja, a maneira de compensação da prisão ilegal in natura.

Finalizando estas breves linhas acerca dos fundamentos principiológicos que robustecem a tese, é valioso trazer à baila os princípios da humanidade e da dignidade da pessoa humana[17], fundamentos da República e, como tal, de qualquer atividade pelo Estado praticada[18]. Compensar a ilicitude cometida, antecipando a reintegração social do condenado, nada mais é do que densificá-los.

3. FUNDAMENTOS LEGAIS

Aparentemente contrariando o tópico anterior, passa-se à avaliação positiva da existência de amparo legal para a devolução em dobro pretendida.

Não será possível abrir mão da analogia explicitada acima, mas pode-se reconhecer que o ordenamento permite, em alguma medida menos direta, que o juiz reduza a pena, diante de circunstâncias que, a seu ver, justifiquem tal atuar. Falamos do artigo 66 do Código Penal.

17 "La dignidad del hombre radica: a) en que posee la luz del entendimiento y la capacidad de distinguir y de elegir; ello, por ser un ser éticamente libre, y b) en su sociabilidad, la capacidad de libre vinculación al orden ético social de la comunidad. Esa dignidad corresponde, de modo igual, a todos los hombres, tanto a aquel que consideramos respetuoso de la ley como al que decidiera apartarse por completo de la comunidad, vivir al margen de la sociedad e incluso oponerse frontalmente al orden de esta. No existe razón para negar que una decisión semejante sea expresión de un hombre éticamente libre. Estos sujetos 'disidentes', 'afuncionales', deben también ser reconocidos como personas responsables y tratados como tales, es decir, de acuerdo a su intrínseca dignidad humana." CERVINI, Raúl. El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, ano 24, n. 25, p. 96, 2012.

18 "Argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é, ao contrário, o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um 'meio' ou 'coisa', senão sempre como 'fim' ou 'pessoa'. Não é só, e, sobretudo, não é tanto por razões econômicas, senão por razões morais ligadas àquele princípio, quaisquer que sejam as vantagens ou desvantagens que dele possam derivar, que a pena não deve ser cruel nem desumana; e os princípios são tais precisamente porque não se aderem ao que em cada caso convenha. Isso quer dizer que, acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político, além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinqüentes." FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 318.

A referida cláusula permissiva da atenuação genérica da punição não é exclusiva do sistema pátrio. Na realidade, encontramos sem dificuldade comandos análogos nos códigos italiano[19] e português[20] (enquanto outros países, como na Argentina, não há previsão genérica[21]).

Trata-se de um dos comandos mais desconsiderados em matéria de dosimetria da pena. É praticamente folclórica sua aplicação, o que é motivo de consternação para a Defesa, deixando de serem levados em conta um enorme número de aspectos, saindo a frieza dos autos em direção à realidade concreta do apenado. Em nosso ordenamento, aliás, o magistrado pode implementar a diminuição que considerar pertinente[22] – o que significa dizer que encontraríamos, aqui, uma autorização legal para uma espécie de perdão judicial *suis generis*, aplicável a todos os delitos.

Existe, na combinação do referido instituto, com o dever de motivação, oriundo do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, um inegável ônus argumentativo para o magistrado, cabendo-lhe se pronunciar acerca de todas as circunstâncias do caso concreto que se afigurem relevantes, especialmente aquelas mencionadas pelas alegações defensivas. Nessa linha, por exemplo, já entendeu a Corte de Cassação italiana[23].

19 "Art. 62 bis: Attenuanti generiche - Il giudice, indipendentemente dalle circostanze prevedute nell'art. 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate, in ogni caso, ai fini della applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto articolo 62".

20 Merece destaque a possibilidade de a circunstância suceder ao crime, como no nosso artigo 66: "Artigo 72º Atenuação especial da pena 1 - O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena. 2 - Para efeito do disposto no número anterior, são consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes: a) Ter o agente actuado sob a influência de ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência; b) Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida; c) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados; d) Ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta. 3 - Só pode ser tomada em conta uma única vez a circunstância que, por si mesma ou conjuntamente com outras circunstâncias, der lugar simultaneamente a uma atenuação especialmente prevista na lei e à prevista neste artigo".

21 Não há propriamente uma atenuante genérica, mas uma espécie de homicídio privilegiado apto a afastar a prisão perpétua do artigo 80, em seu parágrafo 12: "Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima".

22 Note-se que, por expressa previsão legal, na Itália, a diminuição advinda das atenuantes como um todo só pode reduzir a pena até o máximo de 1/3.

23 "La sentenza di primo grado aveva infatti negato la concessione delle attenuanti generiche in applicazione del nuovo testo dell'art. 62 bis cod. pen. La difesa aveva proposto appello su questo punto, eccependo che la decisione del giudice di primo grado era erronea perché la nuova formulazione del terzo comma dell'art. 62 bis cp (che impedisce di prendere in considerazione la sola incensuratezza dell'imputato), entrata in vigore dopo il fatto per cui è processo, non era applicabile nella specie. Aveva anche ricordato che la meritevolezza, o meno, delle generiche non può mai essere data per scontata o per presunta, sì da dar luogo all'obbligo per il giudice, ove ritenga di escluderla, l'imputato ficcarne sotto ogni possibile profilo l'affermata insussistenza. Inoltre, sempre con l'atto di appello, la difesa aveva diffusamente evidenziato tutte le ragioni e gli specifici elementi che, a suo parere, imponevano la concessione delle attenuanti generiche" (Corte di Cassazione, sezione III Penale Sentenza 27 gennaio – 23 febbraio 2015, n. 7914. Disponível em:

Exemplos clássicos na doutrina mais garantista de teses cabíveis no instrumento em comento são a coculpabilidade[24][25], com inegável caráter de valoração compensatória[26], ou mesmo a reincidência[27].

Nada mais razoável do que inserir também o tempo ilegalmente preso (ou até hipóteses menores de restrição da liberdade, com medidas alternativas mal deferidas) como circunstância apta a diminuir a retribuição da sentença vindoura, na razão proposta neste trabalho (isto é, 2 dias diminuídos a cada dia erroneamente acautelado). Existe essa margem na lei para que o juiz assim atue.

Outro dispositivo que pode ser trazido em reforço é o artigo 387 §2º do Código de Processo Penal[28]. Com sua adição, na reforma de 2012[29], o juiz de conhecimento,

<http://www.sentenze-cassazione.com/sentenze-cassazione-2015/testo-sentenza-meritevolezza-attenuanti-generiche-adeguata-motivazione>. Acesso em: 22 ago. 2016.).

24 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: volume 1: parte geral. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.715.

25 O Superior Tribunal de Justiça reconhece que a atenuante genérico não se limita à hipótese de coculpabilidade: "RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CORTE A QUO QUE ENTENDEU QUE NÃO HOUVE QUEBRA DE SIGILO. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. ATENUANTE INOMINADA. ART. 66 DO CP. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE RESTRINGIU SUA APLICAÇÃO ÀS HIPÓTESES DE COCULPABILIDADE. ATENUANTE ABERTA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA RELEVANTE PELO JULGADOR. ANTERIOR OU POSTERIOR AO CRIME E AINDA QUE NÃO PREVISTA EM LEI. DOUTRINA. RESTRIÇÃO INDEVIDA. ATENUANTE FACULTATIVA. 1. Tendo concluído o acórdão recorrido, a partir da análise de elementos de cunho fático-probatório, que o recorrente não teve o seu sigilo bancário quebrado e que as irregularidades constatadas advieram da análise de relatórios pertencentes à Caixa Econômica Federal, é inviável concluir de modo diverso, dada a necessidade de revisão desses elementos fáticos, vedada em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. 2. Ao aplicar a atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, o juiz possui arbitrariedade, podendo considerar, para fins de diminuição da pena, qualquer circunstância que julgue relevante. 3. De maneira oposta ao que acontece com as agravantes, que devem obediência ao princípio da taxatividade e que não podem ser interpretadas extensivamente em prejuízo do réu, as circunstâncias atenuantes, por serem aplicadas em benefício do réu, permitem a construção de textos genéricos que dêem liberdade para que o juiz, considerando as circunstâncias do caso concreto, reduza a pena do réu, de forma que melhor atenda ao princípio da individualização da pena. 4. Apesar de reconhecer que a citada atenuante inominada não está vinculada à teoria da coculpabilidade, não perfilho do entendimento do recorrente de que ela seja obrigatória, uma vez que o julgador deverá analisar o caso concreto e verificar se a circunstância é relevante in casu, atendendo, assim, ao princípio da individualização da pena. 5. Recurso especial parcialmente provido." (REsp 1394233/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 16/05/2016).

26 SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. 4. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005. p. 266.

27 ZAFFARONI; PIERANGELI. Op. cit., p. 716.

28 "Art. 387. § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade".

29 A exposição de motivos da lei reformadora, aliás, é um bom exemplo de hipótese de aplicação da compensação proposta: "(3) Comumente ocorre que após a sentença condenatória ter sido proferida, tenha o réu que aguardar a decisão do juiz da execução penal, permanecendo nesta espera alguns meses em regime mais gravoso ao que pela lei faz jus, em razão de não existir previsão expressa no Código de Processo Penal conferindo ao juiz do processo de conhecimento a possibilidade de, no momento da sentença, realizar o desconto da pena já cumprida. (4) Tal situação, ademais de gerar sofrimento desnecessário e injusto à pessoa presa, visto que impõe cumprimento de pena além do judicialmente estabelecido, termina por aumentar o gasto público nas unidades prisionais com o encarceramento desnecessário. Ademais, atualmente, essa realidade acaba por gerar uma grande quantidade de recursos aos tribunais superiores com a finalidade de se detrair da pena aplicada ao réu o período em que esteve preso provisoriamente. (5) Atualmente, o Código Penal em seu art. 42, expressamente prevê que será computada na pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória, administrativa e o de internação no Brasil e no estrangeiro sendo necessário que tal previsão, também conste no Código de Processo Penal. (6) O que se almeja no presente projeto, portanto, é que o abatimento da pena cumprida provisoriamente

ao prolatar sentença, deverá levar em conta o tempo provisoriamente preso para fins de fixação de regime inicial. A rigor, não se diz como será feito o cômputo mencionado (o que, aliás, vem gerando considerável celeuma doutrinária e pretoriana), permitindo que o pedido se faça já nos moldes aqui defendidos.

É interessante mencionar, nesta seção, que existem projetos de lei a respeito da matéria. Veja-se o PLS 513/2013, que visa reformar a normativa da execução penal, incluindo, entre outros, o artigo 186-A[30], positivando o instituto de detração compensatória. Caso aprovado, o desvio de execução consistente em cumprimento de pena, em regime mais gravoso do que o contido no título executivo, implicará em dois dias a menos de pena (caso condenado ao regime semiaberto) e três dias, se devesse estar acautelado em regime aberto.

No mesmo ímpeto legislativo, resta vedada a superlotação (como se o amplo rol de garantias constitucionais já não bastasse para extrair tão óbvia conclusão), impondo-se que se realizem mutirões carcerários quando for atingido o número máximo de reclusos em um estabelecimento, bem como se abrande os requisitos para a progressão e outros "benefícios"[31], positivando o princípio do *numerus clausus*[32].

Além disso, vale lembrar que, em sobrevindo ilegal prisão, o próprio constituinte já desenhou a resposta, no art. 5º, inciso LXXV da Carta Constitucional formalmente em vigor: "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". Por óbvio, uma leitura inicial do dispositivo leva a crer que se destinaria apenas aqueles que, após cumprirem sua condenação criminal, permanecem reclusos, sem título executivo algum. Seguramente que é uma interpretação segura do comando. Mas não só.

Também em sucedendo uma custódia sem amparo normativo far-se-á jus à indenização referida. Na realidade, a *ratio* merece ampliação, sempre em favor do particular: o direito de liberdade é dos mais basilares em quase todo ordenamento,

possa ser aplicada, também, pelo juiz do processo de conhecimento que exarar a sentença condenatória conferindo maior celeridade e racionalidade ao sistema de justiça criminal, evitando a permanência da pessoa presa em regime que já não mais corresponde à sua situação jurídica concreta".

30 "Art. 186-A (inclusão). Nos casos em que o cumprimento da pena se der em regime diverso daquele fixado na sentença, o condenado terá direito a uma detração compensatória pelo desvio de execução sofrido na proporção de 2 (dois) dias de efetivo cumprimento de pena a cada dia em que permanecer em regime diverso do semiaberto, e 3 (três) dias de efetivo cumprimento de pena a cada dia em que permanecer em regime diverso do aberto". O quadro comparativo com a atual Lei 7.210/84 está disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=147821&c=RTF&tp=1>. Acesso em: 22 ago. 2016.

31 "Art. 114-A (inclusão). É vedada a acomodação de presos nos estabelecimentos penais em número superior à sua capacidade. §1º Sempre que atingido o limite será realizado mutirão carcerário pela Corregedoria respectiva. §2º Havendo preso além da capacidade do estabelecimento o Juízo de Execução deverá antecipar a concessão de benefícios aos presos cujo requisito temporal esteja mais próximo".

32 Para ímpar lição sobre o tema, ver ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: numerus clausus. Revista Liberdades. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 15, p. 104-120, São Paulo, jan.-abr. 2014.

especificamente no Ocidente, e não pode ser descartado de maneira irresponsável. É o próprio *caput* do art. 5º que, após enunciar o direito à vida, estampa com protagonismo essa conquista liberal.

Assim sendo, a atuação estatal negligente, neste aspecto, justifica a extensão da indenizabilidade, abarcando também casos em que a ilícita restrição ao "ir e vir" acontece de forma incidental ao processo de conhecimento, não ao seu cabo. Nada mais lógico, na realidade: se há dano, nexo causal e culpa, deve haver reparação.

Importa concluir, portanto, que, antes de afastar a tese, a legislação vigente a alberga, através dos referidos comandos autorizadores para o órgão decisório.

4. ATUAL ESTÁGIO JURISPRUDENCIAL

Venturosamente, os tribunais pátrios, notadamente o Supremo Tribunal Federal, vêm bem compreendendo o estado do sistema penitenciário. Percepção essa que é condição *sine qua non* para um julgamento mais atento à realidade fática, em especial da população mais vulnerável.

Recentemente, nossa corte de vértice teve a oportunidade de decidir reiteradamente sobre temas atinentes à execução da pena, não tanto como fenômeno jurídico, senão como mazela social. Ninguém consegue negar que vivemos um autêntico e inegável Estado de Coisas Inconstitucional[33], conforme reconhecido no ainda em curso julgamento da ADPF 347, pela própria Suprema Corte.

Na petição inicial[34], traziam-se alguns pedidos cautelares bastante pragmáticos, como, por exemplo, a motivação expressa por parte do magistrado ao afastar uma cautelar diversa da prisão, a obrigação de priorizar a aplicação de penas restritivas de direitos, a possibilidade de abrandamento dos prazos para reconhecimento dos direitos subjetivos do apenado no curso da execução penal e, o mais relevante para os fins desta reflexão, o reconhecimento do poder-dever do juiz ao abater do tempo de pena total, aquele já cumprido em condições mais gravosas do que a lei autoriza. Embora em sede cautelar, a decisão do colegiado tenha se revelado tímida, a unânime percepção da conjuntura estrutural, com amplo debate acerca da angústia que esta gera, é um passo à frente.

33 O termo é inspirado nas decisões da Corte Constitucional da Colômbia, nas *sentencias* SU-559, de 6/11/1997, T-068, de 5 de março de 1998, SU-250, de 26/5/1998, T-590, de 20/10/1998, T-525, de 23/7/1999, todas elas reveladoras de violações estruturais aos direitos fundamentais, cuja solução demandaria um esforço conjunto de diversos setores e dos três poderes, e que, se a solução fosse buscada no Judiciário, seria capaz de sufocá-lo.

34 Página 69 da petição inicial, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 22 ago. 2016.

No tocante à corriqueira ausência de vagas no estabelecimento penal adequadamente previsto no título condenatório, mencione-se o Recurso Especial 641.320/RS, decidido em sede de Repercussão Geral[35]. Atentou-se, com excelência, que "por mais grave que seja o crime, a condenação não retira a humanidade da pessoa condenada" e que "não se pode ponderar o interesse da segurança pública com os direitos à individualização da pena e à legalidade"[36].

Seguindo a mesma linha, encontra-se pendente de (mais do que provável) aprovação, a proposta de súmula vinculante número 56 ("A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS"), abeirando-se eficácia *erga omnes* e vinculante ao entendimento.

Ainda mais próximo à tese defendida neste trabalho está o Recurso Extraordinário 580.252/MS, especificamente o excepcional voto-vista do ministro Luis Roberto Barroso. No centro do debate está a indenizabilidade dos danos morais sofridos pelo preso ante a superlotação e as condições assombrosas do encarceramento pelos quais passou. O tribunal entendeu, também na sistemática da Repercussão Geral, pela evidente possibilidade de reparação, mas o mencionado ministro foi além.

Percebendo que o mero implemento da compensação pecuniária não bastaria para garantir perfeita solução e, antes disso, poderia conduzir o atualmente moribundo Estado à ruína financeira. Dessa maneira, como sustentado neste artigo, apenas subsidiariamente a indenização se daria em dinheiro[37].

Lamentável, entretanto, o parâmetro adotado pelo *decisum*: remição de um dia de pena a cada três a sete dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana. Dois pontos são muito questionáveis.

35 Na ocasião, o Pretório Excelso fixou a seguinte tese: "a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como 'colônia agrícola, industrial' (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou estabelecimento adequado" (regime aberto; art. 33, § 1º, alíneas 'b' e 'c'); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida prisão domiciliar ao sentenciado".

36 Voto do ministro Gilmar Mendes, p. 38. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310034651&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

37 A seguinte tese restou afirmada, em Repercussão Geral: "O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente".

O primeiro: a própria proporção. Se, para o trabalho e o estudo, a lei estabelece a relação de um dia remido a cada três de atividade, como entender que para a sobrevivência em situação degradante haja necessidade de mais? O princípio da proporcionalidade, em seu viés estrito (regra da ponderação), indicaria solução exatamente oposta. Isso porque, entre trabalhar ou estudar e ver seus direitos rasgados parece existir clamorosa preferência, de qualquer ser racional, por uma daquelas duas atividades.

Ou seja, em linhas simples: se é melhor trabalhar ou estudar, como podem esses afazeres exigirem menos para a compensação do que as condições atentatórias? O correto seria adotar parâmetro mais benéfico neste último caso, exigindo-se menos do que os três dias adotados pelo legislador no artigo 127, da Lei de Execuções Penais. Na pior das hipóteses, seria a razão de um dia remido a cada dois vividos nas masmorras do sistema prisional. Tal seria a saída mais técnica, a rigor.

Ademais, também soa criticável ignorar os parâmetros legais existentes no ordenamento[38], como defendido no item 2 deste trabalho. Novamente, pecou o Supremo na proporcionalidade: se um consumidor pode receber em dobro o que pagou por cobrança indevida, o que se poderia dizer de um apenado?

O segundo aspecto diz respeito ao próprio *gap* deixado pela tese: como determinar a necessidade entre os três ou os sete dias em condições atentatórias? Existiria uma tabela, levando em consideração o número de companheiros na cela, o nível do fedor, a frequência com que se tem acesso à água, a temperatura dos galpões?

Não bastaria o princípio do favor rei para indicar, sempre, a exigência mínima – que, como afirmado, já é mais do que elevada? Totalmente absurdos, por tudo isso, os parâmetros apresentados.

De todo modo, há que se aplaudir o estágio alcançado pela jurisprudência de topo brasileira. Seguramente, há margem para a implementação da construção ora defendida, bem como tantas outras cotidianamente sustentadas pela Defesa técnica.

38 Também o direito alienígena traz melhor parametricidade. Cite-se o artigo 24 do Código Penal da Argentina: "La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco".

5. ASPECTOS PRÁTICOS

5.1. HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA COMPENSAÇÃO EM DOBRO

Cumpre, de modo a trazer a tese para a prática corrente de tantos defensores – públicos ou privados -, elencar, exemplificativamente, casos em que soa recomendável levantar a presente tese.

Diz-se que o rol é aberto porque qualquer violação de direitos é capaz de tornar uma prisão ilegal. E, em um Estado Democrático de Direito, a liberdade é um bem dos mais preciosos (apenas o direito à vida lhe é superior), sendo possível sua constrição tão somente na medida permitida pela lei, em sentido material, cujo descumprimento é sinônimo da ilicitude do acautelamento.

Portanto, não apenas quando existirem parâmetros objetivos para o tempo de prisão (aspecto quantitativo dos abusos) terá incidência a tese, mas também quando o título prisional estiver corrompido no cotejo com as exigências do próprio ordenamento (aspecto qualitativo da abusividade).

Como exemplos de vícios quantitativos, podemos mencionar, inicialmente, os prazos legalmente previstos. É o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, em se tratando de ato infracional que autorize internação provisória, onde há dilação máxima de quarenta e cinco dias, prevista no artigo 108[39], pacificamente compreendido como improrrogável[40].

Na mesma linha, os limites temporais para a prisão temporária, que ostenta natureza autofágica, conforme o artigo 2º, parágrafo 7º da Lei nº 7.960/89[41].

Na realidade, qualquer demora de natureza administrativa, burocrática, na liberação do preso com alvará de soltura expedido, autoriza a compensação in natura, no mesmo processo ou em outro ao qual eventualmente também responda, caso sobrevenha condenação. O mosaico aqui perfaz-se com o artigo 37, parágrafo 6º da própria Constituição. Na realidade, como observado supra[42], tal foi a ratio da edição da Lei nº 12.736/12, ao inserir o artigo 387, parágrafo 2º, no Código de Processo Penal.

39 "Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias".

40 Veja-se, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça, o HC 192.563/ES, e, no Supremo Tribunal Federal, o HC 93.784/PI.

41 "Art. 2° A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. § 7° Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva".

42 Ver nota 28.

Não deixa de constituir prazo objetivo, a decretação de prisão preventiva para assegurar a instrução criminal, uma vez que esta tem prazo para encerrar, seja adotando-se os números eventualmente previstos em leis específicas[43], seja no aguardo da oitiva das testemunhas supostamente ameaçadas ou do interrogatório do réu, na pior das hipóteses. Jamais depois disso.

Do mesmo modo, as alegações de excesso de prazo acolhidas pelo órgão julgador superior, por meio de relaxamento de prisões provisórias ilegais. Antes que se argumente que tal entender geraria enorme impacto nos processos, é fulcral ter em mente que os juízes de piso devem ostentar maior consciência e prudência ao decretar custódias preventivas, bem como ao deferir diligências probatórias por parte da acusação, mesmo tendo sido esta negligente, quando poderia ter providenciado as provas anteriormente, se levasse a sério o caráter da *ultima ratio* da prisão.

Partindo para hipóteses de vícios qualitativos dos decretos prisionais, encontramos as decisões carentes de motivação adequada. Na realidade, o moderno estágio do Direito Processual Contemporâneo, inaugurado pelo novel diploma processual civil, deve se refletir também no processo penal. Isso porque, antes de extinguir o livre convencimento motivado, o novo Código de Processo Civil parece tê-lo inaugurado, ou ao menos delineado, no artigo 489, parágrafo 1º [44].

O dispositivo, que nada mais faz do que explicitar o princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da Constituição Federal), é prontamente aplicável nos feitos criminais, constituindo autêntica garantia do cidadão (no caso, o acusado), e não liberalidade do magistrado. Tanto assim que o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski, enviou ofício ao Advogado Geral

43 Em mais um juízo de proporcionalidade, é razoável entender que o parâmetro positivado pela Lei nº 12.850/13, em seu artigo 22, parágrafo único ("A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu"), pode ser erigido ao status de regra geral. Afinal, os crimes tratados pela norma específica revestem-se de inegável maior reprovabilidade.

44 "Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

da União, com projeto de modificação do diploma processual penal, filiando-o à jurisprudência constitucional, de maneira a tornar cada vez mais excepcional a prisão anterior ao trânsito em julgado[45].

De qualquer maneira, mesmo hoje se pode sustentar que a não aplicação das cautelares diversas da prisão cabíveis, cujo uso é prioritário, eivaria de nulidade o decreto prisional, conforme ditame do artigo 282, parágrafo 6º do Código de Processo Penal[46].

Já no bojo da execução definitiva da pena, qualquer desvio de execução mereceria a devolução em dobro do tempo em que a prisão revelou-se mais gravosa do que o autorizado pela coisa julgada. É o que se batizou de detração compensatória[47]. Diante da atual conjectura dramática do sistema penitenciário, pode-se sustentar esse raciocínio para qualquer custódia.

Um avanço nesse sentido, foi o decreto de indulto de 2015, que previu nova hipótese de incidência para aqueles que tenham sido vítimas do crime de tortura[48]. É possível sustentar a ilegalidade da prisão in totum, quando suceder tortura por sua ocasião, lançando mão de analogia do artigo 15 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU (1984), que eiva de nulidade qualquer prova obtida por esses meios escusos[49].

Seguramente, não terminam por aí os casos de ilegalidades de prisões. Contudo, tais espécies, elencadas nesse primeiro momento, possibilitam ter em mente a amplitude do tema e sua abrangência.

45 O artigo 310 passaria a ter, como parágrafo 2º, o seguinte comando: "A prisão preventiva somente poderá ser decretada depois de afastada, fundamentadamente, a possibilidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Oficio00152014GP.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

46 "Art. 282. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)".

47 Como mencionado no item 3, existe projeto de lei buscando sua positivação (PLS 513/13).

48 "Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: XIX - condenadas a pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2015, tenham sido vítimas de tortura, nos termos da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, com decisão transitada em julgado, praticada por agente público ou investido em função pública no curso do cumprimento da sua privação de liberdade".

49 "Artigo 15 - Cada Estado-parte assegurará que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada".

5.2. INSTRUMENTOS HÁBEIS PARA O PLEITO E ÓRGÃOS COMPETENTES PARA A APRECIAÇÃO

Último aspecto prático a merecer atenção, diz respeito à maneira de realizar o pedido cuja procedência se defende. Diversos momentos processuais ensejarão meios diferentes.

Em se tratando de feito ainda não sentenciado, advindo a ilicitude da própria custódia cautelar, caberá ao próprio juiz de conhecimento realizar a compensação, sempre em dobro, quando da sentença. Tal permissão é extraída do artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, combinado com o artigo 42 do próprio diploma repressor.

Por outro lado, em sendo o caso de cumprimento definitivo de pena, o pedido, também por simples petição, deverá ser dirigido ao juiz da execução, conforme artigo 66, III, *c* (detração e remição da pena), e VI (zelar pelo correto cumprimento da pena) da Lei de Execuções Penais[50].

Não há impedimento, ainda, para que o Tribunal determine a referida compensação, ao analisar *habeas corpus*, concedendo a ordem, mesmo que de ofício (artigo 654, parágrafo 2º do Código de Processo Penal). Afinal, trata-se de matéria de direito, por mais que haja necessidade de mediata análise fática, que, por ser notável e inquestionável, dispensa dilação probatória.

6. CONCLUSÕES

Encerrado este breve trabalho, conclui-se pela completa aplicabilidade da tese no ordenamento pátrio atual. Em linhas gerais, foram abordados os seguintes aspectos:

> (I) os fundamentos principiológicos para a compensação em dobro, notadamente o princípio da legalidade, que, por não proibir, autoriza sua implantação; o princípio da humanidade, frontalmente violado diuturnamente pelo atual sistema carcerário brasileiro; e o princípio da individualização da pena, que é homenageado pela devolução em dobro, garantindo correta reprimenda penal.
>
> (II) os fundamentos legais, especialmente o artigo 66 do Código Penal, que permite que o magistrado, mais próximo às peculiaridades

50 Como, aliás, foi reconhecido pelo Supremo, na tese fixada no RE 580.252/MS.

> do caso concreto, reduza o *quantum* de pena a um patamar justo, bem como a garantia constitucional da indenização pelo tempo preso além do fixado na sentença.
>
> (III) A menção ao atual estado de compreensão da jurisprudência nacional, fundamentalmente do Supremo Tribunal Federal, acerca da temática social e estrutural da execução penal, em sede de Recursos Extraordinários decididos na sistemática da Repercussão Geral.
>
> (IV) Aspectos práticos referentes à tese, como diversas hipóteses em concreto, nas quais sua implementação se mostraria recomendável, como forma, inclusive, pedagógica, no sentido de conscientizar os juízes e promotores de justiça do caráter de *ultima ratio* ostentado pela prisão, e também os instrumentos hábeis a provocar os órgãos competentes para decidir acerca da devolução em dobro.

A bem da verdade, o mais correto seria chamar a tese de compensação em dobro, afastando o termo "devolução", ante as peculiaridades dos direitos ofendidos. Afinal de contas, no Direito Penal, cada minuto tomado à força pelo Estado, jamais será devolvido ao particular, no sentido próprio da palavra. Optou-se por apelidá-lo, ainda no título deste trabalho, com o mesmo *nome iuris* utilizado pelo Direito Civil e pelo Direito do Consumidor, como forma de demonstrar a correção da lição, segundo a qual quem pode o mais, pode o menos.

Fundamental é perceber que, na tarefa cotidiana de Defensor Público, em uma dinâmica unidirecional como a verificada, diversas soluções, todas elas autorizadas pelo ordenamento jurídico, são construídas. Esta última, cujas linhas gerais tentou-se traçar, consiste na importação do brocardo latino do *dum pendet, rendet* para o Direito Processual Penal. Oxalá, tenha sido suficientemente convincente.

7. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CERVINI, Raúl. El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, ano 24, n. 25, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREDERICO MARQUES, José. **Tratado de Direito Penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana?. In: BULYGIN, E. **El positivismo jurídico**. México: Fontamara, 2006.

MELLO, Marco Aurélio. Congresso atropela legislação ao não pagar supersalários. **Consultor Jurídico**, 27 fev. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-27/marco-aurelio-congresso-atropela-legislacao-nao-pagar-supersalarios>. Acesso em: 22 ago. 2016.

NADER, Paulo**. Introdução ao Estudo do Direito**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena:** limites, princípios e novos parâmetros. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 15, p. 104-120, São Paulo, jan.-abr. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

SAVIGNY, F. C. **Sistema del diritto romano attuale.** Torino: UTET, 1886. v.1, seção 42.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O ABORTO E SUAS MULTIFACETAS NO ESTADO BRASILEIRO

ABORTION AND ITS MULTIFACETS IN THE BRAZILIAN STATE

Ingrid Bispo dos Santos[1]

[1]"One love! One heart! Let's get together and feel all right." – Bob Marley.

Resumo: O aborto é previsto como crime no Brasil. O Decreto-Lei nº 2.848, de dezembro de 1940 (Código Penal), o disciplina em seus artigos 124, 125, 126, 127 e 128. O Judiciário também já cuidou de dispor acerca do tema, tendo os julgados do Supremo Tribunal Federal, como principais expoentes de suas posições. Há bastante discussão doutrinária sobre a questão do aborto, as opiniões são mistas e ainda não se chegou a um consenso, contudo está nítido que o Estado brasileiro precisa promover mudanças relativas ao regulamento do aborto. Neste trabalho, visamos discutir a respeito do *status quo* e das modificações que pensamos ser necessárias no que tange ao aborto. O projeto de lei do Senado nº 236/2012 (reforma do Código Penal brasileiro) será usado de modo comparativo e como subsidiário das propostas que mencionaremos. É fato que a nossa legislação está ultrapassada e que não possuímos políticas públicas dirigidas a prevenir, diminuir e/ou amparar as consequências do aborto. Não é nosso objetivo fazer um debate maniqueísta (defendendo a prática ampla ou a prática restrita do aborto), pelo contrário, o intuito é mesclar entendimentos a fim de chegar a um posicionamento que possibilite ao Estado brasileiro zelar pelos interesses da sociedade como um todo, sem aderir a qualquer extremismo. Vale lembrar que o Estado foi criado pelo povo e para o povo, portanto, não deve atender à conveniência de um ou outro grupo social, mas sim, buscar o bem comum.

Palavras-chave: Aborto. Direitos fundamentais. Direito Penal. Políticas públicas.

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia- UFBA. Pós-graduada em Direito Público com ênfase em Contratos e Licitações pela Faculdade Educacional da Lapa - FAEL. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes - UCAM.

Abstract: *Abortion is a crime provided for in the Brazil. Decree-Law No. 2,848 of December 1940 (Criminal Code) the discipline in Articles 124, 125, 126, 127 and 128. The judiciary also has cared for have on the subject, having judged of Supreme Court as leading exponents their positions. There is enough doctrinal discussion on the issue of abortion, opinions are mixed and have not yet reached a consensus, but it is clear that Brazilian state needs to make changes on the regulation of abortion. In this paper, we aim to discuss about the status quo and the changes that we think is necessary in relation to abortion. The bill the Senate No. 236/2012 (reform of the Brazilian Penal Code) will be used for comparison and as a subsidiary of the proposals mention mode. It is a fact that our legislation is outdated and we do not have public policies aimed to prevent, reduce and/or support the consequences of abortion. It is not our goal to make a manichean debate (defending the wide practice or restricted practice of abortion), on the contrary, the intention is to merge understandings in order to reach a position that enables the Brazilian state look to the interests of society as a whole, without adhering to any extremism. Remember that the state was created by the people and for the people, therefore, should not meet the convenience of one or another social group, but rather seek the common good.*

Keywords: *Abortion. Fundamental rights. Criminal law. Public policies.*

INTRODUÇÃO

Não estamos propondo nem a legalização, nem a descriminalização do aborto. É importante não confundir a expressão descriminalização com legalização. Quando falamos de descriminalização do aborto,[2] devemos nos atentar que estamos fazendo referência à revogação do crime de aborto previsto no nosso Código Penal. A descriminalização se refere à retirada do status criminoso do aborto, sem a instituição de qualquer tipo de disposição legal. Retira-se o aborto do rol de crimes e deixa-se que a sociedade o autorregule, dispensando um corpo de normas traçadoras de limites; o que não faz sentido algum, haja vista que uma das funções das normas jurídicas é limitar o exercício das liberdades, impedindo que um indivíduo interfira na esfera de liberdade do outro – causando caos social –fazendo-se cumprir o brocardo: a liberdade de um indivíduo se esgota onde a de outrem se inicia. Já a legalização propõe que o aborto não seja punido como crime, mas que lhe seja dado caráter ilícito e instituídas sanções bem mais leves que qualquer sanção penal – a qual envolve a liberdade de ir, vir e permanecer. Portanto,

2 É válido lembrar que o crime de aborto versa sobre aborto provocado, o qual consiste naquele "causado por condutas humanas dirigidas à interrupção da gravidez, com o fim de impedir o desenvolvimento e nascimento do ser humano em formação." (TELES apud FERREIRA, 2009, n.p.)

falar em legalização significa emitir um juízo de valor sobre o bem jurídico vida humana intrauterina, ao ponto de deixar de ser socialmente relevante o bastante para demandar a tutela do direito penal.

Defendemos a criação de uma estrutura que pondere o direito à vida (da mulher e do embrião ou feto)[3] com a liberdade de escolha, autonomia reprodutiva, saúde, privacidade, igualdade da mulher; dê condições de salubridade para a efetuação do aborto e que não deixe de sancionar os médicos ou pessoas que exercitem práticas abortivas clandestinas, aproveitando- se da condição de vulnerabilidade na qual a mulher se encontra.

Existem pessoas e/ou grupos sociais que tendem a dividir a questão do aborto em lados antagônicos – a favor e contra a descriminalização/legalização. Não visualizamos a questão desta forma. Nossa parte especial do Código Penal data de 1940, não podemos simplesmente escolher entre deixá-la como está ou apagá-la. Mudanças se fazem necessárias. A sociedade não é estanque, as modificações são constantes e, de fato, nossa legislação penal está parada no tempo. Parada numa sociedade que há muito não é mais a nossa. Assim sendo, resta-nos estudar e discutir quais alterações, nos planos legal e político-social, trarão mais pontos positivos do que negativos para a sociedade brasileira.

Este trabalho está organizado no seguinte formato: introdução, na qual apresentamos a ideia central do estudo; desenvolvimento, no qual refletimos acerca da legislação (constitucional, supralegal e penal) e da jurisprudência acerca do aborto, as comparamos com as vigorantes no estrangeiro, debatemos a respeito das consequências sociais que acarretam e prevemos as consequências que as modificações no tratamento político-jurídico do aborto ocasionarão; e considerações finais, nas quais expomos as inferências sobre tudo o que foi discutido.

1. ABORTO E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 silenciou no que tange ao aborto. Ela defende o direito à vida, porém não fala quanto este se inicia. O que isto significa? Quer dizer que não podemos extrair da Constituição nada relacionado ao começo da vida e à sua proteção? A resposta é negativa. Como bem lembra Dirley da Cunha Junior (2011):

3 Referimo-nos à ponderação da vida da mulher que, com receio da legislação penal vigente, recorre à clandestinidade para abortar, colocando sua saúde em risco. E do embrião, depois feto, o qual, a partir da nidação, começa a desenvolver condições de alcançar a vida extrauterina, salvo em caso de anencefalia.

> [...] a Constituição não pode ser encarada como um conjunto desordenado ou caótico de normas, mas, sim, como uma constelação de normas articuladas, que se relacionam reciprocamente, segundo um princípio unificador. Ela é um todo unitário que, por isso mesmo, deve ser interpretado como tal. (p. 1014-1015)

Cabe-nos então, interpretar a Constituição de maneira ampla, sem tomar como absoluto qualquer direito antes de ponderá-lo com outro. Devemos pensar além do direito à vida e abranger, ao seu lado, o direito à saúde, à liberdade, à privacidade e à igualdade. Diante disso, é válido dissertar a respeito de cada um desses direitos e a sua relação com o aborto.

O direito à vida é o carro-chefe dos direitos fundamentais. A sociedade foi criada visando, sobretudo, preservar a vida. A Constituição não fala quando se inicia a vida, o que não significa que não a tutele. Em face desse silêncio constitucional, coube ao Supremo Tribunal Federal – maior e principal responsável pela guarda da Constituição[4] – na ADI 3.510/DF resolver este impasse – dizendo quando e como a Constituição protege a vida –, pois o Procurador-Geral da República questionava a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança), a qual permite o uso de embriões congelados (in vitro) há mais de 3 anos, para pesquisas científicas.

> O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião,

4 "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição." (BRASIL, 1988).

> o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (BRASIL, STF, ADI 3.510/08, Relator: Min. Ayres Britto, 2008).

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) fez uma ponderação de interesses, da qual pode-se inferir que a vida tutelada pela Constituição é, imediatamente, aquela do indivíduo-pessoa, isto é, do indivíduo já nascido; e, mediatamente, a da vida intrauterina. Sendo que a última deve ser regulada de forma específica pela legislação infraconstitucional.

Segundo Claus Roxin (2002):

> [...] se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar um homem, e que a simbiose com o corpo da mãe pode fazer surgir colisões de interesse que terão de ser resolvidas através de ponderações. (p. 04).

Na mesma linha segue Daniel Sarmento (2006), ao dizer que "a tese que aqui se defenderá é a de que a vida humana intra-uterina também é protegida pela Constituição, mas com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido (p. 119-120)."

Em síntese, é possível afirmar que a Constituição delegou à legislação infraconstitucional a competência para dispor sobre o aborto, sendo que a vida intrauterina deve ser tutelada com mais intensidade, tendo em vista o progressivo desenvolvimento da gestação.

Não podemos olvidar de que existem outros direitos que também devem ser observados nesse juízo de ponderação. O direito à saúde corresponde a "um estado de completo bem-estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946). Portanto, a mulher deve ter garantido o direito de preservar o seu corpo, o seu organismo funcionando o mais próximo possível da normalidade.

O direito à liberdade consiste na "autonomia da razão pessoal existente em cada ser humano e a sua inviolabilidade na regência da própria conduta social. Equivale à autodeterminação da pessoa na sociedade" (Prado, 1997). A mulher tem o direito de dispor sobre o seu próprio corpo na medida em que não prejudique a liberdade de outro cidadão. A liberdade de escolha da mulher é limitada pelo direito à vida do embrião, o qual, apesar, de ser superado, num juízo de ponderação, pelo direito à vida da mulher, não é sobreposto pelo direito à liberdade de escolha/disposição do próprio corpo quando apresentar potencialidade de vir a se tornar pessoa-indivíduo.

O direito à privacidade está ligado à autonomia de cada pessoa. É direito da personalidade e visa garantir que o indivíduo possua uma esfera íntima que não necessite ser exposta a todos. A mulher não deve ser julgada pela sociedade quando necessitar abortar. Suas motivações devem ser expostas apenas ao Judiciário, preferencialmente, em segredo de justiça. Todo indivíduo compartilha de fatos que não deseja que outros saibam e foi por isto que o Constituinte incluiu no catálogo de direitos fundamentais, a privacidade.

> [...] os direitos de privacidade pessoal destinam-se a assegurar domínios de autonomia decisória para todos os indivíduos, não implicando uma concepção atomística ou voluntarista do indivíduo. Eles protegem a autonomia decisória de qualquer um vis-à-vis certos assuntos pessoais cruciais não determinam os tipos de razões que alguém dá para decisões morais ou éticas ou os processos reflexivos que informam a decisão. Assim, quanto à justificação para a escolha reprodutiva, uma mulher pode decidir favoravelmente ou contra o aborto com base nos valores de sua comunidade, em sua visão de mundo religiosa ou em suas discussões com "outros significativos" - sua relação com a tradição, com a comunidade ou com as pessoas que ama não está em questão aqui. Seu direito de decidir não determina o fundamento de sua decisão. Os direitos de privacidade decisória designam o indivíduo como o lócus do processo decisório quando estão envolvidos certos tipos de questões éticas ou existenciais - eles não determinam a quem se precisa justificar as escolhas éticas nem

> os tipos de razões que se deve oferecer. (Cohen, 2012, p. 184-185). Como disse Hannah Arendt há um bom tempo, tais direitos atribuem ao indivíduo uma persona legal que serve como um escudo protetor para sua identidade concreta única, seus motivos particulares e suas escolhas pessoais, mas não as prescreve. Antes, proporcionam as condições que lhe possibilitam buscar sua concepção do bem sem interferência injusta do Estado ou de outros. (Arendt, 1941, p. 267-302 apud Cohen, 2012, p. 185).

O direito à igualdade é aquele que assegura ser

> [...] inerente a todo ser humano a mesma dignidade, atribuindo a todos os mesmos direitos essenciais, independentemente do ofício ou função social que exerçam; negativamente, proíbe a utilização de certos critérios de diferenciação no tratamento entre as pessoas em qualquer domínio da ordem jurídica. (Prado 1997, p. 64).

Não se visualiza igualdade social quando a mulher hipossuficiente se vê obrigada pela lei penal a carregar consigo um embrião, cujo não deseja, seja por motivos psicológicos, econômicos ou sociais. Ela fica numa situação de subjulgamento, pois tanto o controle social interno quanto o externo[5], coagem-na a manter a gestação. Por isso, ela recorre à clandestinidade, afinal se o Estado não garante seus direitos, cabe a esta fugir em direção à ilegalidade, no intuito de esconder da sociedade sua conduta de abortamento, colocando sua vida e saúde em risco, haja vista que, geralmente, as práticas abortivas clandestinas são precárias. As mulheres com algum poderio econômico fazem o mesmo, porém com melhor estrutura e segurança, o que diminui consideravelmente o risco de morte ou qualquer lesão à saúde. Isto, doutrinariamente, é chamado de descriminação indireta ou impacto desproporcional.

> A teoria do Impacto desproporcional é uma doutrina do constitucionalismo norte-americano, que orienta a impugnação de medida legal ou política governamental, que mesmo não eivada de inconstitucionalidade na sua elaboração, quando esta na prática, incide desproporcionalmente prejudicando determinado grupo social. (Mateus, 2011, p. 01).

Daniel Sarmento (2006) coaduna com esse pensamento ao dizer que:

5 O controle social consiste nos "meios que aplica a sociedade para pressionar o indivíduo a adotar um comportamento conforme os valores sociais e, dessa forma, garantir uma convivência pacifica." (SABADELL, 2010, p. 154).

> [...] se a questão do aborto envolve a igualdade entre gêneros, o mesmo acontece com a igualdade social, já que são as mulheres pobres as maiores vítimas do modelo legislativo hoje adotado. São elas as que mais frequentemente recorrem ao aborto, seja pela falta de condições financeiras para criar futuros filhos, seja pela maior dificuldade de acesso à educação sexual e aos meios contraceptivos. As gestantes de nível social mais elevado, quando decidem pelo aborto, têm como realizá-lo, apesar da sua ilicitude, com acompanhento médico e em melhores condições de higiene e segurança. Já as mulheres carentes acabam se submetendo a expedientes muito mais precários e perigosos para pôr fim às suas gestações (p. 136).

Até então vimos que a criminalização do aborto entra em conflito com vários direitos tutelados constitucionalmente. É preciso adotar uma posição, baseada num juízo de ponderação, que garanta a efetividade desse rol de direitos, sem, por óbvio, deixar sem sanção aqueles que violarem as novas normas jurídicas, visto que estariam violando o interesse público.

2. CONCEITO JURÍDICO-PENAL DE ABORTO

Ao observar o crime de aborto tipificado nos artigos 124-128 do Código Penal brasileiro percebemos que o legislador não se preocupou em definir o que é aborto. Contudo, isso não significa que não exista um conceito jurídico-penal do mesmo. Coube à doutrina elucidar tal conceituação. É válido ressaltar que o fato desse conceito ter sido esclarecido doutrinariamente não o torna nada duvidoso.

O direito não é composto apenas por leis. Da doutrina, costumes, jurisprudência e dos princípios gerais do direito também brota direito. O direito penal leva em consideração, o seguinte raciocínio: o bem jurídico protegido pelo crime de aborto é a vida intrauterina, ou seja, o óvulo fecundado precisa estar implantado no útero, dado que só assim terá viabilidade de se tornar pessoa-indíviduo. E quando acontece a implantação do óvulo no útero? Ocorre quando se dá a chamada nidação que consiste, justamente, na fixação do óvulo fecundado no útero. Adota-se a denominada teoria nidacionista. A partir deste momento em que os hormônios femininos começam a sofrer alterações e que o embrião[6] passa a ser alimentado pela mãe. A nidação se efetua de 7 a 15 dias após a concepção (momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide). O questionamento que surge neste instante é

6 Cientificamente, até a oitava semana da gravidez, ele é classificado como embrião e daí em diante, até o nascimento, como feto. Depois do nascimento, é chamado de recém-nascido. (BURLACCHINI, s.d.)

por que o direito penal não tutela a vida desde a concepção? O fundamento se encontra na impossibilidade de desenvolvimento da vida fora do útero e no bem jurídico protegido pelo direito que, como supracitado, é a vida intrauterina.

> A teoria em baila é defendida por vários ginecologistas, dentre eles Joaquim Toledo Lorentz, que utilizam o argumento de que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero de uma mulher, não possuindo, portanto, relevância jurídica. (Souza, 2008, p. 5).

Existem outras teorias acerca do início da vida. São elas: teoria concepcionista, teoria das primeiras atividades cerebrais, teoria natalista, etc. Após a concepção, vem a nidação e, posteriormente, as primeiras atividades cerebrais até chegar o momento do nascimento. Só a concepção não garante que o embrião se desenvolverá. Há hipóteses de descaminho do óvulo fecundado, o qual se aloja em outro lugar que não o útero, e, assim, nem chega a se tornar embrião, a exemplo da chamada gravidez ectópica que, segundo o Manual Merck de Medicina apud Rogério Greco (2009, p. 241), é a "gestação na qual a implantação ocorre em outro local que não o endométrio ou a cavidade endometrial; isto é, na cérvix, no tubo uterino, no ovário, nas cavidades abdominais ou pélvica." Depois da nidação, o embrião tende totalmente ao desenvolvimento. A vida intrauterina gerada ali só tem dois caminhos: tornar-se pessoa-indivíduo ou não – por interferências fisiológicas ou externas. Fora do útero materno, o óvulo fecundado é só, e somente só, um óvulo fecundado.

O direito penal, ao definir o crime de aborto, visualiza proteger a vida intrauterina, pois a vida extrauterina já é tutelada por diversos outros dispositivos, com destaque para o art. 121 que cuida do homicídio. Não há necessidade para o direito penal, na tutela do aborto, de delimitar o início da vida humana *lato sensu*, mas sim, de fixar o início da vida humana intrauterina. A teoria nidacionista é considerada a mais adequada a tal necessidade, porque capta, de fato, o primeiro momento em que a vida intrauterina cria 100% de potencialidade, haja vista que já se restou comprovado que, fora do útero, o embrião é incapaz de se desenvolver. O próprio nome do bem jurídico já fala por si: vida intrauterina, isto é, vida dentro do útero.

Dessa maneira, enfim podemos conceituar o crime de aborto de acordo com os aspectos elegidos pelo direito penal. O aborto, para fins penais, consiste na interrupção fisiológica da vida intrauterina. É a morte do embrião ou feto em decorrência da interrupção da gravidez.

3. TIPIFICAÇÃO DO ABORTO E SUAS CAUSAS (LEGAIS E SUPRALEGAIS) DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE

Dispõe o Código Penal Brasileiro de 1940:

> **Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**
>
> Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:
>
> Pena - detenção, de um a três anos.
>
> **Aborto provocado por terceiro**
>
> Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
>
> Pena - reclusão, de três a dez anos.
>
> Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
>
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.
>
> Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência
>
> **Forma qualificada**
>
> Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.
>
> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
>
> **Aborto necessário**
>
> I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
>
> **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**
>
> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940).

O art. 124 do CP (Código Penal) versa sobre o autoaborto e o aborto consentido. A gestante realiza, com suas próprias mãos, o aborto em si mesma ou consente para

que o terceiro realize o aborto. Observa-se que somente a gestante é punida de acordo com o art. 124 do CP. O terceiro que produz o aborto com o consentimento da gestante é responsabilizado segundo o art. 126, CP, no qual a pena máxima é elevada em 1 ano, devido ao maior juízo de reprovabilidade, que recai sobre a conduta do terceiro que efetua o aborto, comparado ao aborto praticado pelo própria gestante. Contudo, é maior ainda o desvalor da ação do art. 125, CP, dado que, neste caso, o terceiro realiza o aborto sem o consentimento da gestante. O parágrafo único do art. 126, CP, afirma que será aplicada a mesma pena do aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art. 125), nos casos em que a gestante tiver idade inferior a 14 anos, possuir deficiência mental ou o consentimento obtido for fraudulento.

> Nas duas primeiras hipóteses, presume-se a ausência do consentimento da mulher grávida – **por inexistência do discernimento necessário para tanto** –; na última, a não concordância é real, pois foi a anuência obtida por fraude, grave ameaça ou violência, **ou seja, para ser válido e não se adequar a terceira hipótese, o consentimento deve ser prévio e desprovido de vícios e/ou fraudes.** (Prado, 2011, p. 413, grifo nosso).

O art. 127, CP, majora (aumenta) as penas dos arts. 125 e 126 do CP em 1/3 (um terço), se em decorrência do aborto, a gestante sofre lesão de natureza grave. E duplica (multiplica por dois), se em virtude das manobras abortivas, a gestante morrer. Vale dizer que para a aplicação do art. 127, CP, as lesões ou a morte devem ser culposas (art. 18, II, CP), por imprudência, negligência ou imperícia, o terceiro não observa o dever de cuidado objetivo necessário), caso contrário, isto é, se o terceiro agir com a vontade e consciência de lesar ou matar a gestante, isto é, com o chamado dolo (art. 18, I, CP) e também praticar o aborto; responderá em concurso de crimes por lesão corporal gravíssima, qualificada pelo aborto (art. 129, §2º, V do CP) ou homicídio (art. 121 do CP) cumulado com os arts. 125 ou 126 do CP.

O art. 128 traz as excludentes de ilicitude referentes ao crime de aborto. Elas retiram a ilicitude da conduta por constituírem norma permissiva da mesma. O ordenamento jurídico não pode entrar em conflito com ele mesmo, logo não há crime com lei anterior que afaste seu caráter antijurídico. No art. 128, I, CP, há o denominado aborto necessário, no qual a interrupção da gravidez resultante em morte do embrião ou feto é o único meio de manter a vida da gestante, portanto,

há uma ponderação de valores entre a vida da gestante e a vida intrauterina do embrião ou feto, prevalecendo a primeira. O art. 128, II, CP disserta acerca do aborto decorrente de estupro[7] (art. 213 e 217-A (estupro de vulnerável) do CP):

> Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
>
> Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
>
> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
>
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (BRASIL, 1940).

Regis Prado (2011) traduz em palavras a amplitude do art. 128, II, do CP:

> No aborto sentimental ou humanitário, o mal causado é maior do que aquele que se pretende evitar [...] há a exclusão da culpabilidade da conduta por inexigibilidade de conduta diversa. O fundamento da indicação ética reside no conflito de interesses entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente, as cargas emotivas, morais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade, de modo que não lhe é exigível outro comportamento (p.414).

Estes dispositivos legais só reforçam, o que foi dito no item 2 deste artigo, pois se o aborto necessário e o aborto sentimental fossem ilícitos feririam a Constituição, haja vista que esta tutela, imediatamente, a vida do indivíduo-pessoa, isto é, do indivíduo já nascido; e, mediatamente, a vida intrauterina, a qual também deve ser ponderada com uma série de outros direitos, a exemplo, da liberdade e da igualdade.

Para a realização do aborto é necessário que haja o prévio e expresso consentimento (sem vícios e/ou fraudes) da vítima ou de seu representante legal, se tiver idade inferior a 14 anos ou deficiência mental. A vítima não precisa de autorização judicial para realizar o aborto em decorrência de estupro, visto que a lei já fornece a mesma. Não obstante, os Conselhos de Medicina recomendam que a mulher registre o boletim de ocorrência referente ao estupro.

> Se a decisão for pelo aborto devido a estupro, a vítima não precisa apresentar ao serviço Boletim de Ocorrência (BO), laudo do Instituto Médico Legal (IML) ou ordem judicial: basta a palavra da

7 Também chamado de aborto sentimental ou humanitário.

> mulher. O próprio Código Penal defende a figura da presunção de veracidade. 'Se mentissem, uma superpopulação estaria atrás do aborto legal, o que não é o caso', garante Cristião. Ainda que não haja sinais clínicos (pelo tempo decorrido depois da violência), cabe ao médico, com o apoio de demais membros da equipe multidisciplinar, levantar o relato dos fatos, a serem anotados em prontuário. (CREMESP, 2014, p. 15)

As excludentes de ilicitude relativas ao aborto não se esgotam no Código Penal. A jurisprudência também cuida dessa questão, afinal nem sempre a lei, por mais genérica (imposta a todos, indeterminando os destinatários) e abstrata (prevê um fato-espécie que pode se reproduzir por diversas vezes na sociedade) que seja não consegue abarcar todas as situações que ocorrem no mundo fático.

Geralmente, os casos de aborto sem ligação com os dispositivos legais do Código Penal, quando não se referem às questões de ordem psicológica, econômica ou social da mulher, estão relacionados com o chamado aborto eugênico, justamente por não haver qualquer previsão legal a respeito dele.

> O aborto eugênico ou, como os médicos preferem denominar, aborto *seletivo* ou, de uma forma menos ofensiva aos ouvidos, interrupção seletiva da gravidez, consiste na expulsão provocada do feto, motivada por suas graves e irreversíveis enfermidades ou deformidades físicas ou mentais. (Teodoro apud Ferreira, 2009, p. 57).

Segundo Noronha (apud Coelho, 2009, n.p.) ocorre o aborto eugênico:

> [...] quando há sério e grave perigo para o filho, seja em virtude de predisposição hereditária, seja por doenças da mãe, durante a gravidez, seja ainda por efeito de drogas por ela tomadas, durante esse período, tudo podendo acarretar para aquele enfermidades psíquicas, corporais, deformidades, etc.

Como a lei não autoriza a realização do aborto eugênico e muitos casos desse tipo chegam aos tribunais, a jurisprudência precisava se posicionar sobre isto, haja vista que o juiz não pode deixar de julgar alegando inexistência ou obscuridade da lei. Isso geraria incerteza na sociedade, ferindo a segurança jurídica.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) julgou improcedente ação sobre aborto eugênico por não estar comprovada a impossibilidade de vida extrauterina:

> APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DE INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ. ABORTO EUGÊNICO. GASTROQUISE. ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE DO FETO COM A VIDA EXTRAUTERINA QUE NÃO SE DEMONSTRA MODO SUFICIENTE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.
>
> Recurso desprovido, por maioria. (Apelação Crime Nº 70051817393, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS. Relator: João Batista Marques Tovo. Julgado em 22/11/2012).

Novamente, O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou a prática do aborto eugênico. Dessa vez, ao invés de não se atestar a inviabilidade extrauterina, restou-se comprovada a possibilidade de vida extrauterina.

> APELAÇÃO. PEDIDO DE INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO. FETO PORTADOR DA SÍNDROME DE EDWARDS. LAUDO MÉDICO APONTANDO POSSIBILIDADE DE VIDA FORA DO VENTRE MATERNO. GESTAÇÃO COM 33 SEMANAS. ABORTO EUGÊNICO. INADMISSIBILIDADE.
>
> 1. Os apelantes buscam a reforma da decisão que indeferiu pedido de autorização judicial para proceder a interrupção da gravidez, alegando que a saúde da gestante está em risco, em razão de o feto apresentar a anomalia genética chamada Síndrome de Edwards ou trissomia do cromossomo 18, a qual lhe causa múltiplas malformações que o levarão a morte antes ou logo após o parto.
>
> 2. Quando comprovado que o feto não terá chances de conhecer a vida fora do útero materno, a interrupção da gestação merece ser judicialmente autorizada, tal como decidido nos autos da ADPF nº 54, pelo Pleno do STF.
>
> 3. Contudo, na presente hipótese, não se trata de feto anencéfalo, cuja vida extrauterina, de forma unânime, na literatura médica, é dada como inviável, mas de possuidor de Síndrome de Edwards. Segundo o laudo médico juntado pelos autores, há possibilidade de vida fora do ventre, ainda que por "2 a 3 meses em média".
>
> 4. Também, o referido laudo não especifica quais os riscos concretos que a gestante apresenta para legitimar a prática da interrupção da gravidez, a qual poderia ser feita independente de autorização judicial, através do chamado aborto terapêutico (art. 28, I, do CP).

> 5. O mero abalo psicológico dos pais, que, evidentemente, é muito grande nesses casos, não autoriza, no nosso ordenamento jurídico, a prática do aborto. Inexiste permissão legal para o aborto eugênico.
>
> 6. Ainda, a gestação já conta com 33 semanas, ou seja, por volta de 8 meses. Nesse caso, sendo a técnica médica utilizada a simulação de parto normal, é possível que a criança nasça viva, tornando incabível a autorização pleiteada.
>
> 7. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70055089049, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Julio Cesar Finger. Julgado em 26/06/2013).

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJ-MS) também já proferiu decisão nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL - ALVARÁ JUDICIAL PARA INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ - ABORTO EUGÊNICO OU EUGENÉSICO - HIDROCEFALIA - POSSIBILIDADE DE EXAME DO PEDIDO PELO JUDICIÁRIO - PEDIDO INDEFERIDO EM 1º GRAU - ESTADO GESTACIONAL ADIANTADO - POSSIBILIDADE DE VIDA EXTRAUTERINA - FETO QUE ADQUIRE DIREITOS AO NASCER COM VIDA - RECURSO IMPROVIDO. (TJ-MS. AC: 466 MS 2002.000466-0. Relator: Des. João Maria Lós. Data de Julgamento: 25/02/2002, 4ª Turma Cível. Data de Publicação: 27/02/2002).

Quando comprovada a impossibilidade de vida extrauterina, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) cuidou de julgar procedente a ação:

> Ementa: Mandado de Segurança. Interrupção de gravidez de 22ª semanas indeferida pela origem. Feto portador de trissomia do cromossomo 18 (Síndrome de Edwards). Aborto eugênico - Liminar concedida. Medida convalidada. Ordem concedida. (TJ-SP. Fato Atípico: 20299867720148260000 SP 2029986-77.2014.8.26.0000. Relator: Pedro Menin, Data de Julgamento: 08/04/2014, 16ª Câmara de Direito Criminal. Data de Publicação: 10/04/2014).

Percebe-se que os tribunais costumam julgar improcedentes as ações sobre aborto eugênico, nas quais não há comprovação médica da impossibilidade de vida extrauterina. Conseguintemente, nas ações em que a inviabilidade extrauterina é constatada a opção pela procedência das mesmas.

O aborto de anencéfalo:

> Consiste na ausência parcial ou completa da abobada craniana, bem como da ausência dos tecidos superiores com diversos graus de má-formação e destruição dos rudimentos cerebrais. Em suma, anencefalia significa 'sem encéfalo', sendo encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso central, contidos na caixa craniana. (Feitosa apud Carvalho, 2011, n.p.)

Feitosa foi direto e simples com a afirmação "sem encéfalo" ao final, facilitando o entendimento para as pessoas que não têm o mínimo de contato com a ciência médica. A medicina costuma trazer esse mesmo conceito de um modo apenas técnico, como podemos observar abaixo:

> A anencefalia é definida na literatura médica como a "'má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico'." (Behrman; Kliegman; Jenson apud Guasque; Guasque; Ferraz, 2012, n.p.).

O aborto de anencéfalo é uma espécie de aborto eugênico, sua peculiaridade é que o Supremo Tribunal Federal se manifestou a respeito de sua prática, em 12 de abril de 2012, data em que o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 e firmou a posição do Judiciário brasileiro no que tange ao aborto de anencéfalo.

> Ementa: ESTADO. LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO. INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ. MULHER. LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA. SAÚDE. DIGNIDADE. AUTODETERMINAÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME. INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (STF. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno. Data de Publicação: 30/04/2013).

Observa-se que ao julgar inconstitucional, a interpretação de que o aborto de anencéfalo é crime tipificado pelo Código Penal, por conseguinte, julga-se constitucional a sua prática. O STF enquadrou o aborto de anencéfalo como excludente de ilicitude em razão, sobretudo, dos danos psíquicos que a mulher sofrerá mantendo essa gravidez, além, é claro dos danos físicos e da ofensa à

dignidade e liberdade de escolha. Segundo o ministro Gilmar Mendes (STF, 2012), "a inconstitucionalidade da omissão legislativa está na ofensa à integridade física e psíquica da mulher, bem como na violação ao seu direito de privacidade e intimidade, aliados à ofensa à autonomia da vontade."

A grande questão que deve surgir agora é: por que o aborto de anencéfalo configura excludente de ilicitude e o aborto eugênico não? Simples, o aborto eugênico é gênero e o aborto de anencéfalo é espécie. Lembre-se que o aborto eugênico abrange qualquer forma de enfermidade grave e inconversível, além de deformidades físicas e/ou psíquicas. Enquanto que o aborto de anencéfalo envolve a formação imperfeita do encéfalo, recordando que, nas palavras de Feitosa apud Carvalho (2011, n.p.), encéfalo é "o conjunto de órgãos do sistema nervoso central, contidos na caixa craniana." Nem toda enfermidade e/ou deformidade, mesmo sendo grave e inconversível, acarreta na impossibilidade de vida extrauterina. É fato comprovado que a anencefalia inviabiliza a vivência extrauterina. Inferimos analisando as jurisprudências supracitadas que quando se trata de aborto eugênico, não fundamentado em anencefalia, muitas ações são julgadas improcedentes devido à falta de certeza expressa no laudo médico, no que se refere à possibilidade de vida extrauterina ou não. Em síntese, o aborto de anencéfalo é excludente de ilicitude supralegal, porque o STF tomou ciência que a medicina comprovou a inviabilidade do feto anencéfalo; e o aborto eugênico em geral não é permitido no nosso ordenamento jurídico, porque é preciso que os médicos e, por conseguinte, o Judiciário, analisem caso a caso, se há ou não possibilidade de vida extrauterina – exceto em hipótese de aborto de anencéfalo.

4. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA VS. LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

O ordenamento jurídico brasileiro já foi analisado por nós. Visualizamos nas seções acima, a relação do aborto com a Constituição Federal de 1988, a tipificação do aborto no Código Penal de 1940 e suas causas de exclusão de ilicitude legais e supralegais. Agora, vamos expor as disposições de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, buscando compará-los ao brasileiro.

Nos Estados Unidos houve um grande debate acerca da legalização ou não do aborto.

> A questão do aborto não está diretamente regulada pela Constituição norte-americana, mas no famoso caso *Roe v. Wade*, julgado pela Suprema Corte em 1973, entendeu-se que o direito à privacidade, reconhecido por aquele Tribunal no julgamento do caso *Griswold v. Connecticut,* de 1965, envolveria o direito da mulher de decidir sobre

> a continuidade ou não da sua gestação. Com base nesta orientação, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas, que criminalizava a prática do aborto a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante. (Sarmento, 2006, p. 99).

Foi nesse mesmo julgamento (Roe v. Wade) que a Suprema Corte Americana definiu os critérios para a prática do aborto de forma da lícita. Os Estados-Membros que compõem os Estados Unidos da América ficaram vinculados a adotar os critérios determinados pela Suprema Corte ao editar suas leis referentes ao aborto.

Nas palavras de Daniel Sarmento (2006):

> A Suprema Corte definiu os parâmetros que os Estados deveriam necessariamente seguir ao legislarem sobre aborto. No primeiro trimestre de gestação, o aborto deveria ser livre, por decisão da gestante aconselhada por seu médico. No segundo semestre, o aborto continuaria sendo permitido, mas o Estado poderia regulamentar o exercício deste direito visando exclusivamente proteger a saúde da gestante. Só a partir do terceiro trimestre da gestação – período a partir do qual já existiria viabilidade da vida fetal extra-uterina -, poderiam os Estados proibir a realização do aborto, objetivando a proteção da vida potencial do nascituro, a não ser quando a interrupção da gravidez fosse necessária para preservação da vida ou da saúde da mãe (p.100).

Diante da polêmica que a decisão da Suprema Corte causou, algum tempo depois, ocorreram algumas modificações nos seus critérios:

> Em decisões posteriores, como *Planned Parenthood v. Casey,* proferida em 1992, a Suprema Corte flexibilizou o critério fundado no trimestre da gestação, passando a admitir proibições ao aborto anteriores ao 3º semestre, desde que já caracterizada a viabilidade fetal extrauterina. (Sarmento, 2006, p. 100).

Outra observação importante acerca do aborto nos Estados Unidos é o fato da decisão relativa à prática do aborto pertencer exclusivamente à mulher – isso não ocorre, por exemplo, na Itália. O consentimento do genitor não se faz necessário. Nos Estados Unidos, o aborto tange, sobretudo, à privacidade da mulher; afinal é ela quem sentirá os ônus da gravidez. Seu corpo e sua mente serão afetados. O Estado deve intervir em assuntos privados, quando estes estiverem ligados a interesses

públicos. Sucede que devemos lembrar que é preciso haver proporcionalidade nas intervenções, isto é, os meios usados devem ser adequados e necessários para atingir a finalidade desejada.

Percebe-se, a Suprema Corte mensurou os danos que o aborto causa à sociedade e também os danos que recaem individualmente sobre a mulher. Assim, optou por não adotar extremismos. Não proibiu totalmente o aborto, pois isto seria um bônus para a sociedade, a qual estaria preservando mais possibilidades de vida humana (assim como a Constituição Brasileira, a Suprema Corte Americana vê o embrião ou feto como um ser humano em potencial), mas, na via oposta, seria um imenso ônus para a mulher que teria 0% de optação quanto a levar a gravidez a diante ou não. Vale ainda dizer, que a proibição total do aborto dá margem à clandestinidade e aquilo que configuraria um benefício para a sociedade, a longo prazo, tende a se tornar uma questão problemática. Também não liberou absolutamente o aborto, o que ampliaria a margem de liberdade da mulher; contudo colocaria em risco, o direito de viver dos fetos com amplo desenvolvimento e comprovada viabilidade extrauterina, gerando ônus à sociedade e exagerado bônus à mulher.

Diante disso, feliz foi a Suprema Corte Americana ao estabelecer critérios intermediários, ocasionando ônus e bônus tanto à mulher, quanto à sociedade e, deste modo, intervindo proporcionalmente nos interesses privados para garantir o interesse público.

Na França, diferentemente dos Estados Unidos, o aborto teve seus critérios definidos pelo Legislativo – não pelo Judiciário. Data de 1975, a aprovação da lei regulamentadora do aborto, a qual foi aprovada para viger temporariamente por 5 anos, porém, em 1979, tornou-se definitiva por via da atuação legislativa. De acordo com tal norma, é permitida:

> a realização, por médico, da interrupção voluntária da gravidez nas dez primeiras semanas de gestação, a pedido da gestante, quando alegue que a gravidez lhe causa angústia (*detresse),* ou, em qualquer época, quando haja risco à sua vida ou saúde, ou exista forte probabilidade de que o feto gestado venha a sofrer, após o nascimento, de *"doença particularmente grave reconhecida como incurável no momento do diagnóstico"*. Pela lei em questão, deveria a gestante, antes do aborto, submeter-se a uma consulta em determinadas instituições e estabelecimentos, que lhe forneceriam assistência e conselhos

> apropriados para a resolução de eventuais problemas sociais que estivessem induzindo à decisão pela interrupção da gravidez. (Sarmento, 2006, p. 101-102).

Os critérios italianos se assemelham um pouco aos brasileiros, porém são um pouco mais flexíveis. O aborto é permitido nos primeiros três meses de gravidez por razões, tipificadas em lei[8], de escolha da mulher. E, a qualquer tempo, é possível o aborto "quando a gravidez ou o parto representem grave risco de vida para a gestante, ou quando se verifiquem processos patológicos, dentre os quais relevantes anomalias fetais, que gerem grave perigo à saúde física ou psíquica da mulher." (Sarmento, 2006, p. 104).

Na Alemanha, o aborto não constitui crime desde que realizado até o terceiro mês de gestação e configure imenso peso para a mulher, sendo oferecido apoio institucional à mulher, o qual visa convencê-la a não interromper a gravidez. Nota-se a postura mais rígida dos alemães, no tocante às justificativas para abortar.

Em Portugal, análogo ao Brasil, "o aborto só é legal em casos específicos, de risco de vida ou saúde materna, má-formação ou doença incurável do feto e gravidez decorrente de violência sexual." (Sarmento, 2006, p. 109). Já na Espanha, o aborto é permitido "em casos de risco grave para a sua vida ou saúde física ou psíquica, em qualquer momento; em caso de gestação decorrente de estupro, nas primeiras 12 semanas de gravidez; e em hipótese de má-formação fetal, nas primeiras 22 semanas." (Sarmento, 2006, p. 109).

Os critérios são vários e, a priori, podem até parecer distintos por conterem certas especificidades que os diferenciam. Entretanto, visualiza-se um ponto comum entre eles: a busca do equilíbrio entre os direitos da mulher – tais como vida, liberdade (com destaque para a autonomia reprodutiva) e privacidade – e o direito de vida potencial do feto.

5. ASPECTOS SOCIOLÓGICOS DO ABORTO

Neste tópico primeiro listaremos as mais evidentes consequências que a criminalização do aborto acarreta na sociedade brasileira e, posteriormente, travaremos discussões a respeito de cada um desses efeitos.

8 Risco à saúde física ou psíquica; comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou em casos de má-formação fetal. (SARMENTO, 2006, p. 103).

a. Ineficácia social;

b. Clandestinidade;

c. Risco de vida e saúde da mulher;

d. Desigualdade social.

Quando falamos em norma jurídica, faz-se necessário considerar quatro aspectos importantes: validade, vigência, vigor e eficácia.

Para ser válida, a norma precisa atender dois parâmetros: o formal e o material. Uma norma é formalmente válida quando aprovada de acordo com o rito previsto para tal pela Constituição; e é materialmente válida quando em conformidade hierárquica com as demais normas do ordenamento jurídico, ou seja, sem contradições com as normas hierarquicamente superiores.

A vigência é o intervalo de tempo durante o qual a norma é válida. Geralmente, o prazo de vigência de uma norma é indeterminado, só terminando com a revogação da norma. Mas há também normas temporárias que podem ter sua vigência datada com termo inicial e termo final.

O vigor é o período em que a norma estará apta a produzir efeitos jurídicos.

Um exemplo de aplicação desses parâmetros é o seguinte: o Código Civil Brasileiro de 2002 foi publicado em 10 de janeiro de 2002, a partir daí passou a ser válido e a viger, contudo, como seu art. 2.044 instituiu *vacatio legis*[9] de um ano, o Código Civil de 2002 passou a vigorar somente a partir de 11 de janeiro de 2003.

Isso não significa que o Código Civil anterior ao de 2002, ou seja, o Código Civil de 1916, não possa mais produzir efeitos, isto é, vigorar, visto que na orbita jurídica, em regra, *o tempo rege o ato.* Pablo Stolze, em seu artigo *Sociedade formada por cônjuges e o novo Código Civil*, destaca que atos jurídicos praticados à luz do Código Civil de 1916 devem ser regulados pelo mesmo.

> A despeito de o art. 2.039 determinar que "o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1° de janeiro de 1916, é por ele estabelecido", esta regra apenas explicita que para os casamentos anteriores ao Código de

9 Período de tempo entre o início da vigência de uma norma e a sua entrada em vigor.

> 2002, o juiz, quando da separação ou do divórcio, não poderá lançar mão das regras do novo Código Civil referentes às espécies de regimes de bens (arts. 1658 a 1688), para efeito de partilhar o patrimônio do casal. Deverá, pois, aplicar ainda os dispositivos do Código de 1916 (arts. 262 a 311). (Gagliano, 2003, n.p.).

No que tange à eficácia, esta também se divide em dois aspectos: a eficácia técnica ou aplicabilidade e a eficácia social ou efetividade.

A eficácia técnica ou aplicabilidade consiste na capacidade da norma produzir efeitos jurídicos. É a capacidade da norma atingir a concretude, de fazer com que fatos sociais se subsumam a ela.

Já a eficácia social ou efetividade está relacionada à inserção da norma na consciência da coletividade. Diz-se que uma norma tem efetividade quando é seguida e respeitada pelos membros da sociedade, ou seja, quando consegue exercer coercibilidade. Todavia, para que uma norma adquira respeito deve igualmente respeitar o interesse público.

O interesse público não considera a posição do cidadão relativa à sua individualidade, mas sim, ao fato de fazer parte de uma sociedade. Como bem menciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2010).

> Existe, de um lado, o interesse individual, particular atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas –, e que, de par com isto, existe também o interesse **igualmente** pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos , tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas futuras gerações (p. 60-61, grifo do autor).

Já foi falado que há interesses particulares e interesses públicos referentes à regulação jurídica do aborto. Há questões que dizem respeito exclusivamente à mulher – os quais devem ser resguardados na medida do possível, visto que a intervenção estatal na vida privada deve respeitar o princípio proporcionalidade – e questões ligadas à sociedade como um todo. São essas últimas que configuram interesse público e que, talvez, envolvam o maior dos interesses públicos: a vida.

O aborto envolve a vida humana (fundamento da instituição da sociedade) e da mulher (pessoa-indivíduo). Nós nos unimos em sociedade, com o intuito de preservar, imediatamente, a vida de cada pessoa-indivíduo e, mediatamente, a vida das futuras gerações. Portanto, a vida em potencial do feto também é questão de interesse público. Em face disso, a própria sociedade realiza um juízo de ponderação, do qual resulta uma valoração menor da vida em potencial do feto quando contraposta à vida efetiva da pessoa-indivíduo.

> A idéia de que a proteção à vida do nascituro não é equivalente àquela proporcionada após o nascimento já está presente, com absoluta clareza, no ordenamento brasileiro. É o que se constata, por exemplo, quando se compara a pena atribuída à gestante pela prática do aborto - 1 a 3 anos de detenção (art. 124 do Código Penal) -, com a sanção prevista para o crime de homicídio simples, que deve ser fixada entre 6 e 20 anos de reclusão (art. 121 do mesmo Código). Trata-se, por outro lado, de noção fortemente arraigada no sentimento social – mesmo para os segmentos que reprovam a liberalização do aborto. Tome-se o exemplo do aborto espontâneo: por mais que se trate de um fato extremamente doloroso para a maioria das famílias, o evento não costuma representar sofrimento comparável à perda de um filho já nascido, pois a percepção geral é a de que a vida vale muito mais depois do nascimento. (Sarmento, 2006, p. 119).

Normas que se desencontram da satisfação e proteção do interesse público – mesmo as referentes ao aborto que pecam pela restritividade –, com certeza, acarretam malefícios à sociedade, a qual buscará modos alternativos de minimizar os danos sofridos, não cumprirá os preceitos normativos e, quando necessário, os burlará. É justamente isto que acontece com as normas sobre o aborto. Em razão das causas (legais e supralegais) excludentes de ilicitude não atenderem amplamente aos anseios sociais, a norma perde (e muito) efetividade. As mulheres ao se verem sem opções, burlam a lei e acabam emergindo na clandestinidade.

Clandestino, segundo o dicionário Michaelis, é aquilo "feito às escondidas" ou "que não apresenta as condições de publicidade prescritas na lei." Se o Estado não oferece os meios necessários para tutelar tanto a vida da mulher, quanto a vida em potencial do feto; a própria sociedade constrói seu refúgio. Clandestina não é apenas a mulher que se dirige ao abortamento, mas também o indivíduo que instiga, induz, auxilia materialmente ou provoca o aborto.

As mulheres não acolhidas pelo ordenamento jurídico, devido à restritividade deste, se com boas condições econômicas, destinam-se a médicos qualificados, de

fato, para realizar o procedimento abortivo, o que, apesar de também ser inseguro, é menos precário e diminui o risco de morte e complicações na saúde da mulher. Enquanto as mulheres com baixo poderio econômico, procuram indivíduos que não possuem o grau de conhecimento técnico necessário para a realização do abortamento ou se valem de métodos incomuns e perigosos aplicados por elas próprias ou por amigas íntimas, quando necessário, e terminam por colocar sua vida ou saúde exposta a um risco bem maior, haja vista que após a realização do aborto, se houver alguma complicação, não haverá atendimento médico imediato e elas precisarão ser encaminhadas ao hospital público mais próximo, ou até ao mais longínquo, caso não haja vaga disponível nos hospitais de maior proximidade, muitas vezes, sem equipamentos adequados e com profissionais de saúde em falta, causando espera, atraso ou ausência de atendimento, acarretando sofrimentos, agravamentos ou, inclusive, a morte de pacientes, os quais pagam tributos dia após dia, porém são humilhados quando carecem de um serviço público essencial. Martins et al. (1991), coadunam com essa opinião:

> O principal efeito dessas medidas restritivas, no entanto, é justamente exacerbar as desigualdades socioeconômicas existentes entre nós. Na maioria das cidades, existem serviços de bom padrão, aos quais as mulheres que podem pagar recorrem para induzir o aborto sem risco excessivo. No entanto, essa não é a realidade para muitas mulheres que, pela sua pobreza ou por razões de constrangimento social, terminam recorrendo a pessoal não-treinado, sendo o aborto praticado em precárias condições de higiene. Muitas vezes a própria mulher tenta primeiro induzir o aborto, usando procedimentos perigosos como a introdução de talos, agulhas de crochê, uso de permanganato, soda cáustica etc (p. 252).

Entre as mulheres de alta e baixa renda observamos uma faixa de desigualdade social que separa aquelas que têm maior chances de preservar sua saúde e aquelas que, quando teístas, clamam por Deus – seja lá qual for, pois toda crença religiosa merece respeito e deve ser respeitada –, quando ateístas, contam com a sorte. Sabemos que a igualdade deve ser para todos, mas com a ausência de políticas públicas de qualidade, ocorre um impacto desproporcional que atinge ferozmente mulheres hipossuficientes. Lutemos para que um dia o preceito de Rui Barbosa (1997, p. 26) seja cumprido na realidade fática e que passemos a "quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam", pois "nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. (...) Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real."

6. PROPOSTAS

Estes são os artigos do Projeto de Novo Código Penal Brasileiro (Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236/2012) referentes ao crime de aborto:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 125. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena – prisão, de seis meses a dois anos.

Aborto consensual provocado por terceiro

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – prisão, de seis meses a dois anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 127. Provocar aborto sem o consentimento da gestante:

Pena – prisão, de quatro a dez anos.

1º Aumenta-se a pena de um a dois terços se, em consequência do aborto ou da tentativa de aborto, resultar má-formação do feto sobrevivente.

§2º A pena é aumentada na metade se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal grave; e até no dobro, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Exclusão do crime

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou

IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

> Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I deste artigo, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou, quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro. (Senado Federal, 2012).

Responderemos às seguintes perguntas: o que muda em relação ao Código Penal de 1940? E o que ainda precisa ser mudado para diminuir drasticamente os efeitos maléficos do aborto no Brasil?

No Projeto de Novo Código Penal (PLS nº 236/2012) o aborto continua a ser crime, ou seja, não houve descriminalização, nem legalização. Todavia, algumas alterações foram feitas. As penas para o autoaborto e o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante foram reduzidas, passaram, respectivamente, de 1 a 3 anos para 6 meses a 2 anos e de 1 a 4 anos para também 6 meses a 2 anos. O desvalor da ação, instituído pelo legislador, foi menor em virtude do consentimento da gestante.

O aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante teve sua pena mínima aumentada. A pena foi de 3 a 10 anos para 4 a 10 anos. A forma qualificada aplicada aos artigos do aborto provocado por terceiro com e sem consentimento da gestante previa majoração de 1/3 (um terço) para lesões corporais resultantes, e do dobro quando resultassem em morte. No PLS nº 236/2012 essa qualificadora se aplica somente ao aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante. A duplicação para o resultado morte foi mantida, mas, em casos de lesões corporais decorrentes, a pena será majorada em 1/2 (metade). Também foi inserida uma nova qualificadora para o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, majora-se a pena de 1/3 a 2/3 (um terço a dois terços) se, em razão do aborto ou sua tentativa, o feto sobreviver com má-formação. O desvalor da ação, justamente, pela ausência do consentimento da gestante.

As excludentes de ilicitude foram ampliadas. No Código Penal de 1940, o aborto só é permitido se for a única forma de salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resulta de estupro. A jurisprudência acrescenta, como excludente, a anencefalia. O PLS nº 236/2012 alarga essas hipóteses. Basta o grave risco à vida ou à saúde da gestante para descaracterizar a ilicitude. A gravidez resultante de estupro foi substituída por violação da dignidade sexual e adiciona-se o emprego não autorizado de técnica reprodutiva assistida, o que engrandece a causa excludente de ilicitude comparado ao Código Penal de 1940. A anencefalia integra o texto da PLS nº 236/2012 e traz consigo anomalias análogas, isto é, que inviabilizem a vida extrauterina. Uma nova excludente foi inserida, ela menciona que, se a mulher não

tiver condições psicológicas de suportar a maternidade, comprovada por médico ou psicólogo, poderá, se assim desejar, interromper a gravidez até a 12ª semana (1º trimestre) da gestação.

Respondendo à segunda pergunta, partimos da premissa de que o aborto não deve ser banalizado e que os interesses da mulher e o interesse público devem ser ponderados para chegar a uma conclusão favorável a ambos. Pensa-se em um modelo que flexibilize o crime de aborto, concedendo à mulher a parcela de autonomia necessária e garantindo o interesse público. Relembrem que:

> A decisão de ser ou não mãe é frequentemente vista apenas como de ordem individual, da mulher, omitindo-se o envolvimento de série de fatores econômicos e sociais, além de implicar as condições da relação dela com o companheiro (Verardo, 1987 apud Hardy et al., 1994, p. 82). Na verdade, é uma questão complexa discutir porque algumas mulheres chegam a abortar e outras não. Trata-se de uma decisão que envolve elementos de cunho pessoal, econômico e social ao mesmo tempo. (Hardy et al., 1994, p. 82)

Não estamos propondo nem a descriminalização, nem a legalização do aborto; a ideia é uma nova regulação penal do crime de aborto, promovendo a ampliação da abrangência das excludentes de ilicitude do mesmo.

Os Estados Unidos possuem um tratamento muito interessante do tema, seria bonito transpô-lo para o Brasil, contudo, seria uma cópia ineficaz, pois não se adaptaria à cultura, aos costumes brasileiros. As normas devem ser feitas cada uma para e pelo o seu povo (o dito soberano pela CF). O tratamento estadunidense acerca do aborto não exige justificação por parte da mulher para abortar até o terceiro mês da gravidez. A legislação brasileira não permite o aborto, salvo quando justificado por alguma de suas restritas excludentes (legais ou supralegais) de ilicitude. Seria uma modificação muito brusca de posicionamento. A questão do aborto deve ser tratada com cautela. Uma mudança desse nível poderia causar confusão na sociedade, a qual poderia interpretar isto como banalização do aborto e, a longo prazo, os efeitos seriam mais negativos do que positivos. A melhor escolha seria continuar a manter a exigência de justificativas, entretanto, ampliar as mesmas, o suficiente para abarcar os principais e justos motivos que levam as mulheres a praticar o aborto.

A legislação italiana possui quatro excludentes de ilicitude (risco à saúde física ou psíquica; comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares;

em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou em casos de má-formação fetal. (Sarmento, 2006, p. 103).), das quais nós já adotamos, três – redigidas de forma mais ampla e adequada – bem parecidas (risco de vida da gestante, gravidez resultante de estupro e anencefalia) e, pelo Novo Código Penal (PLS nº 236/2012), também adotaríamos estas três, e haveria a inserção de uma nova: "a possibilidade de interrupção da gestação, até a 12ª semana, por vontade de gestante, quando for atestado (por médico ou psicólogo) que ela não tem condições psicológicas de ser mãe (arcar com a maternidade)." (Prudente, 2013, n.p.). O problema dessa nova excludente de ilicitude é que abrange somente as *condições psicológicas*, esquecendo dos fatores sociais e econômicos. Se médicos e psicólogos atestariam a falta de condições psicológicas; assistentes sociais poderiam atestar a ausência de condições sociais e/ou econômicas.

A entrada em vigor dessas normas também estaria sujeita a uma condição, caso contrário não teriam a eficácia social almejada. Devem ser implantadas políticas públicas com aptidão para promover a conscientização da população, principalmente, nos lugares mais pobres. A educação sexual precisa ser amplamente difundida. Isso é um pré-requisito para que haja efetividade – diferentemente da atual legislação sobre o aborto. É necessário deixar toda a população ciente acerca dos métodos contraceptivos e fornecer vasto acesso aos mesmos, além de a ensinar sobre planejamento familiar e oferecer serviços voltados para esse tipo de atendimento. A educação salva vidas! É importante todo esse empenho na difusão do conhecimento sexual, tendo em vista que não devemos incentivar uma cidadania irresponsável. As pessoas devem responder pelos seus atos, desde que possuam discernimento para tanto. Ademais, o Estado deve trabalhar corretamente cumprindo o dever constitucional de educar seus cidadãos (art. 205 da CF).[10]

7. E O PACTO DE SAN JOSÉ?

Diz o art. 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH ou Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 26 de setembro de 1992:

> Artigo 4º - Direito à vida
>
> 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

10 Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Sendo o Brasil signatário do Pacto de San José da Costa Rica, aparentemente, há um conflito entre o art. 4.1 do Pacto e as propostas de normas reguladoras do aborto.

Dispõe o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
>
> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL, 1988).

Tendo em vista que esse parágrafo foi incluído pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, pergunta-se: o efeito da sua disposição tem efeitos retroativos, fazendo com que tratados internacionais sobre direitos humanos que não passaram pelo rito previsto pelo § 3º, art. 5º, da CF, também adquiram caráter de norma constitucional?

Responde-se negativamente a esta indagação. Os tratados internacionais sobre direitos humanos, anteriores a 2004, que não passaram pelo rito previsto no § 3º, art. 5º, da CF, possuem natureza supralegal, assim como os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos. Esse caráter supralegal dos tratados internacionais não relacionados ao § 3º, art. 5º, da CF, foi atribuído pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Em 1977, o STF decidiu pelo caráter legal dos tratados internacionais, ou seja, tais tratados tinham força de lei. Mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, esta posição continuou mantida.

> Antes de 1988, o STF havia firmado o entendimento, no julgamento do RE nº 80.004 (J. 01/06/1977) de que os tratados internacionais incorporam-se ao direito interno no mesmo nível das leis, podendo ser revogados por lei posterior ou deixar de ser aplicados em favor de lei específica. A necessidade de uma construção pretoriana sobre a questão também se deve ao silêncio da Constituição sobre a recepção dos tratados internacionais e seus efeitos no direito interno, uma vez que as normas constitucionais sobre o assunto se limitam a tratar do processo de celebração e aprovação de tratados (Dallari, 2003, p. 46 apud Maués, 2013, p. 217).

A partir da Emenda nº 45/2004, o STF retomou a discussão acerca do caráter dos tratados internacionais e no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343 (relativo à prisão do depositário infiel), assentou o caráter supralegal dos tratados internacionais – exceto os que se encaixam na previsão do § 3º, art. 5º, da CF, isto é, tratados internacionais sobre direitos humanos que tenham sido aprovados pelo rito de Emenda Constitucional – ou seja, se o tratado internacional sobre direitos humanos ratificado pelo Brasil, não passou pelo rito previsto no § 3º, art. 5º, da CF, independente, da data da sua ratificação anteceder ou suceder a EC nº 45/2004, terá caráter supralegal. Se o mesmo passou pelo rito, terá natureza constitucional.

> O STF decidisse afastar a possibilidade de prisão do depositário infiel foi necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a fim de que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas à luz da CADH. No exame dos votos dos Ministros, podemos identificar duas teorias que fundamentam essa nova interpretação: para a maioria, os tratados de direitos humanos passam a ter status normativo supralegal, permanecendo em nível hierárquico inferior à Constituição, porém, superior às demais leis; para a minoria, deve ser reconhecida a posição hierárquica constitucional desses tratados, passando eles a compor, juntamente com o texto constitucional, o bloco de constitucionalidade. (Maués, 2013, p. 216).

Como a maioria dos membros do STF decidiu pela supralegalidade do Pacto de San José, assim restou firmado na jurisprudência.

O Código Penal Brasileiro tem status de lei e mesmo quando reformulado continuará com status de lei. Como adequá-lo ao Pacto de San José, norma com status supralegal? No início deste tópico afirmamos que o conflito entre as normas supramencionadas era aparente. Agora diremos o porquê.

Duas cláusulas merecem muita atenção no art. 4.1 do Pacto de San José, são elas: *em geral* e *arbitrariamente*. Observe que a previsão de garantia da vida, *em geral*, desde a concepção, constitui regra, abrindo espaço para exceções. E o termo *arbitrariamente* estabelece um limite às exceções. Via de regra, ninguém pode ser privado da sua vida, exceto em casos de grande relevância social devidamente justificados, pois estes fogem do conceito de arbitrariedade. A ninguém é permitido realizar o aborto, simplesmente, porque assim deseja. É preciso que haja razões fáticas – as quais já foram mencionadas em tópicos anteriores – que comprovem a necessidade do aborto. A doutora Luz Patricia Mejía compartilha dessa mesma opinião.

> La definición más contundente de la Dra. Mejía fue que el aborto legal de ninguna manera contraría los pactos sobre Derechos Humanos, ni contraviene el Pacto de San José de Costa Rica. "Por el contrario, sostuvo, permitir que las mujeres mueran por no haber atendido sus problemas de salud, sí es un ataque a los derechos de las personas. La penalización del aborto es un problema del que no se habla y que criminaliza la pobreza de las mujeres, y no es posible soslayarlo más, en pos de velar por el cumplimiento de los derechos humanos en la Argentina y todo el continente americano".
>
> Respecto de cuál es el límite de la protección de la vida para los Estados, afirmó que "la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ya se expidió respecto a que la Convención Interamericana no se opone al reconocimiento del derecho al aborto (...) Mejía explicó que la adición de la frase `en general` desde el momento de la concepción, hace a la diferencia jurídica para que los países que permitieran el aborto no se sintieran impedidos de firmar la Convención.(11) (12)

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, discutimos questões referentes à regulação jurídica do aborto provocado. Iniciamos o debate explanando aspectos da relação entre o crime de aborto e a Constituição Federal de 1988, a qual, segundo o STF, tutela a vida humana da pessoa-indivíduo (aquela já nascida) imediatamente, deixando a vida humana intrauterina (bem jurídico resguardado pelo Direito Penal, no caso), numa espécie de segundo plano e lhe concedendo proteção mediata. Na ponderação entre a vida da pessoa-indivíduo e a vida intrauterina, é o primeiro bem jurídico que prevalece.

Contudo, há outros direitos que devem ser ponderados em face da vida intrauterina. Direitos, estes, que, quando se fala em aborto, giram em torno da mulher. São eles: liberdade de escolha, autonomia reprodutiva, saúde, privacidade,

11 Tradução livre do autor: A definição mais forte de Dr. Mejia foi que o aborto legal em nada contradiz os pactos sobre direitos humanos, ou viola o Pacto de San José de Costa Rica. "Pelo contrário, disse ela, permitir que as mulheres morram por não ter assistência a seus problemas de saúde, é um ataque aos direitos dos indivíduos. A criminalização do aborto é um problema que não é falado e que criminaliza a pobreza das mulheres, e não é possível contornar mais no sentido de assegurar o cumprimento dos direitos humanos na Argentina e em todas as Américas ".
A respeito de qual é o limite da proteção da vida para os Estados, ela disse que "a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já pronunciou que a Convenção Interamericana não impede o reconhecimento do direito ao aborto (...) Mejía disse que a adição da frase 'em geral' desde o momento da concepção, faz a diferença jurídica para que os países que permitem o aborto não se sintam impedidos de assinar a Convenção.

12 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é o órgão que cuida da interpretação do Pacto de San José, pois isto é de sua competência.

igualdade. A problemática é que, diferentemente, da ponderação com a vida da pessoa-indivíduo; a vida intrauterina quando ponderada com os direitos supramencionados não possibilita a obtenção de uma resposta abstrata e imediata, isto é, não se pode dizer *a priori* qual direito prevalecerá. Essa constatação deve ser feita caso a caso, observada a facticidade social. As excludentes de ilicitude do crime de aborto funcionam como guia e auxiliam na decisão a respeito do direito que deverá prevalecer.

Propomos a ampliação dessas excludentes de ilicitude, pois a restritividade das normas vigentes tem gerado muitos males à sociedade brasileira. Risco à vida ou à saúde da gestante, gravidez resultante de violação da dignidade sexual ou emprego não consentido de técnica de reprodução assistida, anencefalia ou anomalia que impossibilite a vida extrauterina e ausência de condições psicológicas para ser mãe, são as causas justificadoras do aborto que se encontram no texto da PLS nº 236/2012. Concordamos com as mesmas e visualizamos como de grande relevância, o acréscimo da cláusula: ausência de *condições sociais e/ou econômicas* para arcar com a maternidade, assim ampliando o âmbito de incidência da norma e abrangendo melhor os anseios sociais.

Políticas públicas de qualidade são imprescindíveis para tornar efetivo o que for legislado. A população precisa ter ciência do que significa uma reforma nas normas sobre o aborto. Necessita-se que a população conheça amplamente sobre métodos contraceptivos, demais cuidados sexuais, a importância de ir ao médico especialista no assunto, etc. Por óbvio, o Estado também deve acordar e cumprir seus com deveres, fornecendo à população os subsídios necessários.

Ademais, comparamos a legislação brasileira com a de alguns países estrangeiros, expondo os pontos convergentes e divergentes entre eles; explicamos o porquê do Pacto de San José da Costa Rica não ser um empecilho às modificações nas normas brasileiras acerca do aborto e, por fim, inferimos ser notável que mudanças se fazem necessárias e que buscamos sugerir uma forma de regulação do problema em que o aborto se transformou, apta à efetividade e que equilibre os direitos da mulher e o interesse público.

REFERÊNCIAS

ABORTO LEGAL. **Luz Patricia Mejía: "El aborto legal no contraría pactos de DDHH"**. [S.l.], 14 jul. 2011. . Disponível em: <http://www.abortolegal.com.ar/?p=1295>. Acesso em: 15 jul. 2015.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**: edição popular anotada por Adriano da Gama Cury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. E-book.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. **Decreto nº. 678/92**. Promulga a convenção interamericana sobre direitos humanos de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 3510 DF**. Relator: Min. CARLOS BRITTO. Data de Julgamento: 16/03/2007. Data de Publicação: 30/03/2007. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 22 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF: 54 DF**. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno. Data de Publicação: 30/04/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807932/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df-stf>. Acesso em: 05 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Fato Atípico: 20299867720148260000 SP 2029986-77.2014.8.26.0000**. Relator: Pedro Menin. Data de Julgamento: 08/04/2014, 16ª Câmara de Direito Criminal. Data de Publicação: 10/04/2014. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120914114/fato-atipico-20299867720148260000-sp-2029986-7720148260000>. Acesso em: 08 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **AC: 466 MS 2002.000466-0**. Relator: Des. João Maria Lós. Data de Julgamento: 25/02/2002, 4ª Turma Cível. Data de Publicação: 27/02/2002. Disponível em: <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3737761/apelacao-civel-ac-466>. Acesso em: 08 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **ACR: 70051817393 RS**. Relator: João Batista Marques Tovo. Data de Julgamento: 22/11/2012, Terceira Câmara Criminal. Data de Publicação: 06/12/2012. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112438202/apelacao-crime-acr-70051817393-rs>. Acesso em: 08 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **ACR: 70055089049 RS**. Relator: Julio Cesar Finger. Data de Julgamento: 26/06/2013, Primeira Câmara Criminal. Data de Publicação: 10/07/2013. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112997864/apelacao-crime-acr-70055089049-rs>. Acesso em: 08 jun. 2015.

BURLACCHINI, Mario. Medicina fetal. [S.l.], 15 set. 2011. **Entrevista ao Site Dr. Drauzio Varella**. Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/mulher-2/medicina-fetal/>. Acesso em: 25 mai. 2015.

CARVALHO, Volgane Oliveira. **A anencefalia e o princípio da dignidade da pessoa humana no regime neoconstitucional brasileiro**. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10385>. Acesso em 05 jun. 2015.

COELHO, André Oliveira de Andrade. **Natureza Jurídica do Aborto Eugênico**. Viajus. [S.l.], 26 ago. 2009. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2267>. Acesso em: 28 mai. 2015.

COHEN, Jean L. **Repensando a privacidade: autonomia, identidade e controvérsia sobre o aborto**. Revista Brasileira de Ciência Política, [S.l.], n. 7, jan./abr. 2012, p. 165-203. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n7/a09n7.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2015.

CREMESP. **Dificuldades e controvérsias marcam a prática do aborto legal**: Apenas dois hospitais da Capital confirmam que fazem o aborto legal, além da Casa Domingos Delácio (Unifesp), que oferece atendimento integral às vítimas de estupro. Jornal do Cremesp. [S.l.], n. 3, p. 15, 2014. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=1854>. Acesso em: 28 mai. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5º ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

FERREIRA, Soraya Goretti dos Santos. **A posição legislativa e jurisprudencial brasileira sobre o aborto**. 2009. 71 f. Trabalho de conclusão de curso (graduação em direito) – Universidade Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. 6. ed. Niteroí: Impetus, 2009, v. 3.

GUASQUE, Adriane; GUASQUE, Consuelo; FERRAZ, Mariantonieta Pailo. **Aborto de anencéfalos: direito a vida e impacto sucessório**. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11924&revista_caderno=6>. Acesso em: 05 jun. 2015.

HARDY, Ellen et al. **Características atuais associadas à história de aborto provocado**. Revista de Saúde Pública. São Paulo, v. 28, n. 1, feb. 1994. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89101994000100010&script=sci_arttext>. Acesso em: 08 junl. 2015.

MARTINS, Ignez Ramos et al. **Aborto induzido em mulheres de baixa renda: dimensão de um problema**. Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 251-266, 1991. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1991000200009>. Acesso em: 17 jun. 2015.

MATEUS, Kayse Gabrielle de Farias. **A igualdade enquanto norte: considerações acerca da teoria do impacto desproporcional e o crime de pederastia.** Revista Gestão, Educação e Sociedade. Jandira, ano 1, n. 3, set. 2011. Disponível em: < http://www.faceq.edu.br/regs/downloads/numero03/algualdadeNorte.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2015.

MAUÉS, Antonio Moreira. **Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional**. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos. [S.l.], p. 215-235, 2013. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32493.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>. Acesso em: 17 jul. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946**. Disponível em: < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 23 mai. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. Bem jurídico-penal e Constituição. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Comentários ao código penal**: doutrina; casuísta; conexões com os vários ramos do direito. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRUDENTE, Neemias. **Principais mudanças e polêmicas: projeto de novo código penal (pls 236/2012)**. JusBrasil. [S.l.], 20 fev. 2013. Disponível em: <http://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942830/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-penal-pls-236-2012>. Acesso em: 08 jul. 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2015.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: _____. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 95-137.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012**. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 07 jul. 2015.

SOUZA, Priscila Boim. **Teorias do início da vida e lei de biossegurança**. ETIC – Encontro de Iniciação Cientifica, Presidente Prudente, v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773>. Acesso em: 25 mai. 2015.

STF. **ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes**. [S.l.] 12 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>. Acesso em: 08 jun. 2015.

STOLZE, Pablo. **Sociedade formada por cônjuges e o novo Código Civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 64, 1 abr. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/4001>. Acesso em: 15 jul. 2015.

A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE LAJE PELA LEI Nº 13.465/2017(CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 759/2016)

Ailana Moreira[1]

"O Senhor é o meu Pastor e nada me faltará" (Salmo 23)

SUMÁRIO: Introdução; Conceito de Direito de Laje; Requisitos para aquisição de laje; A distinção entre o direito real de laje e o condomínio; A diferença entre o direito de superfície e o direito de laje; O estatuto da cidade e o Código Civil de 2002, antes da Lei nº 13.465/2017 (converteu a Medida Provisória nº 759/2016); Previsão legal estrangeira do direito de laje; Razões históricas para o surgimento do direito de laje no Brasil; Conclusão; Referências.

Resumo: O presente artigo trata da regulamentação do direito de laje e suas consequências jurídicas.

Palavras chaves: Direito de laje. Lei nº 13.465/2017. Medida Provisória nº 759/2016. Regulamentação. Consequências Jurídicas. Alterações no Código Civil de 2002.

Resumen: *En este artículo se ocupa de la regulación de la losa de la derecha y sus consecuencias legales.*

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.465/2017 (converteu a Medida Provisória nº 759/2016) publicada no Diário Oficial da União[2], teve como escopo introduzir no ordenamento jurídico pátrio, normas disciplinadoras compatíveis com a realidade fundiária rural e urbana brasileira.

1 Graduada em Direito na Universidade Católica do Salvador/BA. Ex-servidora da Defensoria Publica da Bahia

2 A Lei nº 13.465/2017 foi publicada no D.O.U em 08 de setembro de 2017, enquanto que a medida provisória nº 759/2016 foi publicada no D. O. U de 23 de dezembro de 2016.

A referida Legislação alterou o Código Civil de 2002 para introduzir a laje entre os direitos reais (vide inciso XIII do art. 1.225 do Código Civil de 2002), além de disciplinar a matéria no título XI- Da Laje do C/C 02 (arts. 1510 A a E).

Dentre as normas introduzidas, destaca-se a regulamentação do chamado direito de laje. Isto porque, até a edição da referida medida provisória e de sua conversão em lei, as situações práticas envolvendo a venda do espaço aéreo de superfície de imóvel pertencente ao dono do solo de um terreno edificado, não eram disciplinadas pelo ordenamento jurídico, em especial pelo direito real (direito de propriedade).

A regulamentação no ordenamento jurídico do chamado direito real de laje ocorreu após a edição da Medida Provisória nº 759/2016 e sua posterior conversão em lei. Assim, com a introdução na legislação das normas que regem essas situações práticas, o adquirente que edifica no espaço aéreo de uma superfície, cujo solo é de terceiro - proprietário do terreno - passa a ser titular de direitos e obrigações, ou seja, o adquirente *da laje* passa a gozar da garantia real de propriedade sobre o espaço aéreo edificado na superfície do imóvel do titular do solo.

Estudaremos neste artigo, as repercussões jurídicas da inserção do direito de laje no ordenamento jurídico e seus impactos práticos na vida social dos beneficiários da medida.

CONCEITO - O QUE É DIREITO DE LAJE?

A forma mais simples e direta de compreender o conceito do que venha a ser direito de laje é a presente demonstração prática:

> Situação hipotética nº 1:
>
> Um pai resolve ceder *a laje* (espaço aéreo) da superfície de sua residência à sua filha como presente de casamento. Esta, em união de esforços com seu noivo constroem o novo lar, com acesso diferenciado do imóvel originário. A situação fática para os envolvidos é clara, ou seja, a casa de cima (residência superior) pertence à filha do proprietário do solo e a seu noivo. Mas até a edição da Medida Provisória nº 759/2016 e da sua conversão na Lei nº 13.465/2017, não existia no ordenamento jurídico previsão legal que permitisse ao casal escriturar "a laje" (residência superior) como sua propriedade particular. E, por exemplo, em caso de separação do casal, o noivo que construiu o lar em conjunto com a filha do proprietário do solo não teria direito real sobre o imóvel. A edição da legislação buscou solucionar casos como este, reconhecendo o direito de propriedade do dono da laje, vez

que a condição de proprietário do bem era reconhecida pelas partes envolvidas, mas o acordo de vontades estabelecido era juridicamente inexistente para o direito. Atualmente- após a regulamentação da matéria- o casal registará em escritura a edificação construída no espaço aéreo, passando para condição de proprietário originário da laje, tendo todos os seus direitos reconhecidos.

Situação hipotética nº 2:

X é proprietário do imóvel A e em conversa com Y resolve realizar uma transação comercial, na qual X vende o espaço aéreo (laje) do imóvel A para Y. Este constrói sua residência na superfície de X com acesso próprio, tendo investido seus recursos financeiros e construído sua vida familiar no novo lar. Interessados em regularizar a relação comercial estabelecida, comparecem ao cartório de imóvel do município Z para legalizar a transação, mas ao chegar ao local descobrem que a venda da laje não garante o direito de propriedade sobre o imóvel superior, vez que apenas X - na qualidade de proprietário do solo - é o único proprietário do bem (solo, subsolo e espaço aéreo do terreno). Inseguro, mas necessitado de moradia, Y propõe a venda informal da laje e X aceita.

Após dois anos, X falece e seu filho que residia em Brasília retorna ao município Z para iniciar o procedimento de inventário, inserindo a residência como parte da herança, já que além de desconhecer o acordo realizado pelo pai, Y não possuía qualquer documentação que comprovasse a propriedade do imóvel superior. Nestes casos, Y ficava completamente desprotegido juridicamente, vez que não conseguiu registrar a propriedade como sua. Isto porque, no Direito Civil, imperava o entendimento de que o proprietário do solo era o dono do espaço aéreo e do subsolo do terreno. Mas, com a regulamentação da matéria, Y agora passa a ser proprietário originário do espaço aéreo da propriedade de X, arcando com o pagamento de IPTU e podendo alienar o referido bem construído na laje, garantindo-o também como herança.

Situação hipotética nº 3:

O individuo Y vende a superfície aérea de sua residência para terceiros que chamaremos de Z, mas não estabelecem a desvinculação entre as residências (não há autonomia entre as unidades ou acesso independente). Neste caso, poderá Z se valer do direito de laje para adquirir o imóvel superior?

Segundo o art. 1.510- A do Código Civil de 2002 (alteração promovida pela Lei nº 13.465/2017) não é possível o reconhecimento do direito de laje nessa hipótese. Isto porque, há exigência legal de que as unidades sejam autônomas, em verdade, esse requisito visa distinguir os institutos que regem o condomínio da laje. Portanto, para a garantia do direito real de laje é necessário que as residências situadas na mesma área sejam autônomas, ou seja, separadas por acesso próprio e independente (o 3º § do art. 1510 da Medida Provisória nº 759/2016 - expressamente definia o que se entende por unidades autônomas, definição esta que foi omitida na Lei nº 13.465/17 e consequentemente do Código Civil).

Vale a pena destacar o conceito de direito da laje a partir da perspectiva da Medida Provisória nº 759/2016 e da Lei nº 13.465/2017 que incluiu o art. 1.510-A no Código Civil de 2002:

Medida provisória nº 759/2016	Lei nº 13.465/2017(incluído no Art. 1.510-A do Código Civil de 2002)
Art.1510-A. O direito real de laje consiste na possibilidade de coexistência de unidades imobiliárias autônomas de titularidades distintas situadas em uma mesma área, de maneira a permitir que o proprietário ceda a superfície de sua construção a fim de que terceiro edifique unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.	Art.1510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.
§ 2º art. 1510-A: O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário do imóvel original.	§ 1º O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base.
§ 3º art. 1510-A: Consideram- se unidades imobiliárias autônomas aquelas que possuam isolamento funcional e acesso independente, qualquer que seja o seu uso, devendo ser aberta matrícula própria para cada uma das referidas unidades.	§ 3º Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor.

Desse modo, segundo definição legal, o direito de laje consiste na possibilidade de coexistência de unidades imobiliárias autônomas e de titularidades distintas situadas em uma mesma área, na qual o proprietário do solo cede a terceiro adquirente a superfície aérea do imóvel ou o subsolo para que edifique.

O legislador evolui no estudo do tema, ao permitir a concessão de propriedade originária do espaço aéreo ou subsolo de terrenos públicos, assim como ao permitir que o titular da laje ceda a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje (art. 1510-A § 6º do Código Civil).

No entanto, parece-me equivocado e até mesmo contraditório, o quanto disciplinado nos parágrafos 3º e 6º do supracitado artigo. Isto porque, o legislador afirma no § 3º[3] que o titular da laje é livre para usar, gozar e dispor do seu bem e no § 6º condiciona o direito sucessivo de laje à autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes. Esta previsão legal inevitavelmente dará margem para a instauração de diversos conflitos e judicialização de casos envolvendo a temática.

Outra inovação da Lei nº 13.465/17, inclusive não prevista na Medida Provisória nº 759/2016, é referente a extinção do direito real de laje, sem prejuízo de eventual ação reparatória. Segundo o art. 1.510- E do Código Civil de 2002, a ruína da construção-base implica extinção do direito real de laje, se aquela não for reconstruida no prazo de cinco anos.

Outrossim o legislador, em alguns momentos, se preocupou em distinguir o direito real de laje com o instituto que rege o condomínio. E para isso, vedou expressamente o reconhecimento do direito de laje para unidades coexistentes na mesma área, mas que não sejam autônomas, bem como destacou que:

> § 4º do art. 1.510-A A instituição do direito real de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas.

De modo informal, o direito de laje consiste na garantia de direito real sobre o imóvel construído na superfície de imóvel já edificado (a famosa laje), realidade muito frequente nas comunidades e bairros populares.

3 Art. 1.510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017) : § 3º Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017) ; § 6º O titular da laje poderá ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje, desde que haja autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas vigentes. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017) (referência: Lei 10.406/2002).

REQUISITOS DO DIREITO DE LAJE

O direito de laje demanda a observação de alguns requisitos para a sua caracterização:

1. As unidades imobiliárias devem ser autônomas;

2. O espaço contemplado pelo instituto consiste no espaço aéreo e subsolo tomado em projeção vertical do terreno edificado, sendo vedado o reconhecimento de demais áreas no terreno e não compreendidas nesses limites;

3. O direito de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas.

Presentes todos os requisitos supramencionados, o titular de direito e obrigações da laje deve se dirigir a um cartório de registro de imóveis e solicitar a abertura de matrícula própria do imóvel construído no espaço aéreo ou subsolo de terrenos públicos ou privados.

O legislador permitiu a regularização pelos municípios e o Distrito Federal, através de normas próprias, de posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito real de laje. Essa permissão legal é importante, tendo em vista que a realidade urbanística no Brasil não é igualitária.

Após a concessão do título proprietário, que o legislador instituiu como originário, ou seja, a nova residência construída na laje é livre de encargos pertencentes ao imóvel original, o proprietário da laje arcará com os tributos que incidem sobre a sua unidade, por exemplo, o IPTU.

E como proprietário do novo imóvel, o titular de direito e obrigações poderá livremente aliená-lo, mas a norma veda a instituição de sobrelevação sucessiva pelo adquirente, sem o consentimento expresso do titular da construção-base e demais lajes. Desta forma, o adquirente poderá alienar a residência construída na laje e, também, vender a sua laje a um novo adquirente, é a famosa e comum laje sobre laje.

A DIFERENÇA ENTRE O DIREITO DE SUPERFÍCIE E O DIREITO DE LAJE

O direito de superfície é regulamentado pelo art. 1.369 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos:

> Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.
>
> Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

O superficiário não é proprietário do imóvel, vez que recebeu do legitimo proprietário do imóvel apenas o direito, a concessão, de plantar ou construir em seu terreno e, por tempo determinado.

Outrossim, no direito de superfície não há autorização de realizar obras no subsolo do terreno, enquanto no direito de sobrelevação é possível a construção de imóvel no subsolo do terreno do proprietário originário.

No direito real de laje, o adquirente torna-se o proprietário originário da unidade imobiliária construída, inexistindo prazo determinado para a concessão. A sistemática anterior do Código Civil, inclusive, vedava o direito de sobrelevação.

Desta forma, o direito de superfície é distinto do direito real de laje (direito de sobrelevação).

O ESTATUTO DA CIDADE E O CÓDIGO CIVIL DE 2002, ANTES DA LEI Nº 13.465/2017

Alguns críticos apontaram a desnecessidade da introdução da matéria no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque, alguns doutrinadores entendem que o direito de superfície disciplinado no Código Civil é suficiente para regularizar as situações jurídicas existentes.

Parte dessa convicção é fruto do direito comparado e da previsão pelo Estatuto da Cidade, do direito de sobrelevação no capítulo destinado ao direito de superfície.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) prevê:

> Do direito de superfície
>
> Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

> § 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.
>
> § 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.
>
> § 3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.
>
> § 4º O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo.

Observem que o Estatuto aborda umas das características fundamentais para o direito de sobrelevação, ou seja, a questão da concessão do direito de superfície por tempo indeterminado. Destaca, também, a permissão de uso da parte aérea da propriedade. Inclusive, esta permissão não tinha previsão no Código Civil.

O grande debate que existia antes da regularização do tema, no que se refere ao direito de superfície, era saber qual legislação aplicar, vez que o Código Civil de 2002 vedava construção no subsolo e não mencionava a possibilidade de construir por tempo indeterminado no espaço aéreo da superfície.

Por outro lado, o Estatuto da Cidade, ainda que dentro do direito de superfície, já previa o direito de laje de forma indireta. Ocorre que, o Código Civil de 2002 era posterior a edição da Lei nº 10.257/2001.Desta forma, era pacífico na doutrina que lei posterior revoga lei anterior que disciplina a mesma matéria.

Por sua vez, outros doutrinadores defendiam que o Estatuto da Cidade era lei especifica, enquanto o Código Civil, lei geral, devendo prevalecer o Estatuto da Cidade como norma disciplinadora do direito de superfície.

O fato é que o direito de superfície era regulado pelas duas legislações e, o Código Civil não previa a possibilidade sequer do uso por tempo indeterminado da superfície do imóvel. Nesse sentido, o Estatuto da Cidade, apesar de mais amplo, para a esmagadora maioria da doutrina não prevalecia frente ao Código Civil.

A Medida Provisória nº 759/2016 e posteriormente a Lei nº 13.465/17, além de regular especificamente a matéria, desvinculou completamente o direito real de laje com o direito de superfície (vinculação estabelecida anteriormente pelo Estatuto da Cidade). Sendo, assim, um grande avanço na matéria.

PREVISÃO LEGAL ESTRANGEIRA DO DIREITO DE LAJE

O direito da laje é previsto em alguns ordenamentos estrangeiros, entre eles, no direito português, suíço e francês.

No contexto do direito de superfície algumas legislações estrangeiras desenvolveram o conceito de direito de sobrelevação, como por exemplo, na Suíça, Itália e Portugal. Tal instituto prevê o direito de construir sobre edifício alheio, apresentando hibridismo entre a superfície e a propriedade horizontal. Alguns países, inclusive, contemplam a chamada reserva do espaço aéreo, para construção *a posteriori*.

Destaque-se que a construção *a posteriori* não foi contemplada pela Medida Provisória nº 759/2016 ou pela Lei nº 13.465/17. Isto porque, a legislação brasileira exige que haja uma construção base, é uma espécie de omissão legislativa relevante, na medida que é comum em comunidades carentes que o proprietário do terreno, sem verbas para construção da própria residência, comercialize o espaço aéreo do solo (terreno) de sua propriedade e, com o dinheiro da transação, edifique a residência base para posterior entrega da laje ao proprietário adquirente.

RAZÕES HISTÓRICAS PARA O SURGIMENTO DO DIREITO DE LAJE NO BRASIL

A questão suscitada remete ao direito do homem e a sua satisfação pessoal enquanto ser social. É importante mencionar que em condições existenciais normais, dificilmente um indivíduo optaria por um estilo de moradia irregular e desconfortável, entretanto, o instinto de sobrevivência sempre fez do homem um ser criativo e prático.

A laje começa a surgir no Brasil após a libertação dos escravos,estes sem moradia e fora do mercado de trabalho amontoaram-se no Rio de Janeiro, ao redor dos morros, criando os chamados cortiços. Com o decorrer das décadas, os cortiços foram se enfraquecendo e novos grupos de desprivilegiados foram chegando ao Rio de Janeiro, no eclodir dos séculos XIX e XX, que impulsionados pela Revolta de Canudos e o êxodo rural, ajudaram no surgimento das primeiras favelas do estado do Rio de Janeiro.

Diante da omissão estatal e da falta de políticas urbanísticas capazes de orientar o crescimento populacional das favelas, a estrutura organizacional das casas foi se transformando de acordo com a imaginação dos moradores, sem qualquer infraestrutura nem estudo do terreno edificado.

Com a chegada do século XXI e a necessidade gritante de moradia - direito inerente ao homem - as primeiras lajes começam a eclodir e a sua comercialização a virar instrumento "legal" dentro das favelas, sendo seus conflitos resolvidos entre os líderes comunitários.

Paralelamente à realidade do estado do Rio de Janeiro, os demais estados do Brasil também não tinham efetivado o direito de moradia para seus milhões de cidadãos, dando margem à criação dos bairros periféricos. Estes bairros, também carentes de organização urbanística, favoreceram a consolidação da laje como forma de moradia dessas localidades.

Ressalta-se, por fim, que a existência da laje não é uma exclusividade brasileira, muito pelo contrário, países como Portugal, Suíça e França não só tem o direito real de laje na sua realidade social, como positivaram o tema antes mesmo do Brasil.

CONCLUSÃO

A regulamentação do direito real de laje foi um avanço. De fato, este tema dado às peculiaridades e importância social da matéria foi tardiamente tratado pelo poder legislativo. Todavia, a introdução da disciplina direito real de laje no ordenamento jurídico brasileiro, representa um marco e o tempo se encarregará de aperfeiçoar as incoerências porventura existentes.

Em 2011, na cidade do Salvador/BA, desenvolvi (a autora que subscreve este artigo) um trabalho de monografia com a tese "A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE LAJE E OS SEUS IMPACTOS SÓCIOS JURIDICOS" pela Universidade Católica do Salvador (antes mesmo da regulamentação pela Medida Provisória nº 759/2016 e da Lei nº 13.465/2017).

No Brasil, também em 2011, a Defensoria Pública de São Paulo desenvolveu uma tese institucional defendendo como lícita "a concessão do direito de construir sobre a sua propriedade superficiária". E, no Rio de Janeiro, equipe de professores doutorandos buscavam a regulamentação da matéria no poder legislativo.

Com efeito, a regulamentação do direito real de laje foi fruto da persistência daqueles que entendem a realidade social brasileira e atuaram em união de esforços para debater, divulgar e regularizar a matéria, com o intuito de reparar a injustiça social decorrente da insegurança do negócio jurídico mais antigo da sociedade (a venda de laje).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.257/2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Presidência da República, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 25 abr. 2016.

BRASIL. **Medida Provisória nº 759/2016**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

CORREA FRANCO, Cláudia. **Direito de laje**: o direito na vida e a vida no direito. Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi. Brasília: Conpedi, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/05_773.pdf.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**, ed. Saraiva , 6 edição. 2009

PINTO CARVALHO, Victor. **Direito Urbanístico**: Plano Diretor e Direito de Propriedade, Revista dos Tribunais, 2010 (2ª ed.), 320 pág.

PORTILHO MATTOS, Liana. **A Efetividade da Função Social da Propriedade Urbana à Luz do Estatuto da Cidade**. Temas & Ideias Editora: Rio de Janeiro, 2003.

PORTILHO MATTOS, Liana. **Nova Ordem Jurídico-Urbanística**: Função Social Da Propriedade Na Pratica Dos Tribunais. ed. Lúmen Júris, Rj.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico**. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. ed. Ano 1997.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Direito Urbanístico Vias Jurídicas das Políticas Urbanas,** 2007, 407 p.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**. Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, 544 p.

SOARES GONCALVES .Rafael. **Favelas do Rio de Janeiro**: História e direito. Editora Pallas Editora.

SOTO, Hernando. **Mistério Do Capital**, O Por Que O Capitalismo Dá Certo Nos Países Desenvolvidos, ed. Record http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/05_773.pdf. Acesso em: 04 mai. 2020.

TAVARES DIAS HENRIQUE Luís. **História da Bahia**. 12ª ed., editora Unesp, ano 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA: TUTELA JURÍDICA NOS CRIMES DE RACISMO E INJÚRIA RACIAL

PUBLIC DEFENSE: LEGAL TUTLE ON RACISM AND RACIAL INJURY CRIMES

Tarcizio Cleso Neres Nunes Júnior[1]

Samylla Ellen de Souza Araújo[2]

RESUMO: A ideia matriz deste artigo é discorrer sobre a tutela jurídica da Defensoria Pública nos crimes de racismo e injúria racial, uma vez que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado e está incumbida da promoção dos direitos humanos, da orientação jurídica e da defesa integral e gratuita, em todos os graus do Poder Judiciário, dos necessitados, nos termos do artigo 134, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 (CRFB/88). O método utilizado no presente artigo foi o dedutivo, uma vez que partindo de premissas gerais, conseguiu-se perceber a função indispensável da Defensoria Pública como uma função social à justiça. A metodologia empregada no artigo foi a bibliográfica, onde por meio de levantamento doutrinário, legislação, artigos, sites e revistas foram encontrados materiais científicos que comprovam a veracidade da problemática em tela, logo, a fundamental importância do órgão para o combate aos crimes de racismo e injúria racial.

Palavras-Chave: Defensoria Pública. Racismo. Injúria Racial. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: *The main idea of this article is to discuss about the legal defense of the Public Defender's Office in the crimes of racism and racial injury, once, the Public Defender, essential institution to State's jurisdictional function, which is responsible for promoting human rights, legal advice and the full and free defense in all Judiciary's degrees, for*

1 Advogado. Pós- graduando (lato sensu) em Direito e Processo Constitucional, pós-graduando (lato sensu) em Educação, Sociedade e Violência pela Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS. Compõe o Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, Violência, Estado e Sociedade da UNITINS.

2 Advogada. Pós-graduanda (lato sensu) em Direito Público com ênfase em Administrativo, Constitucional e Tributário pelo Instituto Tocantinense de Educação Superior e Pesquisa - ITOP. Militante na área de Direitos Humanos.

the needy, in accordance with Article 134, caput, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil/1988 (CRFB/88). The method used in the present article was deductive, by the general initial points it was possible to realize the undisposable function of the Public Defender as a social function to justice. The methodology applied on the article was bibliographic, where trhough douctrinary, legislation, raising, articles, sites and magazines were found scientifical material that comprove the veracity of the current issue, therefore, the fundamental importance of the organ for combating the crimes of racism and racial injury.

KEYWORDS: *Public Defense. Racism. Racial Injury. Fundamental rights.*

1. INTRODUÇÃO

No intuito de equacionar o acesso ao judiciário e a obtenção das prestações jurisdicionais a todos os indivíduos, independentemente da (in)capacidade econômica que os distingue, a Constituição Federal previu a criação, instalação e funcionamento da Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita aos necessitados, sendo um órgão independente.

A Defensoria Pública foi concebida como uma instituição imprescindível para a plena atuação do Estado, como pacificadora dos conflitos inerentes às pessoas hipossuficientes (econômica, jurídica, organizacional e circunstancial), igualando valores e melhor atuação da justiça.

Através da Defensoria Pública, dá-se a aproximação à sociedade civil do Poder Judiciário, tornando o acesso à justiça viável. Nesse sentido, Silvio Roberto Mello Moraes complementa esse dito, sob a tese de que a Defensoria Pública tem seu papel vocacionado na defesa dos menos favorecidos. Segundo ele, seu papel transformador reduz o domínio que se exerce sobre os desinformados e despreparados que constituem a maior parte da população.

Através da Constituição de 1988, passou-se a prever o dever do Estado de prestar assistência jurídica aos necessitados, o qual é exercitado, como *múnus* público, em caráter de exclusividade pela Defensoria Pública.

Para Câmara (2004), ao assegurar a assistência jurídica integral e gratuita, a Constituição Federal insere-a na categoria das garantias fundamentais, proporcionando a eficaz defesa da cidadania.

Uma das formas mais importantes para se alcançar a inclusão social é o pleno acesso à justiça, direito fundamental, alçado à proteção das cláusulas pétreas pelo legislador constituinte.

Em sua incumbência de materialização do direito fundamental da assistência jurídica integral e gratuita, a Defensoria Pública, não é, apenas, uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, mas também é um instrumento do regime democrático.

Está não só incumbida apenas da defesa jurídica, nos diversos níveis do Poder Judiciário, dos vulneráveis, como, também, exerce o dever de ser guardiã dos direitos humanos fundamentais, elencados nos incisos do artigo 5º da CF/88 e em diversos tratados de direitos humanos em que a República brasileira é signatária, bem como combater todo e qualquer tipo de preconceito quanto a origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 CARACTERIZAÇÃO DA INSTITUIÇÃO

A Defensoria Pública foi e sempre será sinônimo de luta. O crescimento da instituição deu-se (e continua) de forma gradual e combativa por seus membros.

Se caracteriza, à maneira que garante o acesso à justiça às pessoas que não dispõem de recursos para arcar com serviços advocatícios, por conta dos honorários por eles cobrados. O seu papel é essencial à democratização da justiça e inerente à função jurisdicional do Estado e à promoção dos direitos humanos, a fim de que o exercício da cidadania esteja acessível às pessoas que buscam orientação, apoio e auxílio junto ao Estado.

Conforme refere Bissochi (2009):

> Na realidade, o papel da Defensoria Pública vai muito além do que se percebe da interpretação literal dos dispositivos constitucionais. A Defensoria Pública é, por vocação constitucional, instituição que se presta a buscar a realização da dignidade da pessoa humana e de grande parte dos demais

> que lhe são correlatos**.** É pacífico que o "não exercício" dos direitos fundamentais deve-se, em grande parte, à carência financeira da população brasileira. Fragilidade econômica que leva ao analfabetismo, a condições precárias de saúde, ao subemprego, à violência, à falta de moradia, à marginalidade social e especialmente à total e completa alienação quanto a seus próprios direitos, que culmina, inevitavelmente na ausência de dignidade. [....] Se a hipossuficiência é um dos maiores, se não o maior problema da sociedade brasileira, representando um grande entrave à eficácia social dos direitos fundamentais e a Defensoria Pública foi criada especialmente para garantir integralmente os direitos desta parcela da população, impossível não concluir pela essencialidade desta instituição à realização da **cidadania** plena (p. 81-83).

Godoy e Costa (2015) afirmam que:

> [...] o que distingue a Defensoria Pública das demais instituições e funções essenciais ao sistema de justiça é justamente sua missão junto aos necessitados, aos quais deve assistir juridicamente, postulando ou orientando de forma integral e gratuita, individual ou coletivamente, em todos os graus, no âmbito judicial ou extrajudicial, ao mesmo tempo em que exerce a promoção dos direitos humanos, na condição de expressão fundamental do regime democrático (p. 13).

Nesse seguimento, para Godoy e Costa (2015) a Defensoria Pública é um instrumento de concretude e de efetividade dos princípios e objetivos constitucionais, conforme:

> [...] tem por fundamentos a dignidade humana e a cidadania (CF, art. 1º, incs. III e II), com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, a partir da redução das desigualdades sociais e regionais; bem como à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, incs. I, II, III e IV) [...] (p. 14).

A Defensoria Pública orienta os necessitados na busca e concretização de seus direitos, como forma de assegurar o efetivo acesso dos cidadãos carentes de recursos à obtenção da tutela jurisdicional. Nessa continuidade, afirma Souza (2003):

> A Defensoria Pública é um órgão público criado pela Constituição Federal de 1988, que garante às pessoas carentes o acesso à justiça. Por ser do Estado a obrigação precípua de prestar a assistência jurídica integral e gratuita, forçoso se fez reconhecer uma instituição autônoma e independente que pudesse prestar fielmente esse serviço público. A Defensoria Pública é, então, o órgão garantidor maior da prestação de assistência, como veiculador da igualdade entre os indivíduos (p. 94).

A Defensoria Pública é a mais jovem das instituições jurídicas e foi criada, no Brasil, pela Constituição da República de 1988, conforme o artigo 134 e parágrafos:

> A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.
>
> **§ 1º** Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.
>
> **§ 2º** Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa, e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.
>
> **§ 3º** Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.
>
> **§ 4º** São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

A Defensoria Pública é relacionada a figura do *ombudsman*, como uma instituição independente, com escopo de proteger a população, sobretudo daquelas marginalizadas, individual ou coletivamente, no meio judicial ou extrajudicial, contra as ações abusivas e arbitrárias do Estado, buscando prevenir e remediar quaisquer atos que violarem seus direitos e garantias fundamentais conforme *é* trabalhada pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH):*"El Ombudsman es una institución que protege a las personas contra los abusos o actos arbitrarios de la administración pública, que pueden afectar sus derechos y garantías fundamentales."*

Desta maneira, como instituição permanente e essencial à justiça, visa garantir a assistência jurídica aos necessitados, tutela os direitos e interesses difusos, além de ser responsável pela conscientização das pessoas sobre seus direitos e deveres.

2.2. DEFENSORIA PÚBLICA COMO GUARDIÃ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Bulos (2010), os Direitos Fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Os direitos fundamentais têm por destinatários todas as pessoas indistintamente, pois são necessários à promoção da dignidade humana. Por isso, muito embora o *caput* do art. 5º, da CRFB/88 indique que a titularidade dos direitos e garantias fundamentais pertence aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que mesmo o estrangeiro sem domicílio no Brasil tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação da dignidade, julgado abaixo:

> "'HABEAS CORPUS' (...) **ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS** - PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA (...). O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E A OBSERVÂNCIA, PELO

> PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS". HC 94.016/SP, 2ª TURMA, RELATOR MINISTRO CELSO DE MELLO, DJE DE 16.09.2008 (GRIFO NOSSO).

São direitos e garantias do ser humano institucionalizado, refletindo seus efeitos sobre todas as áreas da vida societária, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Nas palavras de Bonavides (2004), relembrando Konrad Hesse "Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana" é o que almejam os direitos fundamentais.

Embora os direitos fundamentais estejam positivados no ordenamento jurídico brasileiro, é sabido que estes são em massa diuturnamente violados, muitas vezes por falta de informação da classe segregada quanto ao seu direito de acesso à justiça por meio dos serviços prestados pelas Defensorias Públicas.

Robert e Seguin (2000), aduzem:

> Na luta pela defesa do Homem algumas Instituições são representativas do patamar de desenvolvimento alcançado. Entre essas, a Defensoria Pública exsurge como um marco da possibilidade de ser garantido ao pobre o Acesso à Justiça e à busca por uma prestação jurisdicional isonômica. O princípio da igualdade entre as partes é densificado pela atuação institucional, fazendo com que uma pessoa não dependa de sua fortuna para ter seus direitos reconhecidos e que se deixe de fazer Justiça em virtude da pobreza do titular do direito (p. 8).

Se, conforme Rosa (2001) que exclamou: "para os pobres, os lugares são mais longes", cabe à Defensoria Pública fazer com que esse caminho se torne mais curto, ou levá-los a um lugar onde haja eficácia e solução para a violação desses direitos.

Ao Estado compete zelar pela dignidade dos cidadãos e inserir políticas públicas que tenham o intuito de reduzir a pobreza e desigualdades.

Nessa perspectiva, Cappelletti e Garth (1998) registram que:

> De fato, o direito ao acesso efetivo 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 a 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.

A Constituição Federal de 1988 expressa no art. 3º, inciso IV, que "Consistem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", e não obstante, no art. 5º, inciso XLI, reforça dizendo que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

O acesso à Defensoria Pública garante o resgate da dignidade das pessoas. Aos Defensores Públicos está incumbida a missão de reverter a mísera equação da exclusão e da desigualdade social e preconceitos, aferindo voz àquelas que de acordo com a história foram alijadas do bônus do desenvolvimento e crescimento do país e contribuindo para a emancipação social da população brasileira. A Defensoria Pública é indispensável para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

2.3. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM CARÁTER PREVENTIVO

Não raras as vezes, nos deparamos com situações de desigualdades em diversos segmentos sociais, como os voltados nas áreas de educação e saúde, os quais são mais afetados diretamente pela falta de gestão da administração pública, pois, em que pese haver leis que diminuam as desigualdades, ainda assim, essas não são atendidas ou postas em prática, comprometendo o bom funcionamento das atividades das referidas áreas.

Os problemas vêm de diversas maneiras, na saúde faltam leitos, medicamentos e o mínimo de estrutura física para fornecer aos detentores do direito, o necessário para o restabelecimento da sua saúde e dignidade, e na educação carece de estrutura, e aqui não mencionamos só a física, que lamentavelmente necessita de reparos, mas alargamos a problemática para a ausência de investimentos e profissionais capacitados para gerir esse direito que, sem dúvidas, é um dos mais importantes de todos já codificados.

Com o fito de impedir que esses setores sofram cada vez mais com a má distribuição de recursos e comprometimento da administração pública, a Defensoria Pública exerce trabalho preventivo no combate à violação de tais direitos, seja na

fiscalização de gerência dessas determinadas áreas, ou, na cobrança frente ao poder público para a destinação de recursos necessários para o fornecimento do mínimo existencial a todos os detentores dessa relação.

Silva (2015) reforça dizendo:

> Medidas tendentes à repressão da violação dos direitos humanos perante o sistema interno e internacional, a conscientização da população por meio de práticas educacionais, especialmente nas comunidades mais carentes, a participação e assento nos conselhos públicos e a própria sugestão de mudanças normativas são exemplos do papel de fiscalização da Defensoria Pública.

Percebe-se que o papel de fiscalização exercido pelo órgão em nada atinge a competência do Ministério Público, que atua como fiscal da lei. A instituição aqui mencionada zela pelo cumprimento de tais direitos, já que um dos seus fundamentos estão ancorados na primazia da dignidade da pessoa humana, bem como na redução das desigualdades sociais.

Nessa seguimento, Silva (2015) comenta:

> A Defensoria Pública tem maturidade suficiente para compartilhar e atuar conjuntamente com outras instituições na promoção adequada dos direitos humanos perante nosso país. É necessário apenas que os novos personagens que pretendem participar desse espaço de atuação tenham coerência e disposição para o exercício dessa defesa.

Assim como na saúde ou educação, a Defensoria tem um papel essencial na defesa dos direitos das pessoas menos favorecidas, o que inclui a defesa de vítimas de preconceito, racismo, assédio e qualquer tipo de violência, dentre outras formas de assistência jurídica, caso seja comprovada a hipossuficiência. Sendo que há, ainda, um longo caminho a percorrer na conscientização da população brasileira contra esses tipos de crime.

A prevenção quanto a esses crimes, se materializa quando há orientação jurídica, na promoção de direitos humanos, com atividades de conscientização, como palestras, debates, rodas de conversas, atos públicos, webinários, cine debates, conferências de igualdade racial, seminários, simpósios, dentre outras atividades.

O papel atuante em caráter preventivo da Defensoria Pública, tem gerado resultados significativos na sociedade, uma vez que quando existe um cumprimento dos direitos fundamentais, o resultado não abarca somente aquele necessitado primário da relação, mas beneficia a todos, alcançando positivamente o bem comum.

A esfera da prevenção, sem dúvidas, gera resultados satisfatórios, já que não espera o prejuízo acontecer para reparar o dano, mas, age antes que esse ocorra, evitando assim dores e prejuízos que muitas das vezes são irreversíveis e irreparáveis.

3. CARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES DE RACISMO E INJÚRIA RACIAL

3.1. RACISMO

Não raras as vezes, vê-se as palavras racismo e injúria racial sendo usadas como sinônimos. No entanto, existem diferenças significativas entre elas, o que será exposto a seguir.

Partindo do ponto de vista conceitual tem-se o racismo como sendo a prevalência de um grupo social a outro, fazendo com que haja uma tentativa de isolamento de uma determinada classe por questões ligadas à etnia ou cor.

Almeida (2018) conceitua o racismo como:

> [...] uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo social ao qual pertencem (p. 24).

Cumpre mencionar que, existem diversos tipos de racismo, entre eles destaca-se o mais comum, qual seja, o institucional, que ocorre dissimuladamente na sociedade.

O racismo institucional é caracterizado pelo isolamento de determinados grupos raciais, sendo dominante aquele que tem mais poder em detrimento de uma determinada classe.

Nesse sentido, Almeida (2018) aduz que:

> No caso do racismo institucional, o domínio se dá com estabelecimento de parâmetros discriminatórios baseados na raça que serve para manter a hegemonia do grupo racial no poder. Isso

> faz com que a cultura, a aparência e as práticas de poder de um determinado grupo tornem-se o horizonte civilizatório do conjunto da sociedade (p. 31).

O exemplo mais clássico do racismo institucional pode ser verificado nas instituições de ensino superior onde as cadeiras, em sua maioria são ocupadas por pessoas de classes sociais médias ou altas, bem como por pessoas de cor branca.

Isso ocorre devido à má distribuição de renda, que gera desigualdades sociais que interferem direta e negativamente na construção de uma sociedade justa e igualitária. Já que, a concorrência torna-se desleal, uma vez que, um grupo selecionado tem acesso ao ensino de qualidade, portanto, consegue sair à frente nos vestibulares, enquanto os grupos menos favorecidos, por não terem tido acesso ao ensino de qualidade do mesmo nível, acabam não conseguindo concorrer com as classes sociais médias ou altas.

Apesar da discussão quanto a raça e da necessidade de equiparação entre elas, ainda assim surge resistência de todos os lados, o que acaba por desvirtuar o foco principal, que é o respeito e a aceitação de todos como seres humanos.

Para Valter (2002):

> No Brasil, no entanto, existiu e existe uma tentativa de negar a importância da raça como fator gerador de desigualdades sociais por uma parcela significativa dos setores dominantes. Só muito recentemente vozes dissonantes têm chamado a atenção sobre a singularidade de nossas relações raciais (p. 223).

Pensando em diminuir o domínio de uma classe a outra, surgem as ações afirmativas, que são mecanismos utilizados para dar um equilíbrio aqueles menos favorecidos. Como exemplo dessas ações, podemos citar as cotas raciais, tema que levanta bastante polêmica desde a sua criação.

Importante mencionar que o sistema de cotas raciais é utilizado com o intuito de minimizar os impactos sociais sofridos pelas pessoas pretas (além de outros grupos vulneráveis) que foram escravizadas no passado e que ainda sofrem com as consequências da escravização na contemporaneidade.

Nota-se que a utilização dessa espécie de ação gera efeitos positivos na sociedade e faz com que se concretize o princípio da igualdade (formal e material) elencado na Constituição Federal de 1988.

3.2. INJÚRIA RACIAL

Após abordagem conceitual sobre o racismo, passa-se a esclarecer a concepção do termo injúria racial, prevista no Código Penal brasileiro, especificamente no artigo 140, parágrafo 3º, aduz o seguinte:

> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
>
> **§ 3º** Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003).

Para facilitar a compreensão da diferença entre os termos, tem-se a injúria racial como algo mais subjetivo, que tem por objetivo atingir a honra do injuriado, o que difere do racismo, já que nesse por sua vez, a ofensa atinge toda uma classe.

Coelho (2014) conceitua injúria racial como "espécie da injúria preconceituosa, quando o autor do crime, fundado na raça, cor ou etnia, ofende a honra subjetiva da vítima."

Percebe-se que a diferença principal entre injúria racial e racismo permeia sobre o bem jurídico a quem o ordenamento jurídico brasileiro tutela, na primeira busca-se proteger a honra, a individualidade do indivíduo, a sua esfera íntima, a segunda, por sua vez, busca amparar a igualdade entre as classes.

4. TUTELA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS CRIMES DE RACISMO E INJÚRIA RACIAL

Após a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ONU, 1965), o Brasil a aderiu, em 1969 e firmou o compromisso de repudiar os preconceitos de raça. Tal comprometimento está exposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que expressa no art. 3º, IV, como objetivo fundamental da República "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", fixando no art. 5º, XLII que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

Por mais que as instituições públicas tenham se empenhado nos movimentos sociais pela igualdade racial, o racismo, a discriminação e a intolerância racial

continuam sendo uma realidade cruel no cotidiano de muitos seres humanos, causando sofrimentos, opressões, desvantagens e muitas vezes violências que precisam ser combatidas.

A Lei nº 12.288/2010 - Estatuto da Igualdade Racial (art. 1º, inciso I), caracteriza a discriminação racial ou étnica racial como:

> Toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada.

Não obstante, em seu art. 2º, determina que é dever do Estado e da sociedade garantir, independentemente da cor da pele ou da etnia, a igualdade de oportunidades nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais.

A lei em comento fixa como diretriz político-jurídica do Estado, a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira (art.3º), assegurando às vítimas de discriminação étnica, o acesso a Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário para garantia do cumprimento de seus direitos (art. 52). Enquanto crime, o racismo está previsto na Lei nº 7.716/89, considerada um marco na garantia de direitos fundamentais da população negra, população mais afetada pelo racismo.

Esta lei define os crimes resultantes de preconceito de raça, de cor, de descendência ou origem nacional ou étnica, listando uma série de condutas passíveis de punição, tais como: impedir, obstar ou realizar tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, seja em cargo ou emprego público ou em empresa privada; recusar ou impedir o acesso em estabelecimentos comerciais, tais como hotéis, pousadas, restaurantes, bares ou locais semelhantes abertos ao público; estabelecimentos esportivos, casas de diversões ou clubes sociais, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador; recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau; impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos.

A Defensoria Pública como guardiã dos direitos humanos, tem atuado de forma incisiva no enfrentamento dos crimes de racismo e injúria racial, seja na atuação preventiva,

participação de conselhos e comitês definidores das políticas públicas protetivas e inclusivas, seja prestando assistência jurídica integral e gratuita a pessoas e grupos de pessoas que sofreram violação de seus direitos, ou ainda, na atuação coletiva em defesa da igualdade de todos perante a lei e na educação em direitos para empoderamento dessa população vulnerável.

Quando uma pessoa é vítima de algum dos crimes em análise (racismo e injúria racial), a Defensoria Pública pode atuar nas seguintes vias: na busca pela reparação do dano moral sofrido e pela punição criminal do agressor. Na esfera civil, cabe à Defensoria ajuizar ações indenizatórias para que seja compensado, por meio do pagamento de uma indenização, o dano moral gerado por comportamento ilegal. Já no aspecto criminal, é função do Ministério Público oferecer a denúncia contra o agressor, após uma investigação mínima dos fatos. Em que pese a atuação do *Parquet*, a Defensoria Pública pode prestar esclarecimentos e auxiliar a vítima no acompanhamento do processo criminal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, embora os crimes de racismo e de injúria racial sejam utilizados muitas vezes como sinônimos, há diferenças entre os mesmos, sendo a injúria racial como algo mais subjetivo, que tem por objetivo atingir a honra do injuriado e no racismo, a ofensa atinge toda uma classe.

A discriminação e a desigualdade social são elementos estruturantes de nossa sociedade, por isso o Estado brasileiro tem o dever de promover a participação da população negra em condição de igualdade e oportunidade na vida econômica, política, cultural e social do nosso país, com a adoção de medidas, programas e políticas de ações afirmativas para assegurar o progresso adequado da população negra ao gozo e ao exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais.

Como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a Defensoria Pública atua ativamente no combate aos crimes de racismo e injúria racial através de seus núcleos especializados, participação em conselhos relacionados ao tema, assistência jurídica integral e gratuita a pessoas e grupos que sofrem diariamente com o tolhimento de seus direitos ou ainda, na atuação coletiva em defesa da igualdade de todos perante a lei e na educação em direitos para empoderamento dessa população vulnerável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio. **O que é Racismo Estrutural?**, Belo Horizonte/MG, letramento, 2018.

BISSOCHI, Barbara Silveira. **A Defensoria Pública como Instrumento Essencial à Cidadania Substancial.** *In.: VIII* Congresso Nacional dos Defensores Públicos. Livro de teses e práticas exitosas: passaporte essencial à cidadania. Porto Alegre, 2009, p. 81-83.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 560.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**,Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm> Acesso em: 03 nov. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 2. ed.São Paulo: Saraiva, 2010, p 287.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1. p. 35.

CAPPELLETTI, Mauro e GHARTH, Bryant. **Acesso a Justiça**. Tradução EllenGracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

COELHO Thaís. **Racismo e Injúria Racial no Ordenamento Jurídico Brasileiro**, Uberlândia/MG, 2014.

Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html> Acesso em: 03 nov. 2019.

COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin de. **A Defensoria Pública e as Famílias: Manual de Orientação para Atuação em Questões de Família, sob uma perspectiva Defensorial**. Belo Horizonte: São Jerônimo, 2015.

Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm > Acesso em: 03 nov. 2019.

GOMES, Marcos Vinicius Manso Lopes. **A função ombudsman da Defensoria Pública na cracolândia**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jun-06/tribuna-defensoria-funcao-ombudsman-defensoria-publica-cracolandia#author. Acesso em: 11 mai. 2021.

La figura de *Ombudsman.* Guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/22612.pdf. Acesso em: 11 mai. 2021.

ROBERT, Cinthia Robert e SEGUIN, Elida. **Direitos Humanos, Acesso à Justiça: Um Olhar da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 8.

ROSA, João Guimarães. **Primeiras Estórias**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, p. 63.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **A promoção dos direitos humanos como função moderna da Defensoria**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-27/tribuna-defensoria-promocao-direitos-humanos-funcao-moderna-defensoria> Acesso em: 19 mar. 2019.

SOUZA, S. C. B. **Assistência jurídica integral e gratuita**. São Paulo: Método, 2003.

VALTER, Roberto. **Ação Afirmativa e o Combate ao Racismo Institucional no Brasil**, São Carlos/SP, 2002.

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA E A POLÍTICA DE VIDA PARA A POPULAÇÃO NEGRA: UMA ATUAÇÃO POSSÍVEL E URGENTE

Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo[1]

Walkyria Chagas da Silva Santos[2]

Resumo: O presente artigo visa apresentar discussões sobre a desumanização dos corpos negros, corpos marginais, entrelaçado com diálogos sobre direitos humanos em pretuguês, em busca da evidenciação da importância da atuação da Defensoria Pública do Estado da Bahia para a construção de uma política de vida para a população negra. O texto traz como principal chave de leitura a raça, que vai influenciar em quem pode morrer e viver no Brasil. Para o desenvolvimento das ideias será utilizado o método de revisão de literatura entrelaçado com dados estáticos.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Direitos Humanos. Igualdade Racial. Política de vida.

Resumen: *El presente artículo tiene como objetivo presentar discusiones sobre la deshumanización de cuerpos negros, cuerpos marginales, entrelazados con diálogos sobre derechos humanos en portugués, en busca de evidencia de la importancia del trabajo de la Defensoría Pública del Estado de Bahía para la construcción de un política de vida para la población negra. El texto trae como clave principal para la lectura de la carrera, lo que influirá en quién puede morir y vivir en Brasil. Para el desarrollo de ideas se utilizará el método de revisión de literatura entrelazado con datos estáticos.*

Palabras clave: *Defensor Público. Derechos Humanos. Igualdad Racial. Póliza de vida.*

INTRODUÇÃO

Refletir sobre a trajetória de exclusão da população negra e, concomitantemente, o processo de afirmação histórica dos direitos humanos[3] torna-se fundamental para se pensar caminhos de construção de uma política de vida

1 Coordenadora Executiva | Projeto Infância e Trabalho: Novas Alternativas de Atuação

2 Doutoranda em Estado e Sociedade na UFSB

3 Falamos a partir de uma perspectiva não universalista, pois essa expressa uma categoria de normalização humana instaurada pela modernidade, que assegura a proteção dos ideais do colonizador/homem branco em detrimento do silenciamento da história, epistemologias das populações subalternas, gerando a hierarquização dos saberes, das cosmovisões e dos seres humanos.

em meio a uma realidade ainda desigual e injusta no país (ARAÚJO E CHAGAS, 2019). Ao revisitar a história e memória do percurso que a população negra tem feito em busca de direitos no país, podemos considerar que a vida, maior bem jurídico tutelado em nosso ordenamento jurídico, ainda continua sendo para esse grupo, um direito fundamental básico a ser alcançado, assim como o direito à moradia, educação e saúde. Mesmo alcançando o status de sujeitos de direitos formal, a população negra ainda passa por um processo de desumanização, que é resultado do período colonial, e se perpetua através da colonialidade[4], sendo o direito um dos instrumentos de exclusão desse grupo social, a partir da seletividade racial (SILVA e PIRES, 2015).

Para garantir a vida torna-se necessário transpor o positivismo jurídico, problematizando os aspectos biopolíticos, culturais e sociais que envolvem quem vive e como vivem os grupos sociais no país. Para diminuir as desigualdades de acesso à justiça, a Constituição Federal de 1988 passa a reconhecer a Defensoria Pública como órgão essencial à justiça e também como promotora dos direitos humanos (ANADEP, 2015).

Para se pensar os direitos humanos em uma perspectiva crítica é preciso aproximar-se dos grupos sociais e das suas reais lutas por direitos, por isso, as autoras trabalham com os conceitos de tanatopolítica e necropolítica, entendidos como categorias analíticas fundamentais para o estudo das normas legais no país.

As discussões das autoras acontecem a partir das teses de dois filósofos, o italiano Roberto Esposito (2017), que a partir do nazismo estuda o uso de um dispositivo tanatológico, que contraditoriamente busca o cuidado da vida através da proliferação da morte; e o conceito de necropolítica, do camaronês Achille Mbembe, que apresenta a política de morte sustentada na dimensão da racialização, na subalternidade reservada aos negros, no poder de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Para fugir do lugar da morte encomendada, a construção de políticas de vida são fundamentais para que se concretize o direito à vida no país (ARAÚJO e CHAGAS, 2019)[5].

4 Fala-se dos processos de desumanização negam as populações minoritárias direitos humanos e fundamentais

5 Ver ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de; SANTOS, Walkyria Chagas da Silva. Constituição de 1988 e juventude negra: para a desconstrução de um dispositivo tanatológico. In: FILPO, Klever; MIRANDA, Maria Geralda; SILVA, Rogerio Borba da; PEREIRA, Thiago Rodrigues (Org.). Direitos humanos e fundamentais em perspectiva. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019.

Em busca da continuidade do tema, o primeiro capítulo aborda a racionalidade jurídica e o processo de construção do corpo marginal, com um olhar para o estado da Bahia, e para as políticas de segurança pública que se fortaleceram no período de transição do escravismo para a mão de obra livre no Brasil.

Na sequência, no segundo capítulo, a centralidade é a discussão sobre os direitos humanos em pretuguês, ou seja, traz referências que dialogam sobre a busca pela garantia da humanidade da população negra e da desconstrução do corpo marginal. E em ato contínuo, no terceiro capítulo é abordada a importância da atuação da Defensoria Pública no estado da Bahia para a promoção da igualdade racial, da política de vida para a população negra. E nas considerações finais são apresentados possíveis caminhos para a implementação da política de vida.

1. RACIONALIDADE JURÍDICA E RESISTÊNCIAS NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO CORPO MARGINAL

As questões que discutimos até aqui remontam as influências da moderna cultura ocidental nos séculos XVII e XVIII, que ajudaram a construir as bases de nosso direito, pautadas no monismo, positivismo, racionalismo e tecnicismo jurídico, por exemplo. (WOLKMER, 2001). Constructos fundamentais para a dominação legal de uma classe dominante em determinado território (BOBBIO, 2007). A força legal dentro do nosso território serviu para manter as relações de poder de forma hierarquizada e com intuito de manter a exploração dos corpos negros (ARAÚJO, 2017). O caráter penalizador das leis para os grupos desprivilegiados é uma característica que marca os países da América Latina (PINHEIRO, 2000, PEDROSO, 2006).

Na América Latina de forma geral, sem que haja um paralelo com a ficção jurídica do contrato social moderno, o que se vê é a quebra de uma estrutura social indígena e a instauração pela força de um novo modelo de poder pautado na reorganização da sociedade entre dominadores e dominados (CLASTRES, 1978). Assim, toda a criação jurídica no país passa a reproduzir relações sociais fundamentadas na hegemonia das oligarquias agroexportadoras internalizando nas leis o modo de ver do elitismo colonizador (WOLKMER, 2001).

Com o passar do tempo, a lei que antes reafirmava a desumanização do corpo negro de forma explícita, através do tráfico de escravizados, até 1831, vai ao longo do tempo sofrendo mudanças que paulatinamente vão fazendo cair as correntes físicas que prendiam os corpos, como a legislação que autorizava a alforria dos escravos (e a inclusão dos mesmos como formalmente cidadãos brasileiros na Constituição

de 1824), a Lei dos Sexagenários (1885), e a Lei do Ventre Livre (1871), até chegar a abolição da escravatura (1888), mas mesmo diante dessa abertura, o negro continuava devendo obediência, humildade e fidelidade aos poderosos (MATTOSO, 2003).

O liberto estava aparentemente livre, mas marginalizado social e economicamente, sendo agora perseguido pelas leis criminais, que surgiam com o intuito de manter seus corpos aprisionados. Logo, é no campo de produção das normas legais, no espaço social marcado pela luta de posições, pela busca de vários tipos de capitais e relações de poder, que a disputa pela imposição de uma visão de mundo se manifesta, e a instrumentalização do direito torna-se fundamental para a manutenção da violência contra os novos sujeitos de direitos, os libertos da escravização.

Por exemplo na Bahia, após a Revolta dos Malês, de 1835, o Poder Público adotou duras penas para escravizados que se revoltassem contra o *status quo*[6], além das leis que impediam que libertos tivessem acesso a bens[7] (MATTOS, 2008). A resistência à opressão sempre esteve ligada à luta pela vida da população negra no país, e mesmo sem tutela jurídica ainda permanece como forma de luta contra a opressão do Estado. Cada tentativa de sobrevivência contra a escravização, e após, contra o extermínio, foi sendo interpretada e interiorizada no ordenamento jurídico como crime, ajudando a construir a figura do homem marginal (MATTOS, 2008 e ARAÚJO, 2019).

A nova ordem jurídico-formal vai se reconfigurando no período de transição da escravidão para a libertação dos escravizados e uma problemática surge, pois aqueles que seriam libertos estariam diante de uma sociedade brasileira ávida pela nova noção de urbanidade, e o que seria feito com esses novos corpos livres? Na Bahia, por exemplo, a tentativa do Poder Legislativo foi de encaminhar os africados de volta para a África (MATTOS, 2008). O processo de higienização social então se inicia com intuito de se construir um novo mundo do trabalho, e que os escravizados foram excluídos.

Durante os tempos do Império, os grupos não privilegiados eram intensamente perseguidos pela polícia e rotulados como "marginais"[8]. Mesmo com a Constituição

6 Como a lei Imperial de 10 de junho de 1835 que estabelecia a pena de morte aos escravos por prática de ofensa ou ferimento contra senhores, administradores, respectivas mulheres e familiares (FENELON, 1973)

7 Na legislação baiana, a Lei nº 9, de 13 de maio de 1835, proibia os africanos de adquirirem bens de raiz e anulava os contratos que já haviam sido celebrados. A Assembleia Legislativa Provincial lutava para o estabelecimento de uma colônia na África para repatriar os africanos alforriados (MATTOS, 2008).

8 Na Bahia, a maior parte das prisões do ano de 1872 aconteceram por vadiagem, embriaguez, ofensas à moral pública e desordens sem ferimentos (MATTOS, 2008).

de 1824 reconhecendo como cidadãos, os indivíduos livres, ou seja, aqueles que se enquadram na categoria de "ingênuos" e "libertos", pode-se inferir que escravizados não eram considerados como sujeitos de direitos.

> Pode-se concluir que, se a própria Constituição imperial atribuía a condição de cidadãos apenas àqueles indivíduos que se apresentavam como ingênuos ou libertos, era porque esse diploma admitia, ao menos tacitamente, a possibilidade de que no território do Império, outros indivíduos não pudessem ser cidadãos por não possuírem este status libertatis, ou seja, porque eram escravos. A Constituição imperial não declarou explicitamente a existência da escravidão no território nacional, mas poderia se inferir que ela fazia parte da estrutura jurídica brasileira (CAMPELLO, 2018, p.57)

Mesmo os libertos sem cometer crimes, foram incluídos no rol de marginalidade como os vadios, os capoeiristas, os escravizados e os estrangeiros. A questão de segurança pública foi uma constante durante o período imperial na Bahia (MATTOS, 2008). No caminho para a libertação podemos citar também a Lei nº 581 de 4 de setembro de 1850, Lei Eusébio de Queiroz, que tinha por intuito, o encerramento de todas as atividades referentes ao tráfico de escravizados. O que chama atenção é que duas semanas após sua promulgação foi também promulgada a Lei de Terras, que na prática dificultou enormemente a possibilidade de negros libertos obterem a posse de terras a fim de subsistência.

Mesmo no período republicano, com a falta de políticas públicas reparadoras, o que se observou foi o estabelecimento de um estado de ordem que por sua vez incutia como desviantes todas as condutas fora da nova urbanidade. As condutas estavam relacionadas aos modos de vida de quem não se encaixava no mundo do trabalho assalariado e isso incluía milhares de indivíduos, que foram obrigados a viver na cidade em condições precárias (PEDROSO, 2006; ARAÚJO, GÓES e CHAGAS, 2019; ARAÚJO, SANTOS, *et al*., 2020).

O que se construiu no final do século XIX foi uma forma simbólica da lei (BOURDIEU, 2009) atrelada ao monopólio do uso da força pelo Estado, para estruturar um modelo de segurança pública que selecionava dentro do corpo social, a raça como elemento diferenciador do acesso aos direitos. Não se tratava apenas de um acesso formal aos direitos e no reconhecimento como sujeito de direitos impessoais e universais, mas sim da impossibilidade dessas garantias se efetivarem no espaço social, que agora não tem explicitamente uma estrutura escravocrata, mas a mantém em correntes simbólicas, impedindo a real libertação de um povo (ARAÚJO e CHAGAS, 2020).

O que reaviva a importância do tema são os exemplos de práticas autoritárias do Estado que adentram com os séculos XX e XXI, como a Revolta da Vacina (1904), a Ditadura Militar (1964-1985), os massacres do Carandiru (1992), Eldorado dos Carajás (1993), da Candelária (1993), do Vigário Geral (1993), massacre da Papuda (2000), chacina do Urso Branco (2002), chacina na Casa de Custódia em Benfica (2004), a chacina do Cabula (2015), chacina no Jacarezinho (2021), são alguns dos casos que revelam a face violenta do Estado contra um público racializado.

Até aqui temos discutido como a raça é um elemento fundamental para o estudos das normas legais no país, e como a construção de outros modos de vida se transformaram em normas sociais como forma de resistência a violência externalizada e simbólica que se reproduz no espaço social até os dias atuais[9]. As novas análises se debruçam sobre as questões de como a pandemia por covid-19 atinge as populações negras direta e indiretamente, pois mata mais pessoas negras[10] (que estão mais vulneráveis ao vírus e hospitalização), e de forma indireta pois a crise causa mais desemprego e pobreza entre negros e pardos (somada a questão de gênero)[11]. Enfrentamentos que hoje se manifestam através de diferentes instrumentos, não apenas jurídicos, mas também através de políticas públicas e sociais que possam a ajudar a estruturar um caminho de desconstrução desse corpo marginal, marcado pela morte, para a vida.

2. DIREITOS HUMANOS EM PRETUGUÊS E A DESCONSTRUÇÃO DO CORPO MARGINAL

Se analisarmos a partir da visão eurocentrada, T. H. Marshall (1967) afirma que o cenário europeu (particularmente o inglês), do século XVIII favoreceu o surgimento dos direitos civis, enquanto o século XIX consagrou os direitos políticos, e a primeira metade do século XX consolidou as reivindicações de direitos sociais e econômicos.

Cabe mencionar os questionamentos críticos que vêm sendo feitos por autores nacionais (Paulo Bonavides, Ingo W. Sarlet, Paulo de T. Brandão e Antonio Augusto Cançado Trindade) com relação ao uso técnico da expressão "gerações" de direitos, que induz o equívoco de um processo substitutivo, compartimentado e estanque. Adverte Cançado Trindade que "as compartimentalizações dos direitos", defendida pela "teoria das 'gerações' de direitos", não contribui para uma compreensão mais lúcida da trajetória do Direito Internacional dos Direitos Humanos (WOLKMER, 2013).

9 Ver ARAÚJO (2018); ARAÚJO (2019); ARAÚJO e WALKÝRIA (2019).

10 Disponível em: https://www.medicina.ufmg.br/negros-morrem-mais-pela-covid-19/ Acesso: 17 mai. 2021.

11 Disponível em: https://cebrap.org.br/wp-content/uploads/2021/02/Informativo-7-Desigualdades-raciais-e-de-ge%CC%82nero-no-mercado-de-trabalho-em-meio-a%CC%80-pandemia.pdf Acesso: 17 mai. 2021.

Substituem-se os termos "gerações", "eras" ou "fases" por "dimensões", porquanto esses direitos não são substituídos ou alterados de tempos em tempos, mas resultam num processo de fazer-se e de complementariedade permanente[12]. Os direitos humanos passam a ser entendidos como um processo de reinvenção humana através de um espaço de lutas entre as dialéticas do passado histórico e do presente (ARENDT, 1979).

A questão que se coloca é como os direitos humanos podem ser também utilizados como uma forma de dominação do ocidente contra o resto do mundo, quando desconsidera os múltiplos processos históricos e culturais de luta (SANTOS, 1997). Isso significa que não é possível que sejam desconsiderados os enfrentamentos que a população negra teve e tem para concretização dos seus diretos básicos, não há como esquecer a Revolução do Haiti e movimentos outros em prol de direitos que para essa população ainda não foram efetivados como a vida (PIRES, 2018).

Os enfrentamentos de que se fala estão no campo do direito à vida, que se olharmos a história clássica dos direitos humanos se encontra na primeira geração, mas para a população negra ainda é um direito não alcançado, em razão da incansável luta pela sobrevivência. Toda a falta de direitos básicos e acesso às melhores oportunidades de emprego e renda em razão das desigualdades por cor ou raça traduziu-se em maiores níveis de vulnerabilidade econômica e social[13]. A biopolítica é realizada pelo Estado através de seu poder político que mata ou deixa morrer grupos específicos da sociedade sob argumentos de limpeza e saúde do corpo social mais amplo (ARAÚJO e CHAGAS, 2019).

A violência letal é uma das principais expressões da desigualdade racial no país. De acordo com o Mapa da Violência (p.48, 2020), "enquanto os jovens negros figuram como as principais vítimas de homicídios do país e as taxas de mortes de negros apresentam forte crescimento ao longo dos anos, entre os brancos os índices de mortalidade são muito menores [...]". De acordo com o Relatório (p. 48, 2020):

> Apenas em 2018, para citar o exemplo mais recente, os negros (soma de pretos e pardos, segundo classificação do IBGE) representaram 75,7% das vítimas de homicídios, com uma taxa de homicídios por

12 Os direitos civis são clássicos de "primeira dimensão"; os direitos de "segunda geração" são São os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo; a terceira geração inclui os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade; a quarta dimensão agrega os "novos" direitos referentes à biotecnologia, a bioética e a regulação da engenharia genética; já na quinta dimensão são os "novos" direitos advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral.

13 Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/25844-desigualdades-sociais-por-cor-ou-raca.html?=&t=sobre Acesso: 14 mai. 2021.

> 100 mil habitantes de 37,8. Comparativamente, entre os não negros (soma de brancos, amarelos e indígenas) a taxa foi de 13,9, o que significa que, para cada indivíduo não negro morto em 2018, 2,7 negros foram mortos.

De acordo com o 13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, nas mortes por intervenções policiais 75,4% das vítimas são negras[14]. Além da política de morte em curso, os dados da população carcerária no país também revelam seletividade racial. De acordo com o Mapa do Encarceramento[15] - Dados do Sistema Integrado de Informação Penitenciária (InfoPen):

> [...] os jovens representam 54,8% da população carcerária brasileira. Em relação aos dados sobre cor/raça verifica-se que, em todo o período analisado (2005 a 2012), existiram mais negros presos no Brasil do que brancos. Em números absolutos: em 2005 havia 92.052 negros presos e 62.569 brancos, ou seja, considerando-se a parcela da população carcerária para a qual havia informação sobre cor disponível, 58,4% era negra. Já em 2012 havia 292.242 negros presos e 175.536 brancos, ou seja, 60,8% da população prisional era negra. Constata-se, assim, que quanto mais cresce a população prisional no país, mais cresce o número de negros encarcerados.

Em 2017, dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) registraram que cerca de 63,7% da população carcerária brasileira é formada por negros[16].

Já a Nota Técnica do IPEA – Indicadores Multidimensionais de Educação e Homicídios nos Territórios Focalizados pelo Pacto Nacional pela Redução de Homicídios – 2016 (IPEA, 2016)[17] aponta bem para a origem transversal do problema da delinquência e criminalidade que exige uma ação conjunta e intersetorial das áreas de saúde, educação, habitação, esporte, mercado de trabalho, entre outros. O fenômeno da criminalidade estaria associado a muitas portas fechadas que a criança e adolescente encontram na família, no convívio social, na escola e no mercado de trabalho, a única porta aberta seria o mercado do crime, um universo de retornos financeiros e simbólicos. É esse caminho que crianças e adolescentes encontram nas periferias da cidade, um espaço marcado por múltiplas violências e com a carência de uma segurança pública cidadã (ARAÚJO, 2017).

14 Disponível: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf Acesso: 14 mai. 2021.

15 Disponível: https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/89 Acesso: 14 mai. 2021.

16 Disponível: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf Acesso: 14 mai. 2021.

17 Disponível: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27714 Acesso em: 10 nov. 2019.

O estado da Bahia apresenta alta vulnerabilidade no que tange a violência e desigualdade racial para a sua juventude, relacionando as dimensões de violência entre os jovens, frequência à escola e situação de emprego, pobreza no município e desigualdade[18]. Em relação à Bahia, de acordo com o Núcleo de Estudos de Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o estado aparece em 3º lugar com a maior quantidade de pessoas mortas pela polícia, e em 4º lugar em relação ao número de policiais assassinados no primeiro semestre de 2019, e em 2020 foi o estado com maior quantidade de crimes violentos letais intencionais, a maioria relacionada ao tráfico de drogas[19].

A relação do corpo negro com a violência física e, em última instância com a morte, é a realidade que mães e familiares enfrentam principalmente em bairros periféricos (ARAÚJO, SILVA, QUIRINO, et. al, 2019). É o enfrentamento do Estado (ou a sua ausência) que revelam a sua marca biopolítica para a morte, o fazer morrer ou deixar morrer tem sido uma sólida estratégia de apagamento das diferenças e eliminação de um corpo que não é considerado de forma efetiva como sujeito de direitos, mas sim em sua dimensão formal (ARAÚJO, 2017). Em razão disso é que se abrem portas para refletir sobre formas de resistências em prol de uma vida livre e justa, caminho esse que demanda uma série de esforços de agentes públicos, sociais e privados com intuito de se estabelecer novas bases de sociabilidade.

3. DEFENSORIA PÚBLICA EM PROL DO ACESSO À JUSTIÇA: CAMINHOS PARA ALCANÇAR A IGUALDADE RACIAL

O histórico da Defensoria Pública na Bahia remete a 1975, quando as primeiras atividades de assistência jurídica e judiciária gratuitas para a população foram prestadas pela Coordenação de Assistência Judiciária (CAJ), órgão vinculado à SETRABES (Secretaria do Trabalho e Bem-Estar Social).

A Lei nº 4.658/85, de 26 de dezembro de 1985, que criou a Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE) com objetivo de atender à população carente nas áreas cível, trabalhista e na Justiça Federal. Os monitores que prestavam serviço à CAJ foram empossados como defensores públicos em 1986.

Em 1989, a Defensoria Pública passou a integrar o Programa de Assistência Jurídica da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos, com um posto de atendimento no

18 Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/fbsp-vulnerabilidade-juveni-violencia-desigualdade-racial-2017-relatorio.pdf Acesso: 14 mai. 2021.

19 Disponível: https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/10/14/monitor-da-violencia-bahia-e-3o-estado-com-maior-no-de-pessoas-mortas-pela-policia-no-1o-semestre.ghtml e https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2020/04/29/monitor-da-violencia-bahia-lidera-lista-dos-estados-com-maior-no-de-crimes-violentos-nos-dois-primeiros-meses-de-2020.ghtml Acesso em: 14 mai. 2021

Pelourinho, Salvador. O I Encontro Nacional das Defensorias Públicas e o IV Fórum Nacional de Dirigentes de Defensorias Públicas foi realizado em 1993, no bairro do Canela, em Salvador. A Defensoria Estadual concentrou a sua atuação nas áreas cível e crime através da Lei Complementar Federal nº 80/94.

Com a Emenda Constitucional nº 45/04 caminhos para o processo de autonomia institucional foram efetivados. A partir da Emenda nº 11/05, em 29 de junho de 2005, foi regulamentada a autonomia no Estado, fazendo com que a Defensoria se desvinculasse da Secretaria da Justiça e Direitos Humanos (SJDH). A Lei Complementar n° 26/06, em 21 de junho de 2006, regulamentou a Lei Orgânica e o Estatuto da instituição, momento em que ocorreram mudanças em relação a sua estrutura e funcionamento[20].

Cabe à Defensoria Pública a atuação pelo mínimo existencial, como assistência à saúde, à educação, à alimentação e jurídica (RÉ, 2015). De acordo com Schwartz (p. 68, 2015), a Defensoria Pública, através da Emenda Constitucional nº 80 de 2014, como instituição promotora de direitos humanos, tem uma percepção da realidade e seu fortalecimento por auxiliar para "maior fiscalização e cobrança da correta aplicação das leis, o que, decerto, contribuirá para a melhora dos indicadores sociais e, consequentemente, numa maior e mais efetiva proteção dos direitos humanos".

Para a luta pela igualdade racial torna-se fundamental a desconstrução do corpo negro como um corpo marginal, que nos espaços de extermínio possa se efetivar direitos sociais básicos (previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988), como a educação, a segurança, a promoção da infância, através de políticas públicas que possam oportunizar escolhas em prol de um caminho de sucesso através da educação, por exemplo, rompendo assim com o ciclo da marginalização (ARAÚJO, 2017).

Torna-se necessário também enfrentar o racismo presente no sistema punitivo. Para Rudolfo (p.82, 2015), o "sistema punitivo brasileiro prossegue no combate aos inimigos que foram estabelecidos. A ideia de seleção de inimigos, de separação entre cidadãos e seres que não merecem ter direitos, não é recente". Na obra "Inimigo no Direito Penal" de Raúl Zaffaroni (2007, p.11), extrai-se que:

> O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da

20 Informações sobre o histórico da DPE da Bahia disponível http://www.defensoria.ba.def.br/historico/ Acesso: 10 nov. 2019.

> sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.

Segundo Rudolfo (2015), o defensor público seria capaz de atuar pela transformação social através da educação em direitos, pela conscientização dos marginalizados ou pela prática de atos processuais que combatam o *status quo* de antecipação da pena e de segregação socioeconômica. Tal atuação poderia auxiliar em uma mudança no que tange à reflexão crítica sobre a violência simbólica das normas legais, e como os pressupostos de universalidade e impessoalidade podem, na prática, diferenciar, excluir e separar os grupos sociais a partir de suas práticas, tendo como pressuposto um recorte racial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como uma das defensoras dos direitos humanos (em uma perspectiva do pretuguês), a Defensoria Pública pode e deve atuar pelo caminho da valorização da dignidade humana, que requer uma efetividade dos direitos humanos sob uma perspectiva multicultural, prevê a efetivação dos direitos sociais (previstos no art.6º da Constituição Federal de 1988), e também o reconhecimento das diferenças para a coexistência em uma sociedade plural, prezando pelos valores supremos de uma sociedade fraterna e sem preconceitos.

Mesmo que a constitucionalização dos direitos e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana não sejam suficientes para a efetividade dos mesmos, a luta pelo acesso à justiça é fundamental para desestruturar um sistema judiciário e social marcado pelo racismo. O direito pode e deve ser utilizado como instrumento emancipatório de populações historicamente excluídas para que se possibilite a vida digna efetiva pelos diferentes grupos que compõem a pluralidade social.

O tempo presente revela a urgência de se pensar o tema da efetividade dos direitos humanos em pretuguês, pois a pandemia de covid-19 tem ampliado as situações de desigualdades e de violência, que atingem de forma direta e indireta a população negra. A questão que se coloca desta necessidade de se ampliar o acesso à justiça, a partir de uma atuação da Defensoria Pública que reconhece o racismo como estrutural e busca vencer os entraves legais e institucionais que aprisionam essa população a um lugar de pobreza e miséria.

Além do acesso aos direitos sociais, e mais especificamente o direito à saúde em período pandêmico, a atuação em prol do direito à vida da população negra, requer

enfrentamentos pela efetivação da educação pública de qualidade, cultura, acesso ao emprego, proteção e promoção das infâncias, moradia, como forma de se pensar uma existência digna. Também a luta contra o racismo judicial e o encarceramento em massa dessa população, que se encontra aproximada da morte ou da prisão pelo caminho histórico que fez até aqui.

É agora o momento em que a sociedade e instituições, públicas e privadas, precisam se unir em prol da construção de novas bases de sociabilidade, em que os princípios constitucionais de liberdade, justiça e fraternidade possam se tornar alicerces reais de dignidade humana para todos, pois sem isso, a necessidade de resistência se fortalece para que a vida seja possível.

REFERÊNCIAS

ANADEP. **DEFENSORIA PÚBLICA** [recurso eletrônico]: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia / Organização, Adriana Fagundes Burger, Patrícia Kettermann, Sérgio Sales Pereira Lima. – ados eletrônicos. – Brasília: ANADEP, 2015.

ARAÚJO, Danielle F. M. S. **Efetividade, política pública e direitos sociais.** Revista Diké. v.18.2017

ARAÚJO, D.F.M.S. **Segurança cidadã como fundamento garantidos do direito social de proteção à infância.** Revista Extensão, v. XII, p. 107-118, 2017.

ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de. **O problema da inclusão**: um olhar sobre a realidade brasileira. Revista Científica do Curso de Direito, [S.l.], n. 01, p. 147 - 164, dez. 2017.

ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de. **Juventude negra no Brasil**: para uma desconstrução de um corpo marginal e descartável. Caderno Sisterhood. Vol. 3, n. 1 (março, 2019).

ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de; SANTOS, Walkyria Chagas da Silva. **Constituição de 1988 e juventude negra**: para a desconstrução de um dispositivo tanatológico. In: FILPO, Klever; MIRANDA, Maria Geralda; SILVA, Rogerio Borba da; PEREIRA, Thiago Rodrigues (Org.). Direitos humanos e fundamentais em perspectiva. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019.

ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de; SILVA, Fernanda Lima da; QUIRINO, Kelly Tatiane Martins; NASCIMENTO, Marina Marçal do; SANTOS, Walkyria Chagas da Silva. **Feminismos negros: mães de corpos marginais.** In: MELLO, Paula Balduino de Melo et al (org.) Descolonizar o feminismo [recurso eletrônico]: VII Sernegra. Brasília: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Brasília, 2019.

ARAÚJO, D.F.M.S; CHAGAS, W. S. **Raça como elemento central da política de morte no Brasil**: visitando os ensinamentos de Roberto Esposito e Achille Mbembe. Rev. Direito Práx., v. 10, n. 4, p. 3024-3055, 2019.

ARAÚJO, Danielle F.M.S; GÓES, Eva; CHAGAS, Walkyria. **Da casa grande à Universidade**: uma análise socio-jurídica do trabalho doméstico e do acesso ao direito fundamental à educação no Brasil. In: Visões de Direitos Humanos e fundamentais. Org. SALLES, Denise; CATÃO, Marconi; FILHO, Oton; PEREIRA, Thiago. Multifoco: Rio de Janeiro. 2019.

ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de; SANTOS, Walkyria Chagas da Silva; FERNANDES, Alexandre de Oliveira; CAMPOS, Leonardo Lacerda. **História, memória e ressentimento: revisitando a trajetória de exclusão da população negra no Brasil.** Revista Latinoamericana de Estudios en Cultura y Sociedad –RELACULT, v. 06, ed. especial, mar., 2020.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo.** Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro. 1979.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade:** para uma teoria geral da política. Paz e Terra. 14ª edição. 2007.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Tradução: Fernando Tomaz, 12ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

CAMPELLO, André. **Manual Jurídico da Escravidão:** Império do Brasil. Jundiaí: Paco Editorial, 2018.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. **Acesso à Justiça e Cidadania.** Editora Universitária Argos.2006.

CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos.** Porto Alegre: Fabris, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** 6. Ed. Saraiva: São Paulo. 2008.

CORREA, Silvio M. de Souza. **O negro e a historiografia brasileira.** Revista Ágora. Santa Cruz do Sul, n. 1, 2000.

CLASTRES, P. **A Sociedade Contra o Estado.** Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora S.A. 1978.

DORNELLES, José Ricardo Wanderley. **O desafio da educação em direitos humanos.** In: Cadernos Nuevamérica, Rio de Janeiro, n. 78, 1998.

DUARTE, Evandro; QUEIROZ, Marcos; COSTA, Pedro H. Argolo. **A hipótese colonial**: a modernidade e o Atlântico Negro no centro do debate sobre racismo e sistema penal. Revista Universitas Jus, 2016.

FENELON, Dea Ribeiro. **Levantamento e sistematização da legislação relativa aos escravos no Brasil.** In: SIMPÓSIO DE PROFESSORES UNIVERSITÁRIOS DE HISTÓRIA, São Paulo. Anais. Coleção Revista de História. 1973.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GUARESCHI, P. **A ideologia**: um terreno minado. In: Psicologia & Sociedade. v. 8. N.2. jul/dez. 1996.

LEÃO, Natália; CANDIDO, Marcia Rangel; CAMPOS, Luiz Augusto; FERES JÚNIOR, João. **Relatório das Desigualdades de Raça, Gênero e Classe** (GEMAA), n. 1, 2017, pp. 1-21.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, classe social e status.** Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1967.

MATTOS, Hebe Maria. **Escravidão e cidadania no Brasil monárquico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2004.

MATTOS, Wilson Roberto de. **Negros contra a ordem**: astúcias, resistências e liberdades possíveis (Salvador, 1850-1888). Salvador: EDUNEB, EDUFBA, 2008.

MATTOSO, Kátia M. de Queirós. **Ser escravo no Brasil**. Trad. James Amado. São Paulo: Brasiliense, 2003.

PEDROSO, Regina Célia. **Violência e Cidadania no Brasil**: 500 anos de exclusão. São Paulo: Ática, 2006.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia, violência e injustiça**: o Não – Estado de Direito na América Latina. Org. Juan E. Méndez, Guilhermo O'Donnell, Paulo Sérgio Pinheiro, trad. Ana Luiza Pinheiro, Octacilio Nunes, São Paulo: paz e terra, 2000.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Racializando o debate sobre direitos humanos.** SUR 28, v. 15, n. 28, p. 65 – 75, 2018.

RÉ, Aluísio I. M. R. **A promoção dos direitos humanos no Brasil**: o papel da defensoria pública. In: **DEFENSORIA PÚBLICA** [recurso eletrônico]: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia / Organização, Adriana Fagundes Burger, Patrícia Kettermann, Sérgio Sales Pereira Lima. – Dados eletrônicos. – Brasília: ANADEP, 2015.

RUDOLFO, Fernanda. Dogmas acusatórios em uma democracia (in) constitucional: a metagarantia da defesa pública e o combate a cultura corporativista do medo. In: **DEFENSORIA PÚBLICA** [recurso eletrônico]: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia / Organização, Adriana Fagundes Burger, Patrícia Kettermann, Sérgio Sales Pereira Lima. – Dados eletrônicos. – Brasília: ANADEP, 2015.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Artigo Defensoria Pública**: a conquista da cidadania. In: Temas aprofundados da Defensoria Pública. Volume I. Ed. Juspodivm, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos.** Revista Crítica de Ciências Sociais. nº48. junho 1997.

SILVA, Caroline Lyrio; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Teoria crítica da raça como referencial teórico necessário para pensar a relação entre Direito e racismo no Brasil.** In: DANTAS, Fernando Antonio De Carvalho; GORDILHO, Heron José de Santana; STEINMETZ, Wilson Antônio. Direitos dos conhecimentos. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

SCHWARTZ, Fábio. **A evolução dos direitos humanos**: da gênese a apoteose brasileira com a emenda n. 80/2014. In: **DEFENSORIA PÚBLICA** [recurso eletrônico]: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia / Organização, Adriana Fagundes Burger, Patrícia Kettermann, Sérgio Sales Pereira Lima. – Dados eletrônicos. – Brasília: ANADEP, 2015.

SILVA, Ana Célia da. **A representação social do negro no livro didático**: o que mudou? Por que mudou? Salvador: EDUFBA: 2011.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **O Brasil e a criminalização da pobreza**: a imposição do medo como instrumento de controle social e de desrespeito à dignidade humana. In: Temas aprofundados da Defensoria Pública, v. 1. Salvador/BA: Juspodivm, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Ômega. 2001.

_____. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos.** Revista Jurídica, v. 2, n. 31, 2013. Disponível: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593>. Acesso em: 07 nov. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MULHER NEGRA DEFENSORA, PROCESSO PENAL: DESAFIOS E POTÊNCIAS DE UMA VOZ DISSIDENTE

Vanessa Nunes Lopes[1]

Resumo: Partindo da premissa de que as representações imagéticas tem a propriedade de incrementar a conservação ou a subversão de esquemas de poder, conforme o uso que delas se faz, este artigo pretende provocar reflexões sobre o papel da Defensoria Pública na reconfiguração das imagens de representação do sistema de justiça e na desconstrução (ou manutenção) do racismo. Para isso, analisa-se a experiência de uma defensora pública negra em seu cotidiano como *corpo estranho*, e sua relação com o uso da voz nas salas de audiência criminal, questionando-se também os limites e potencialidades do uso da fala por aquelas que são historicamente silenciadas - as mulheres negras -, tendo em vista o papel da oralidade na formação efetiva do contraditório no processo penal. Pelo caminho, será abordado o prazer, como ponte para o trânsito da condição de objeto para a condição de sujeito, pela mobilização de visões positivas de si, bem como o poder dessa transição para o fortalecimento da própria função institucional de garantir acesso aos direitos. Ao final, sugere-se a necessidade de construção de uma cultura pública de escuta de mulheres negras, destacando-se a política de cotas raciais como instrumento dessa construção, e apontando-se as possíveis contribuições dessa cultura para a consolidação da democracia.

Palavras-chave: Raça. Representação. Racismo. Defensoria Pública. Sistema de Justiça. Contraditório. Processo Penal. Mulheres Negras. Prazer. Corpo. Cotas. Concursos Públicos. Democracia.

1. INTRODUÇÃO

Quando um agente do sistema de justiça[2] aborda a expressão "igualdade racial" em uma fala ou em um texto, geralmente se espera que a conversa seguirá por um entre dois caminhos: ou bem o autor advogará a existência da imparcialidade do sistema de justiça, amparando-se na vedação legal de tratamento

1 Defensora pública do Estado da Bahia.

2 Neste artigo, a expressão "sistema de justiça" abrange as instituições que fazem parte da cadeia de construção dos processos judiciais: Defensoria Pública, Advocacia, Poder Judiciário, Ministério Público, Polícias.

depreciativo, baseado nas características raciais daqueles que utilizam os serviços do referido sistema e, ainda, na suposta "democracia racial" brasileira[3] - o que resultaria numa espécie de "cegueira racial" que garantiria a isenção da "Justiça"; ou bem denunciará a persistência dos esquemas de discriminação racial no seio da sociedade como impedimento ao efetivo acesso de determinados grupos raciais aos mesmos serviços da justiça. Tanto num como noutro caso, a perspectiva implícita é a de que o ponto de contato do sistema de justiça com as questões raciais - seja para reconhecer, seja para negar a existência de racismo - se esgotaria no próprio modelo de contato com o público que utiliza os seus serviços.

A visão do tema como algo focado no público externo pode ser atribuída ao fato de que, por serem majoritariamente compostas por pessoas brancas, as instituições que integram o sistema de justiça tendem a compreender seu papel na promoção da igualdade racial, na pior das hipóteses, como a de terceiros desinteressados, e na melhor delas, como expectadores-interventores, somente. Apenas em raras análises, tais instituições reconhecem seu papel como participantes-integrantes da dinâmica racial, seja assumindo a ocorrência de práticas racistas internas por parte de seus membros[4], seja estimulando o potencial transformador que estes, quando comprometidos com a luta pela equidade racial, podem mobilizar a partir de dentro, por meio de seus papéis institucionais[5]. Em outras palavras, na maior parte das visões oficiais das próprias instituições sobre si mesmas[6], o racismo seria algo que o sistema de justiça ignora, observa ou em que intervém, mas não algo que as instituições que compõem o sistema de justiça *são*.

Embora tais esquemas de pensamento, compilados a partir de minhas próprias observações de textos, falas públicas e conversas privadas com integrantes do sistema de justiça, sejam parte de uma narrativa ainda dominante, sustentada pela razoável homogeneidade da composição das instituições mencionadas, é possível observar

3 Acerca da força que a ideia de cordialidade racial possui na jurisprudência brasileira, bem como apontando que este modo de pensar e de decidir tem conduzido à ausência de proteção jurídica da população negra frente aos atos de racismo, confira-se a obra "Racismo Recreativo", de Adilson Moreira.

4 Nesse sentido, o corajoso artigo da defensora pública federal Rita Cristina de Oliveira, intitulado "A Defensoria Pública no Espelho das Relações Raciais", publicado pela revista Carta Capital em 13 de maio de 2019, em que a autora apresenta uma visão crítica acerca da atuação da Defensoria Pública frente aos conflitos raciais que atravessam a instituição, apontando a persistência de modelos racistas de pensamento mesmo no interior da Defensoria Pública, e provocando a reflexão sobre a necessidade de se combater o racismo institucional.

5 Acerca da discussão crítica sobre as relações raciais e o Poder Judiciário, pode-se citar a criação do Encontro Nacional de Juízes negros - ENAJUN, fórum organizado por magistradas e magistrados negros de todo o país, que realizou sua terceira edição em outubro de 2019. Entre seus objetivos, o fórum busca fortalecer a noção de pertencimento da população negra que atua dentro do sistema de justiça, ampliar as discussões sobre a baixa representatividade da população negra na magistratura, bem como refletir sobre o modo pelo qual a pouca diversidade da categoria afeta a qualidade do serviço jurisdicional prestado, revelando verdadeiro déficit para a democracia.

6 Necessário apontar, como quebra de paradigma a respeito desse tema, a realização do I Censo da Defensoria Pública da Bahia, cujo resultado tem sido utilizado para descortinar a presença da desigualdade racial de maneira franca para, a partir daí, apoiar o desenvolvimento de medidas de enfrentamento, como será pontuado mais à frente.

o ingresso crescente, embora ainda desigual, de pessoas negras nas estruturas de poder que compõem o sistema de justiça (principalmente a partir da política de cotas raciais para ingresso nas universidades e, posteriormente, nos cargos públicos - demanda já pautada, no Brasil, pelo menos desde a década de 1970, por Abdias Nascimento[7]), o que vem provocando fissuras nessas mesmas formas de pensar e exigindo o aprofundamento do exercício de autocrítica por parte das instituições referidas.

Numa sociedade historicamente forjada a partir da desigualdade racial[8], em que o atrito e as pressões provocadas pela luta para a aquisição de direitos, de um lado, e a luta pela manutenção de privilégios, de outro, é inevitável, não há como pensar no enfrentamento ao racismo pelo sistema de justiça, sem pensar nas reproduções racistas internas que estão fixadas na cultura das próprias instituições que prestam o serviço judicial. Daí a necessidade de refletir sobre as representações e experiências de pessoas negras no sistema de justiça a partir de uma perspectiva "desde dentro".

2. REPRESENTAÇÃO, IDENTIDADE E SISTEMA DE COTAS

De maneira muito breve, é possível definir representação como o conjunto de imagens compartilhadas por uma coletividade que define papéis sociais, permissões, interdições e expectativas que se tem em relação a um determinado grupo de pessoas. Por outro lado, a identidade poderia ser definida como a construção de si mesmo a partir da internalização das representações sociais.

Comentando a construção das representações de negritude, bell hooks comenta[9]:

> Ao abrir uma revista ou um livro, ligar a TV, assistir a um filme ou olhar fotografias em espaços públicos, é muito provável que vejamos imagens de pessoas negras que reforçam e reinstituem a supremacia branca. Essas imagens podem ser construídas por pessoas brancas que não se despiram do racismo, ou por pessoas não brancas ou negras que vejam o mundo pelas lentes da supremacia branca - o racismo internalizado. É claro, aqueles entre nós comprometidos com a luta da libertação dos negros, com a liberdade e a autonomia de todas as pessoas negras, precisam encarar todos os dias a realidade trágica de que, coletivamente, realizamos poucas revoluções em termos de representação racial - se é que fizemos alguma.

7 "O Genocídio do Negro Brasileiro", de Abdias Nascimento.

8 Idem.

9 Trecho de "Olhares Negros, Raça e Representação", p. 32.

Levando a reflexão de bell hooks sobre a composição de imagens próprias da produção cultural (TV, revistas, livros, fotografias) para a composição de imagens do sistema de justiça, é evidente que tal composição se constitui, ela própria, como uma imagem de supremacia branca que, infelizmente e a despeito das políticas afirmativas, parece também ter avançado pouco. Um exercício de constatação dessa realidade pode ser realizado muito facilmente por qualquer pessoa que percorra os espaços judiciais com jurisdição criminal: basta prestar atenção na dupla monocromia que persiste nesses lugares (autoridades brancas numa ponta, réus negros na outra).

Uma análise menos cuidadosa dessa constatação poderia induzir à conclusão de que a desigualdade reproduzida nas imagens do sistema de justiça seria apenas o efeito da desigualdade racial já operada em outros planos - como o econômico e o educacional, por exemplo. Porém, quando se aprofunda um pouco mais a compreensão sobre o papel das representações na construção das identidades, é possível perceber que as imagens de supremacia branca no sistema de justiça não só correspondem aos *efeitos* do racismo, como são, simultaneamente, suas *causas*.

Como comentei no princípio desse tópico, é por meio das imagens de representação que a coletividade constrói suas visões sobre quem deve ocupar qual espaço, definindo, a partir daí, quem pode exercer poder e quem pode, sobretudo, falar. Sobre a força das imagens de representação, Stuart Hall assevera que[10] "(...) é somente pelo modo no qual representamos e imaginamos a nós mesmos que chegamos a saber como nos constituímos e quem somos. Não há como escapar de políticas de representação (...)".

Ora, se são as representações que desenham as posições sociais e definem a sua ocupação por sujeitos determinados, então é evidente que as representações raciais desiguais do sistema de justiça reforçam a distinção entre aqueles que podem dizer o direito - pessoas brancas - e aqueles que devem ser objetos de sua incidência - pessoas negras. Daí porque afirmo que a composição homogênea e branca das imagens do sistema de justiça é, também, causa do racismo, porque ela própria escreve uma regra sobre quem poderá o quê dentro desse mesmo sistema.

Embora as políticas de cotas raciais para ingresso no serviço público ainda não tenham conseguido subverter esse modelo dominante de representação, a sua aplicação é parte de um caminho que poderá promover o repovoamento do

10 Trecho do ensaio "Que negro é esse na cultura negra?", presente em "Da diáspora - identidades e mediações culturais", p. 384.

conjunto de imagens acerca de quem pode exercer os papéis de julgamento, acusação e defesa, contribuindo com isso para a democratização da comunidade de falantes no espaço judicial.

Por mais positivo e necessário que seja este processo, a sua consolidação não é fácil e ainda se apresenta num horizonte distante. Além da demora inevitável para que chegue a se operar uma mudança de paradigmas representativos, outro desafio que se coloca nesse trajeto é o risco de captura das novas imagens pelos velhos esquemas de pensamento.

Esse risco é bem colocado por bell hooks quando analisa o que denomina de "sedução da diferença"[11]:

> Tornar-se vulnerável à sedução da diferença, buscar um encontro com o Outro, não exige que o sujeito abdique de sua posição dominante de forma definitiva. Quando a raça e a etnicidade são comodificados (transformados em comodities) como recursos para o prazer, a cultura de grupos específicos, assim como os corpos dos indivíduos, pode ser vista com constituinte de um playground alternativo onde os integrantes das raças, gêneros e práticas sexuais dominantes afirmam seu poder em relações íntimas com o Outro.

Nesse contexto, cabe manter o alerta para que as políticas de cotas não sejam relegadas ao papel de mero remédio para tranquilizar as consciências institucionais ou, como diria Conceição Evaristo, para "ninar os da casa grande em seus sonos injustos". Cotas não podem se converter em mecanismo de "figuração institucional", com a utilização da imagem das pessoas negras nas situações em que seja desejável demonstrar diversidade, vanguardismo, e porque não dizer, frescor e novidade, sem a realização de compromissos concretos com mudanças estruturais antirracistas.

A complexidade desse enredo se amplia, sobretudo, porque muitas vezes o movimento para ampliação da diversidade também está envolto numa espécie de culpa branca que se tem ansiedade em desfazer o quanto antes, sem que, para isso, se enfrente a própria responsabilidade e conexão histórica para com a manutenção do racismo[12].

Importante destacar que esse movimento é, também, duplo: se por um lado pode haver um impulso de saneamento da culpa branca por meio do festejo

11 Trecho do Ensaio "Comendo o Outro", presente em "Olhares Negros, Raça e Representação", p. 68.

12 Idem, p. 71-72.

das políticas de cotas, o que, como visto, é pouco eficaz para a modificação das estruturas, porque não exige que os grupos privilegiados reflitam e elaborem autocrítica quanto aos seus próprios privilégios, por outro lado, os próprios "grupos marginalizados, considerados Outros, que têm sido ignorados, tratados como invisíveis, podem ser seduzidos pela ênfase na outridade, pela sua comodificação, porque ela oferece a promessa de reconhecimento e reconciliação"[13].

Nosso desafio coletivo é, portanto, de grandes proporções.

Por fim, quero destacar que, longe de pretender despertar desânimo generalizado sobre a aplicação da política de cotas como mecanismo de modificação das estruturas de representação, a intenção aqui é compartilhar elementos para estimular o aprofundamento do debate sobre os limites e potenciais dessa política, com votos de que as instituições do sistema de justiça adotem uma postura aberta à reconfiguração de imagens, de espaços de poder e de revisão de privilégios internos e intrínsecos que lhes sustentam.

3. DEFENSORIA PÚBLICA, DIREITO AO CONTRADITÓRIO E MULHERES NEGRAS DEFENSORAS: DILEMAS DE VOZ E SILÊNCIO NO PROCESSO PENAL

Para pensarmos especificamente no modo como os esquemas de representação da mulher negra afetam a maneira como a sua presença no sistema de justiça brasileiro, no papel de defensora pública, é vivenciada, é importante recuperar a análise de Lélia Gonzalez[14] sobre o lugar da mulher negra na cultura brasileira:

> O lugar em que nos situamos determinará nossa interpretação sobre o duplo fenômeno do racismo e do sexismo. Para nós o racismo se constitui como a sintomática que caracteriza a neurose cultural brasileira. Nesse sentido, veremos que sua articulação com o sexismo produz efeitos violentos sobre a mulher negra em particular. Consequente, o lugar de onde falaremos põe um outro, que é aquele que habitualmente nós vínhamos colocando em textos anteriores(...). Trata-se das noções de mulata, doméstica e mãe preta.

Em suas formulações sobre essa trinca de papéis, que se confundem com aspectos de uma mesma representação (afinal, como conclui a autora, as figuras de "mulata, doméstica e mãe preta" se materializam a partir de um mesmo corpo em contextos

13 Idem, p. 73.

14 Lélia Gonzalez em seu artigo "Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira", disponível na compilação "Primavera para as rosas negras: Lélia Gonzalez em primeira pessoa", 1ª ed, São Paulo: Diáspora Africana - Editora Filhos da África, 2018, p.191-192.

diferentes, indicando uma linha de continuidade com o que foi, no passado, a figura da mucama, e confinando a mulher negra em um corpo feito para servir), Lélia nos chama atenção para o caráter omissivo do racismo brasileiro, que, por meio de suas estratégias, é capaz de inserir a mulher negra no papel de "mãe de todos", cuidadora "natural" e objeto de desejo, como se tais papéis significassem uma integração às intimidades de todos (mais uma vez o mito da democracia racial), como forma de negar as práticas violentas que o racismo impõe a esse mesmo grupo de pessoas. Como assevera a autora, na já citada neurose cultural brasileira, "o neurótico constrói modos de ocultamento do sintoma porque isso lhe traz certos benefícios. Essa construção o liberta da angústia de se defrontar com o recalcamento[15]." É justamente a serviço desse recalcamento que se constroem as mordaças para silenciar as mulheres negras.

Como se vê, a análise do conjunto de imagens associadas à mulher negra brasileira revela a complexidade não só desse conjunto em si, mas, para o que nos interessa aqui, denuncia a complexidade do próprio atravessar das fronteiras da representação que ocorre justamente quando o papel de participante do sistema de justiça é desempenhado por uma mulher negra, e especificamente se é essa mulher quem assume a função de realizar defesa, ou seja, usar sua voz como representante de outros no curso do processo penal, materializando o contraditório.

Comentando as implicações do direito ao contraditório, Aury Lopes Jr destaca[16]:

> O ato de "contradizer" a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética.(...).
>
> O juiz deve dar "ouvida" a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido. Considerando o que dissemos acerca do "processo como um jogo", das chances e estratégias que as partes podem lançar mão (legitimamente) no processo, o sistema exige apenas que seja dada a "oportunidade de fala". Ou seja, o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e de oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade.

15 Idem, p. 200.

16 Direito Processual Penal, 15ª ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 97-98.

Assim, o efeito daquilo que chamei de "regra sobre quem poderá o quê", no tópico anterior, pode ser muito bem analisado quando se pensa no exercício do contraditório no curso do processo penal, uma vez que, nesta esfera, a validação ou não de uma determinada pessoa como "autorizada a falar" terá consequências diretas na realização do contraditório e, portanto, na efetividade da defesa apresentada.

Por isso, especificamente no que se refere à atuação da Defensoria Pública no processo penal, o trabalho para ampliação da "comunidade de falantes" é ainda mais vital, não só pela necessidade de recomposição das imagens de representação do sistema de justiça em geral - o que, como já visto, é um imperativo para o enfrentamento ao racismo -, mas destacadamente pelo fato de que o Defensor Público, para desempenhar seu papel com efetividade, depende necessariamente de ser ouvido: é premissa do contraditório.

O que ocorre, portanto, se esse Defensor[17] é uma mulher negra?

Teremos aí um problema de comunicação, um problema de poder e um problema institucional.

Nos diversos entrecruzamentos que compõem o que significa ser uma mulher negra, o racismo emerge como vetor que desenha nossas imagens de representação e nosso lugar como "outras" no mundo. Nesse sentido, Grada Kilomba elucida[18]:

> O racismo cotidiano refere-se a todo vocabulário, discursos, imagens, gestos, ações e olhares que colocam o sujeito negro e as Pessoas de Cor como "Outra/o" - a diferença contra a qual o sujeito branco é medido - mas também como Outridade, isto é, com a personificação dos aspectos reprimidos na sociedade branca. Toda vez que sou colocada como "outra" - seja a "outra" indesejada, a "outra" intrusa, a "outra" perigosa, a "outra" violenta, a "outra" passional, seja a "outra" suja, a "outra" excitada, a a "outra" selvagem, a "outra" natural, a "outra" desejável ou a "outra" exótica - estou inevitavelmente experienciando o racismo, pois estou sendo forçada a me tornar a personificação daquilo com que o sujeito branco não quer ser reconhecido. Eu me torno a/o "Outra/o" da branquitude, não o eu - e portanto, a mim é negado o direito de existir como igual.

17 O gênero do termo foi propositalmente escrito em flexão masculina, como referência à imagem que representa a função.

18 Memórias da Plantação, p. 78.

No contexto do processo penal, a contrapartida da escuta se constitui na própria materialização do contraditório, porque como já mencionado, contraditório não é mera participação, senão participação dotada de poder de influência. Por sua vez, o poder de influência não depende somente de quem fala, mas, também, da predisposição de quem ouve[19].

Esse jogo de fala e escuta se torna muito problemático quanto se leva em conta a cultura de violência e silenciamento impostos às mulheres negras nos espaços públicos, uma vez que não existe uma prática judicial de se ouvir e considerar as falas de mulheres negras. Nossa presença no ambiente das audiências judiciais e nosso trabalho pela efetivação do contraditório, a favor das pessoas rés que representamos, corre o risco de, assim, ficar restrito ao aspecto figurativo, contribuindo com um simulacro de democracia e atualizando a legitimação do racismo "a partir de dentro". Como se vê, ainda que de certa forma inseridas no sistema de justiça, permanecemos geograficamente designadas à margem.

Talvez aí se encontre nosso maior desafio no cotidiano forense: quebrar essa configuração de diálogo em que tanto mais há predisposição à influência por um determinado tipo de falante, quanto mais o falante reproduz e espelha aquilo que o ouvinte espera ver declarado. A comunicação, e por conseguinte, a influência que pode afetar as decisões, está intimamente ligada ao compartilhamento de representações positivas entre os participantes do diálogo, o que evidentemente se constitui como um obstáculo ao exercício do papel de defesa por parte das mulheres negras, portadoras da outridade, das vozes dissidentes, por tudo que já se disse até aqui.

Por isso é tão necessário que o fortalecimento da presença de pessoas negras no ambiente judicial seja promovido pelas instituições que compõem o sistema de justiça em geral, e pela Defensoria Pública em especial, já que o que está em jogo, aqui, é a própria efetividade do direito ao contraditório e, por isso, do direito de defesa.

No caso da Defensoria Pública do Estado da Bahia, esse esforço tem sido feito de maneira consistente, principalmente a partir da assunção, em 2016, do compromisso pela implantação da política de cotas para pessoas negras no concurso[20] para os

19 Conforme a teórica Gayatri C. Spivak, referida por Grada Kilomba nas aqui multicitadas "Memórias da Plantação", o uso efetivo do direito de fala demanda a contrapartida da escuta, conflito que parece imobilizar as iniciativas dos grupos marginalizados para influenciar discussões em espaços dominantes.

20 Embora não seja o objetivo deste artigo discutir especificamente os métodos de aplicação do sistema de cotas nos concursos públicos, é interessante observar que, ao menos nas carreiras jurídicas, esse instrumento ainda apresenta baixos resultados em termos de democratização do acesso de pessoas negras. Quanto a este ponto, a Defensoria Pública do Estado da Bahia se destacou no processo, não só pela elaboração de regras que ampliaram o acesso de candidatos negros logo na primeira fase do certame, bem como pela adoção de uma comissão de verificação que inibiu a prática de fraudes.

membros da carreira[21], o que colaborou para que hoje se tenha 25% de integrantes negros entre os defensores e defensoras baianos[22]. Outro fator de extrema importância, ainda na experiência baiana, foi a posterior criação de um grupo de trabalho para pensar e propor medidas de enfrentamento ao racismo institucional, composto majoritariamente por mulheres negras, o que denota a abertura de espaço para a conversão das dinâmicas de simples visibilidade em dinâmicas de participação e poder, e contribui para a construção de uma cultura de escuta pública de mulheres negras. Por fim, produto dessa configuração especial de destaque para mulheres negras na instituição, foi a possibilidade de interferência desse mesmo grupo de trabalho na elaboração do I Censo da Defensoria Pública do Estado da Bahia, com a construção de perguntas para coleta de percepções que expuseram, de maneira ampla, a persistência de elementos de desigualdade racial e seus efeitos sobre a experiência e a subjetividade de negros e brancos em atuação na Defensoria Pública.

Neste mesmo censo, por meio das referidas perguntas de percepção, registrou-se a presença das sensações de falta de representação, falta de confiança e sentimento de ser alvo de dúvida, majoritariamente observadas entre pessoas negras, confirmando que ainda temos muito a fazer para que a presença das mulheres negras na Defensoria Pública, especificamente na atuação nos processos penais, possa se traduzir verdadeiramente em expressão de uma voz com poder.

4. O SOM DA PRÓPRIA VOZ, PRAZER E PODER A PARTIR DE UM CORPO ESTRANHO

Ao longo de minha trajetória, ainda recente, como Defensora Pública transitando nos ambientes judiciais, tenho catalogado intimamente uma série de emoções e sensações relacionadas com o uso de minha voz, que refletem os complicados cruzamentos deste papel múltiplo de mulher, negra e defensora pública, que caracteriza uma espécie de corpo estranho no tecido judicial.

21 Na época em que se deliberou pela realização do concurso referido, a lei orgânica da Defensoria Pública do Estado da Bahia (Lei Complementar nº 26/2006) ainda não previa a reserva de vagas para pessoas negras, mas mesmo assim as cotas foram instituídas, com base no próprio Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) e no Estatuto da Igualdade Racial e Combate ao Racismo Religioso do Estado da Bahia (Lei Estadual nº 13.182/2014). Em outubro de 2018, nossa lei orgânica foi alterada (Lei Complementar nº 46/2018) e passou a prever a reserva de 30% das vagas para pessoas negras e 2% das vagas para pessoas indígenas.

22 De acordo com o I Censo da Defensoria Pública do Estado da Bahia (disponível em http://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2020/11/sanitize_relatacc83_rio-i-censo-da-dpeba-1.pdf_301120-075140.pdf, ver p. 29), o percentual de pessoas negras no conjunto total de ingressantes também tem aumentado. Nesse sentido, do grupo de defensores que ingressou na instituição entre 2005 e 2014 e que permaneceu na instituição até a realização do censo, 21,4% eram pessoas negras. Já entre 2005 e 2020, o percentual subiu para 30,2%. Trata-se de um número alto se comparado com a mesma pesquisa feita acerca do Poder Judiciário, que no censo de 2013 (último disponibilizado no portal do Conselho Nacional de Justiça), informou que, do grupo de magistrados que ingressou na instituição entre 2002 e 2011 e que permaneceram na instituição até a realização do censo, 15% era de pessoas negras. Já entre 2012 e 2013, o percentual subiu para 19,1% (disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/CensoJudiciario.final.pdf, ver p. 39).

Importante destacar que, aqui, a terminologia "corpo estranho" é literal. A ansiedade provocada por esses espaços provoca reações físicas que, apesar de desconcertantes (muito embora imperceptíveis para as demais pessoas presentes), considero útil descrever.

Logo que assumi minhas funções como Defensora Pública, ainda no curso de formação, embora as experiências de atendimento tenham sido nutridoras e estimulantes, as experiências iniciais nas salas de audiência criminais foram traumáticas. Mesmo na condição de observadora, já sentia palpitações, suores, tensão muscular, olhos lacrimejantes, eventos que muitas vezes já se iniciavam na entrada no fórum. Naquele período, a apatia e a indiferença que eu observava em relação aos réus por parte dos órgãos de acusação e de julgamento, as humilhações inflingidas aos acusados, e a margem restrita de combate da defesa - sempre precisando calcular até onde ir para não despertar animosidade que poderia se voltar contra o próprio réu e piorar sua situação -, tudo isso me perturbava e alimentava um desconforto crescente.

Num segundo momento, já encerrado o curso de formação e tendo assumido a responsabilidade por uma unidade da Defensoria Pública numa comarca do interior, o desconforto se ampliou: seja pelo início de comentários sobre meus cabelos, seja por olhares insistentes e questionadores, seja pelas perguntas reiteradas de "mas é você mesmo a defensora pública?", "mas você é mesmo concursada?", seja por rejeições expressas em frases como "eu não vou lhe chamar de senhora", e até mesmo pelas reações de surpresa exagerada ante um bom desempenho, passou a estar sempre presente em mim, a expectativa de que uma nova desautorização pudesse acontecer a qualquer momento, o que repercutiu e repercute ainda hoje em longas ondas de ansiedade, e em tentativas de antecipar respostas para todas as perguntas e provocações que possam surgir ao longo do dia. Além da sensação de ansiedade, outra reação física provocada pelo ambiente opressor dos fóruns tem sido a mudança súbita do tom de voz. Muitas e muitas vezes minha voz diminuiu de volume inexplicavelmente, sem que eu tivesse controle sobre esse evento. De maneira algumas vezes constrangedora, o lugar simbólico de silêncio tomou lugar no mundo concreto, afetando o uso da funcionalidade da voz, seja pela modulação do tom, seja pelo sumiço das ideias - fenômeno que, ironicamente, é chamado de "branco".

Não tenho, com esse relato, o propósito "sensibilizar" pessoas brancas para os "sofrimentos negros" - fórmulas salvacionistas não tem nos auxiliado até aqui -, e nem pretendo sugerir que as minhas experiências possam dar conta de abarcar o modo como todas as demais mulheres negras (sejam elas transgênero, cisgênero,

lésbicas, heterossexuais, bissexuais, de pele mais clara, de pele mais escura, mães, não mães, com deficiência ou não, de diversas origens territoriais e econômicas) lidam com a própria presença no sistema de justiça.

Dito isso, informo que minha intenção ao narrar essas experiências pessoais é movimentar a mim mesma para fora de uma cadeia de isolamento, construindo uma abertura para novos diálogos com outras mulheres negras que compartilhem dessa mesma situação, para que possamos estimular umas às outras na elaboração de mecanismos que refaçam - de novo, e de novo, e de novo - nossa libertação cotidiana.

Ao narrar minhas próprias experiências, a partir de minhas próprias perspectivas, converto-me de objeto em sujeito e não temo a categorização de minha produção intelectual como "subjetiva"[23]. Isso porque, aqui, o subjetivo é, de fato, o que dá valor à minha escrita como mulher negra pensadora. Nesse sentido:

> Essa passagem de objeto a sujeito é o que marca a escrita como um ato político. Além disso, escrever é um ato de descolonização no qual quem escreve se opõe a posições coloniais tornando-se a/o escritor/a "validada/o" e "legitimada/o" e, ao reinventar a si mesma/o, nomeia uma realidade que fora nomeada erroneamente ou sequer fora nomeada.[24]

Ainda sob essa perspectiva, preciso registrar que as ocorrências de desconforto e sofrimento não correspondem à totalidade de minha vivência no espaço forense. Há também muita conexão positiva, principalmente com as pessoas que defendo, e muito aprendizado sobre a criação de intervenções estratégicas para levar a mesa de audiência pensar comigo.

Nesse sentido, uma vivência libertadora diante de minha própria paralisação frente ao incômodo do silenciamento se deu num júri, realizado poucas semanas depois de ter tomado posse em minha primeira comarca de atuação.

O caso me chegou às mãos depois da renúncia do advogado contratado, fato que ocorreu tão logo marcada a data do julgamento em plenário, e tratava especificamente de uma situação em que acusada e vítima eram mulheres, num cenário povoado por homens.

23 "Sendo assim, demando uma epistemologia que inclua o pessoal e o subjetivo como parte do discurso acadêmico, pois toda/os nós falamos de um tempo e lugar específicos, de uma história e uma realidade específicas - não há discursos neutros. Quando acadêmica/os branca/os afirmam ter um discurso neutro e objetivo, não estão reconhecendo o fato de que elas e eles também escrevem de um lugar específico que, naturalmente, não é neutro nem objetivo ou universal, mas dominante. É um lugar de poder." Grada Kilomba em Memórias da Plantação, p. 58.

24 Idem, p. 28.

Narrava a denúncia, que a ré teria praticado homicídio qualificado por motivo fútil e com recurso que impossibilitou a defesa da vítima, em uma briga de bar. De acordo com os autos, a ré teria supostamente se recusado a pagar sua conta de consumo, ameaçando o proprietário do estabelecimento e assassinando a facadas, a filha daquele. Para completar a cena terrível, os filhos da vítima, duas crianças, teriam presenciado a morte da mãe.

Sem muito tempo para me preparar e ainda bastante insegura pelos desconfortos que meu corpo vinha apresentando nas audiências, envolvi-me total e intensamente com o estudo dos autos.

Revisitando os testemunhos da primeira fase do procedimento do júri e comparando-os com as declarações prestadas na fase de inquérito, percebi uma série de contradições nas falas que sustentavam a acusação. Logo, a surpresa: os elementos do laudo cadavérico não refletiam o quadro pintado pela denúncia.

Na primeira e única conversa que tive com a acusada antes do júri, colhi sua versão dos fatos e seu relato reformulou o quebra-cabeça desencontrado que o laudo sugeria.

Levantar a tese, identificar as falhas e construir a fala de defesa me deixou tomada por uma espécie de paixão, porque me permitiu acessar e vivenciar minhas habilidades de análise, o acúmulo de conhecimento jurídico e minha sensibilidade para enxergar outras narrativas possíveis para os fatos que inicialmente eram dados como certos pela acusação. Ao fazer esse percurso de elaboração da defesa, descobri um enorme prazer. O sentimento de identificação e pertencimento à minha profissão - a sensação tão rara de "sim, realmente aqui é meu lugar" -, me emocionou e segue me emocionando.

Mais que isso, experiência transformadora que esse júri me ofereceu, foi a de me sentir, verdadeiramente, ouvida e considerada para a construção da decisão final.

Enquanto desenvolvia minhas alegações orais, senti, como nunca antes em um ambiente judicial, que eu não era invisível, e isso despertou em mim uma vitalidade e uma coragem novas. Eu me vi sustentada, ali, pelo prazer de falar e ser ouvida.

Muito diferente da apatia em que eu havia sido introduzida em minhas vivências judiciais até então, ali tudo se transformou. Talvez porque a comunidade julgadora compartilhasse comigo sua origem popular, talvez porque de fato meu desempenho tenha sido bom, uma dignidade nova brotou em mim.

Sem prejuízo de todas as críticas que se pode ter quanto à suposta irracionalidade que condicionaria os julgamentos feitos pelo Tribunal do Júri - críticas das quais não compartilho, mas cuja existência reconheço -, acredito que essa experiência tenha sido tão forte e tão marcante por ter me situado em meu lugar. Eu estava credenciada. Eu era alguém que podia falar.

Por isso mesmo, acredito que a trilha para nós, mulheres negras defensoras, para o exercício mais pleno e genuíno de nossa função institucional, precise passar por esse reencontro consigo e pela descoberta de nossos potenciais de prazer, os verdadeiros motores que nos levam à ação e à transformação do mundo.

5. CONCLUSÃO

Conforme analisado ao longo deste artigo, a experiência parece indicar que a oralidade que deve se materializar como componente do contraditório pleno, pode se converter numa característica tanto mais fictícia quanto mais se promove o acesso das pessoas negras às salas de audiência, "do lado de cá" da mesa.

Como visto, esse paradoxo desconcertante se deve ao fato de que a entrada de pessoas negras nesses espaços é acompanhada por uma espécie de contramovimento, uma reação que pode ser consciente ou inconsciente, por parte dos sujeitos brancos que se veem obrigados a compartilhar um espaço que até pouco tempo foi exclusivo da branquitude, e em que a presença de pessoas não brancas sempre atuou como mecanismo de exceção que confirmava a regra.

No estágio em que estamos, é preciso reconhecer que a presença e a voz de pessoas negras em geral, e de mulheres negras, em particular, nos espaços judiciais, não provoca, de maneira automática, a ampliação da comunidade discursiva desses lugares, uma vez que a disparidade de forças entre os atores dos discursos que ali se operam, dificulta a formação de uma dialética equilibrada.

Se, ressalvados os processos afetos ao Tribunal do Júri, a potência dos debates orais já é subutilizada nas salas de audiência criminais, tomadas de repetições monótonas, monocórdias e apáticas, sucedidas por decisões igualmente pasteurizadas e com baixa permeabilidade ao que se trouxe à mesa - decisões estas, muitas vezes, pré-prontas, comida congelada especialmente feita de acordo com o gosto do julgador, sem que haja chance de que as representações processuais de autor e réu possam, de fato, contribuir com algum ingrediente, o quadro só piora diante do embate vocal do qual participam pessoas negras, uma vez que o meio jurídico ainda não dispõe de uma cultura de escuta desse tipo de voz no espaço judicial, o

que enfraquece ainda mais a possibilidade de formação mínima de um contraditório efetivo na construção das defesas penais, quando esta mesma defesa é realizada por mulheres negras.

Por isso, nossa presença na Defensoria Pública acaba correspondendo a uma construção dupla: ao mesmo tempo em que defendemos os direitos das pessoas a que assistimos, precisamos defender também nosso próprio direito de falar, que é negado das formas mais diversas: seja por meio de apartes ininterruptos, seja pelas disputas de tom de voz, seja pela pura indiferença.

Como tomar de assalto esse poder vocal, então?

Comentando o tema, Grada Kilomba afirma que a aceitação da ideia de uma subalternidade absoluta que, por seus próprios contornos, impediria a tomada da voz como instrumento de poder, é problemática, uma vez que negaria as possibilidades de autoagenciamento das pessoas marginalizadas quando, na verdade, "os grupos subalternos - colonizados - não tem sido vítimas passivas nem tampouco cúmplices voluntárias/os da dominação"[25].

Assim, é necessário resistir à desilusão diante da promessa ainda não cumprida de ampliação da democracia por meio da implantação de cotas raciais para ingresso nos cargos públicos, e aceitar que o processo representativo é uma construção longa e, sobretudo, imagética, que levará tempos para se reconfigurar.

Por outro lado, encontrar a conexão com o prazer pessoal no uso da própria voz, pode descortinar outras possibilidades de subversão que ainda são novas para nós.

Recordar os motivos pessoais pelos quais se escolheu atuar no meio jurídico; compreender que as reações físicas e de supressão da voz são resultado de um processo histórico e coletivo de silenciamento; experimentar a liberdade de, após tantas gerações de mulheres negras que foram caladas, finalmente falar; sentir o prazer das próprias palavras brotando de si mesma; fruir a construção do raciocínio enquanto se fala; sentir orgulho das próprias construções, do próprio timbre; entrar em contato com a vitalidade que nos percorre quando falamos em defesa do outro e, sobretudo, quando conquistamos o direito de sermos ouvidas: talvez essas sejam pistas para um caminho de libertação possível para nós, mulheres negras que defendem. Por meio da permissão ao sentido de prazer e alegria em ser quem nós somos e dizer o que temos a dizer, mantemos a luta para sermos ouvidas e permanecermos vivas e ativas no mundo.

25 Memórias da Plantação, p. 48-49.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural.** São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Censo do Poder Judiciário, 2014.** Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/CensoJudiciario.final.pdf Acesso em: 3 mai. 2021.

DAVIS, Angela. **Mulheres, Raça e Classe.** São Paulo: Boitempo, 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **I Censo da Defensoria Pública do Estado da Bahia, 2020.** Disponível em http://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2020/11/sanitize_relatacc83_rio-i-censo-da-dpeba-1.pdf Acesso em: 3 mai. 2021.

GONZALEZ, Lélia. **Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira.** Disponível na compilação "Primavera para as rosas negras: Lélia Gonzalez em primeira pessoa", 1ª ed, São Paulo: Diáspora Africana - Editora Filhos da África, 2018, p.191-192.

HALL, Suart. **Da Diáspora - identidades e mediações culturais.** 2ª ed. Belo Horizonte: UFMG, 2018.

hooks, bell. **Ensinando a Transgredir - A educação como prática da liberdade.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

_____. **Olhares Negros, Raça e Representação.** São Paulo: Elefante, 2019.

KILOMBA, Grada. **Memórias da Plantação - Episódios de Racismo Cotidiano.** Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

LOPES Jr, Aury. Direito Processual Penals. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOREIRA, Adilson. **Racismo Recreativo.** São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

NASCIMENTO, Abdias. **O Genocídio do Negro Brasileiro.** 3ª ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

OLIVEIRA, Rita Cristina de. **A Defensoria Pública no Espelho das Relações Raciais** (artigo). Revista Carta Capital, publicada em 13 de maio de 2019.

ENTRE RACISMO, DIREITO PENAL DO INIMIGO E SELETIVIDADE PENAL: ANÁLISE DAS CONDENAÇÕES POR TRÁFICO DE DROGAS DA 1ª VARA DE TÓXICOS DA COMARCA DE SALVADOR-BA EM CASOS ATENDIDOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA NO ANO DE 2016

Luana Rebeca Silva Pereira[1]

RESUMO: O presente trabalho estuda a teoria do Direito Penal do Inimigo e a seletividade penal na atuação das agências penais no que diz respeito ao tráfico de drogas. Para tanto, propôs primeiramente uma breve análise teórica sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo e sua expressão na Lei de Drogas, seguida de uma discussão sobre os problemas na definição de traficante e usuário, deixada pelos critérios subjetivos estabelecidos pelo legislador que acarretam numa aplicação seletiva da referida legislação. Após, é realizada uma análise crítica das sentenças prolatadas pela 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, no ano de 2016, nos processos em que houve atuação da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Por meio da análise foram extraídos dados relativos às condições socioeconômicas dos réus, quantidade de drogas, condenações, desclassificações e absolvições, fazendo-se possível perceber os equívocos e desproporcionalidades na justiça criminal nos delitos de tráfico de entorpecentes.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Lei de Drogas. Tráfico de Drogas. Seletividade Penal. Usuário. Traficante. Defensoria Pública.

ABSTRACT: *The present work studies the theory of the Criminal Law of the Enemy and the criminal selectivity in the action of the criminal agencies with respect to drug trafficking. To do so, he first proposed a brief theoretical analysis of the criminal law theory of the enemy and its expression in the Drug Law. It then presents a brief historical overview of the prohibition of drugs in Brazil followed by a discussion of the problems in the definition of trafficker and user left by the subjective criteria established by the legislator that entail in a selective application of said legislation. After a critical analysis of the sentences issued by the 1st branch of Toxic of the Region of Salvador in the year*

1 Bacharela em Direito (UFBA). Advogada.

of 2016 in the cases in which there was action of the Public Defender of the State of Bahia. Through the analysis were extracted data on the socioeconomic conditions of the defendants, quantity of drugs, convictions, disqualifications and acquittals, making it possible to perceive the misconceptions and disproportionalities in criminal justice in the crimes of drug trafficking.

Keywords: *Criminal Law of the Enemy. Law of Drugs. Drug trafficking. Penal selectivity. User. Drug dealer. Criminal selectivity. Public Defense.*

1. INTRODUÇÃO

As taxas de encarceramento brasileiras cresceram exponencialmente nos últimos anos, tendo aumentado 136% entre os anos de 1995 e 2015.[2] Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional em 2020, atualmente, o Brasil é o terceiro país no mundo com a maior taxa de encarceramento, contando com uma população carcerária de 756.966 presos. Deste total, aproximadamente 42% são jovens, com idade entre 18 e 29 anos[3]. Analisando os relatórios, depreende-se que o tipo penal responsável por este fenômeno, foi o tráfico de drogas que corresponde a 39,42%[4] do total dos presos no Brasil, revelando um crescimento de 320,31% no número de presos por este delito nas duas últimas décadas.

A Lei de Drogas de 2006 estabeleceu um aumento das penas do delito de tráfico de drogas, como reflexo de um entendimento segundo o qual, o recrudescimento penal seria capaz de reduzir a criminalidade. Tal aspecto somado ao fato do Brasil fazer parte da política de guerra às drogas, na qual a figura do traficante passa a ser o inimigo número um da nação, resulta no aumento de prisões, processos e condenações relacionadas ao tráfico de drogas.

O Brasil está inserido no contexto mundial de guerra contra o tráfico de drogas, o que tem acarretado num endurecimento da legislação penal e nas medidas de combate a este crime, aproximando-se de aspectos característicos da teoria do Direito Penal do Inimigo, proposta pelo professor alemão Gunter Jakobs.

2 BARRETO, Ana Luísa Leão de Aquino. Urgência punitiva e tráfico de drogas: as prisões cautelares entre práticas e discursos nas Varas de Tóxicos de Salvador. 2017, 146f. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. p. 11.

3 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciarias 2020. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen . Acesso em 13 de maio de 2021.

4 NASCIMENTO, Luciano. Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado. Agencia Brasil. 2020. Disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado . Acesso em 13 de maio de 2021..

A legislação antidrogas brasileira apresenta como característica marcante, a multiplicidade de verbos em seus tipos, sendo que muitos deles são idênticos nos artigos que tipificam porte de drogas para uso e no artigo correspondente ao crime de tráfico. Tal fato alia-se ainda ao não estabelecimento de critérios objetivos para realizar a diferenciação entre traficante e usuário e tem acarretado numa aplicação seletiva nesse aspecto, culminando em condenações pautadas apenas em depoimentos policiais, permeadas de preconceitos socioeconômicos[5], sendo este o foco desta pesquisa.

Foi realizado um estudo das sentenças publicadas no primeiro semestre de 2016 pela 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, nos processos em que houve a atuação da Defensoria Pública do Estado da Bahia. O estudo foi dividido em dois momentos. Primeiramente, foi realizada uma análise quantitativa com a verificação das quantidades de drogas apreendidas, escolaridade dos réus, tipos de provas produzidas no processo, e se este terminou em condenação, absolvição ou desclassificação. Por fim, foi realizado um breve exame qualitativo com os processos, nos quais os réus sustentavam serem usuários, buscando aprofundar as reflexões a respeito de como se deram as prisões, quais as provas influíram na decisão do magistrado e como isso poderia revelar uma atuação seletiva orientada por estigmas e estereótipos.

2. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: DIREITO PENAL DO INIMIGO E A SELETIVIDADE PENAL NA GUERRA AS DROGAS

O sistema penal opera dentro do controle social institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo, e na prática abarca desde uma atividade normativa que cria a lei e institucionaliza o procedimento, até que se impõe e executa uma pena, sendo incluídas também as ações controladoras e repressoras. O sistema penal é uma forma violenta de sustentação da estrutura de poder, faz uma criminalização seletiva dos marginalizados, realizando a manutenção do poder de um setor social[6].

Nilo Batista leciona que o direito penal é legislado para cumprir funções "dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira"[7]. As explicações usuais das funções do Direito Penal como um meio de defesa e de combate ao crime, devem ser questionadas, e, em contrapartida, deve ser

5 BOITEUX, Luciana. PÁDUA, João Pedro. A desproporcionalidade da lei de drogas. Os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil. 2013. Disponível em http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e.pdf . Acesso em 22 jan 2018.

6 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral. 9ª Ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.62-70.

7 BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p.19.

destacado o caráter prático do Direito Penal, que existe para que algo se realize, tendo um atributo finalístico: estar à disposição do Estado para a realização de fins políticos e econômicos, demonstrando o funcionamento seletivo do sistema de controle social institucionalizado, interessado em atingir determinadas integrantes de determinados grupos.

Entende-se que atualmente estamos inseridos numa sociedade de risco, conceito desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck e comumente utilizado para caracterizar o modo pós-industrial que vivemos. Vivemos na sociedade da insegurança e buscamos a segurança absoluta, a evitabilidade do mal. Uma busca que, entretanto, é ilusória, já que os riscos não são capazes de serem eliminados, mas tão somente passiveis de serem gerenciados[8].

José-Maria Silva Sanchez[9] explica ainda que a sociedade de risco na qual estamos inseridos é altamente competitiva e desloca para a marginalidade diversos indivíduos, que acabam por serem percebidos pelos demais como fontes de riscos pessoais e patrimoniais. Ressalta também que, além da sociedade de risco tecnológico, somam-se problemas internos pré-existentes, que se agravaram, destacando, em especial, o desemprego e "a criminalidade de rua", o que resulta na sensação de que o outro se mostre como um risco de dimensão não tecnológica.

Nessa lógica, há em nossa sociedade a sensação de insegurança que é fomentada pelos meios de comunicação, acarretando numa impressão de perigo aumentado. Acredita-se que esta é a "sociedade da informação globalizada", na qual os meios de comunicação transmitem a mais absoluta realidade e que o telespectador, está mais atualizado e próximo de tudo o que acontece no mundo. Propaga-se a todo instante, de forma dramática e mórbida, notícias relacionadas a crimes e a insegurança. Vende-se a ideia de que existe uma total impunidade e que esta seria a responsável pelo aumento da violência e da criminalidade, atuando como um fator multiplicador da sensação de medo na sociedade[10], como é o caso da construção da imagem da figura do traficante, sempre veiculada pela mídia como um homem negro residente na periferia.

Consequentemente, como um instrumento de respostas às pressões feitas pela mídia e pela sociedade, o Estado utiliza-se do endurecimento no campo penal, surgindo então normas típicas do direito penal de emergência e simbólico, resultando numa maximização deste ramo.

8 BELO, Warley. A noção de bem jurídico no funcionalismo radical sistêmico. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98803/nocao_juridico_funcionalismo_belo.pdf. Acesso em 13 dez 2017.

9 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. A expansão do Direito Penal. Aspectos da politica criminal nas sociedades pós-industriais. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002. p. 29.

10 BELO, Warley. Ob cit. p. 38.

Observa-se uma tendência à funcionalização e instrumentalização do Direito Penal para dar respostas eficazes aos problemas sociais, resultando assim numa maximização que despreza garantias tradicionais e conduzem a um Direito Penal autoritário, sendo o Direito Penal do Inimigo uma das vertentes dessa maximização.

Utilizando-se do aporte das teorias de filósofos contratualistas como Kant e Hobbes, bem como aspectos da teoria dos sistemas de Luhmann, Jakobs parte da caracterização da relação existente entre o Estado e os indivíduos, como contratualista, para desenvolver sua teoria do Direito Penal do Inimigo[11].

Com base na teoria construída por Jakobs, o Direito Penal do cidadão se baseia na prevenção geral positiva, só seria aplicado quando houvesse a exteriorização da ação delitiva, devendo ser dirigido ao delinquente que desviou sua conduta, praticou um crime, mas que oferece segurança cognitiva de fidelidade a norma, não coloca em perigo o Estado e que poderá se reajustar ao direito ao ser punido com uma pena e restabelecerá a vigência na norma.[12]

No que se refere aos inimigos, o autor alemão explica que estes são os indivíduos que defraudam as expectativas normativas de maneira duradoura, que não oferecem garantia cognitiva necessária a um cidadão, demonstrando assim serem um perigo, cuja reação do Estado deve ser não em busca da compensação do dano a norma, mas sim objetivando a eliminação de um perigo. Assim, com relação aos inimigos, não haveria uma sanção com relação a um delito cometido que viesse a negar a vigência da norma, mas sim uma punibilidade que busca segurança frente a fatos futuros, aplicando-se a prevenção especial negativa[13].

Segundo Jakobs[14], o Direito Penal do Inimigo é legitimo tendo em vista a necessidade de manutenção da configuração do Estado e de segurança dos cidadãos. Os inimigos seriam os que praticam crimes sexuais, tráfico de drogas, crimes econômicos, quem participa da criminalidade organizada, de organizações terroristas, sendo a figura do terrorista o maior referencial de inimigo. Os inimigos se afastam do Direito de forma duradoura, sustentam uma condição de não-pessoa, sendo necessária uma reação do ordenamento jurídico que objetive a neutralização e eliminação desse perigo, sendo aplicado a eles um Direito Penal de Exceção.

11 GRACIA MARTIN, Luis. O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. Traduzido por Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 75/76

12 HABIB, Gabriel. O Direito Penal do inimigo e a lei de crimes hediondos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016. p. 6

13 JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÀ, Manuel. Direito Penal do Inimigo, Noções Críticas. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.31-34.

14 Ibdem. p.34.

Na construção do autor alemão, admite-se a imposição de uma série de medidas extraordinárias que visam a neutralização do inimigo, como a criação de tipos penais de risco, com ampla antecipação da punibilidade, punição de atos preparatórios, agravação das penas sem proporcionalidade com o fato, concepção da pena como pena de segurança, restrição de garantias processuais, aumento de prisões preventivas e de seus prazos, inversão de ônus da prova, banalização e alastramento no uso de métodos de investigação e de provas excepcionais, medidas essas capazes de diminuir as garantias do acusado, mantendo-o mais tempo no cárcere e impossibilitando seu retorno ao convívio social[15].

2.1. O TRAFICANTE COMO INIMIGO

Zaffaroni[16] entende que os inimigos, ou estranhos, perpassam por toda a história do direito ocidental, e sempre são individualizados pelos detentores do poder, baseados em seus interesses políticos e econômicos que sempre conferiram um tratamento penal diferenciado, deixando de aplicar os princípios e garantias do direito penal liberal àqueles que consideram perigosos, marcados como inimigos da sociedade.

Consoante o que escreve Rosa Del Olmo[17], existe a construção de um estereótipo relacionado a figura do traficante como inimigo que passou a ser mundialmente difundido.

Durante as décadas de sessenta a oitenta, diante do aumento do consumo de drogas, ganha espaço público veiculado como práticas de grupos desviantes e degenerados que se espalhava como um "mal" pelos países. Um uso que movimenta um mercado não regulamentado pelo governo, passando a ser colocado como um problema a ser mundialmente combatido. Nesse mesmo período, a droga foi declarada pelo presidente estadunidense, Nixon, como "o primeiro inimigo público não econômico", associada a um discurso de ameaça à ordem e o traficante como um narcoterrorista e narcoguerrilheiro que deveria ser combatido e ao qual não caberia conferir garantias do Direito Penal.[18]

Com a difusão do discurso de que a droga e o tráfico eram responsáveis pela criminalidade e a violência, um inimigo a ser combatido, o tráfico de drogas chegou até mesmo a ser inserido no rol dos crimes hediondos pela Constituição Brasileira

15 HABIB, Gabriel. Ob. Cit. p. 14.

16 ZAFFARONI, Eugenio Raul. O inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 11.

17 DEL OLMO, R. A Face Oculta da Droga. Rio de Janeiro: Revan, 1990. P. 22.

18 BARRETO, Ana Luísa Leão de Aquino. Ob. Cit. p.50.

de 1988. Ao longo dos últimos 30 anos, o que tem se percebido é a reafirmação desse discurso e a inserção de aspectos típicos do Direito Penal do Inimigo na legislação e nas políticas de proibição ao tráfico.

Essa inclusão do tráfico no rol de crimes hediondos, posteriormente, com a publicação da Lei de Crimes Hediondos, pelo legislador infraconstitucional, é um exemplo da contaminação da legislação ordinária com o Direito Penal do Inimigo, pois apresenta uma série de medidas de tratamento diferenciados, com restrições de garantias, aos autores destes crimes.

Por meio dessa manipulação das imagens, associou-se a imagem do traficante a homens negros e indivíduos de classes econômicas mais baixas, que ameaçam as "pessoas de bem", que controlam as periferias e favelas, sendo vistos como inimigos que devem ser eliminados para a segurança de todos.

Com o objetivo de tranquilizar a população, criam-se normas simbólicas que endurecem as penas para dar respostas aos que acreditam que o Direito Penal poderia trazer toda a segurança e proteção que a população precisa.

Direcionando-se estritamente a Lei de Drogas atual, percebe-se na sua aplicação pelo menos três aspectos típicos do Direito Penal do Inimigo: o adiantamento da punibilidade, desproporcionalidade das penas, relativização de garantias processuais.

Inicialmente, a própria Lei nº 11.343/06 prevê duas respostas penais antagônicas[19]: a máxima repressão ao traficante, ao qual são negadas diversas garantias e aplicadas medidas de combate ao inimigo, enquanto ao usuário, é estabelecida uma descarcerização, aplicando o rito dos crimes de menor potencial ofensivo[20], previsto na Lei nº 9.099/95 que institui os Juizados Especiais. Coexiste então, num mesmo instituto, uma desproporcionalidade das penas, duas respostas penais reflexas do direito penal do autor e do Direito Penal do Inimigo.

Segundo Zaffaroni[21], a concepção de inimigo como um ser privado da concepção de pessoas gera uma contradição entre a doutrina penal e os princípios do Estado constitucional de direito, já que este não admite a ideia de "não-pessoas" nem mesmo em estados de guerra. Para o autor, a legitimação de um Direito Penal do

19 CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 252.

20 A Lei 9099/95 em seu art.61, com redação modificada pela Lei 11.313/2006 estabelece que: "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial."

21 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. O Inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan. 2007. p. 18.

Inimigo levaria à destruição do Estado de direito, já que este estaria abandonando a defesa dos direitos individuais e consequentemente retrocedendo a um Estado absoluto com poderes ampliados diante da existência de inimigos.

3. CRÍTICAS À DEFINIÇÃO E AO TRATAMENTO DE USUÁRIOS E TRAFICANTES NA LEI Nº 11.343/06

A Lei nº 11.343/06 não conseguiu resolver a ambiguidade presente na diferenciação entre traficantes e usuários, permitindo que a precariedade na definição, consentisse numa margem discricionária no momento de sua aplicação. A referida legislação pende entre dois extremos opostos de resposta penal e utiliza-se de tipos penais vagos, preceitos em branco e qualificações genéricas com a justificativa de possibilitar maior atualização e flexibilidade no sistema punitivo[22].

A atual legislação apresentou a proposta de desencarceramento do usuário, sendo regulamentada pelo art. 2823, *caput,* conceituando usuário como aquele que: adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, passando-se a ter como medidas punitivas, as penas de advertência sobre efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O segundo parágrafo do artigo supracitado dispõe que caberá ao juiz,

a determinação se a droga se destinava ao uso ou ao consumo pessoal, elencando uma série de elementos vagos e subjetivos como: a natureza e quantidade da droga apreendida, o lugar e as condições da infração, as circunstâncias pessoais e sociais, bem como a conduta e antecedentes do réu.

Sobre a falta de clareza e a larga margem de discricionariedade na classificação das condutas, escreve Antônio Carlos Ribeiro Júnior[24]:

22 CARVALHO, Salo de. Ob. Cit. p.254.

23 A Lei 11.343/06, em seu Art. 28 dispõe que: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II- prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

24 RIBEIRO JR. Antônio Carlos. As drogas, os inimigos e a necropolitica. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MaX11LehvzIJ:https://periodicos.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/download/251/223+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 19 jan 2018. P.8-15.

> Observe-se que não há nenhum critério objetivo que diferencie condutas que podem levar a pessoa a uma pena que vai de cinco a quinze anos de privação de liberdade ou a ficar submetido a penas socialmente alternativas. Não há nenhuma segurança, nada que garanta uma separação clara entre um porte de drogas ser considerado tráfico ou uso pessoal, nem mesmo a quantidade de drogas encontrada. Esta situação levou a um aumento considerável do encarceramento da juventude negra e periférica. O tráfico de drogas é o segundo ato infracional mais recorrente no país, superado apenas pelo roubo.

No que se refere ao tratamento dirigido ao traficante, a nova legislação endureceu a punição, aumentando a quantidade mínima da pena e deu continuidade à multiplicidade de verbos que já era presente na legislação anterior. O artigo 33, *caput,* da Lei nº 11.343/06, descreve 18 verbos como núcleos do tipo, sendo que tais condutas podem ser praticadas de forma isolada ou sequencial e vários deles estando em semelhança com os tipificados no artigo que se refere ao uso.

A lei estipula ao traficante regras e procedimentos próprios, diferentes dos que são previstos aos usuários, sendo aplicado ao tráfico a resposta penal máxima. Verifica-se a proliferação de verbos nucleares, significando uma abertura da tipicidade, permitindo a punição de qualquer conduta presente no dispositivo, mesmo que determinado indivíduo, pouco tenha contribuído para a venda, armazenamento ou disseminação das drogas. Para a caracterização deste crime, basta a prática de apenas uma ação dentre as previstas, o que, na ânsia punitivista, pode acarretar na aplicação do tipo mais gravoso às condutas dúbias.

Salo de Carvalho[25] considera que, diante da absoluta correlação dos verbos do art.28 com as hipóteses do art.33, a finalidade de agir deveria ser o critério considerado para a classificação das condutas. Devido a inexistência de referência à intencionalidade da ação, normalmente, peca-se por caracterizar certas situações como tráfico, independentemente da real destinação ao comércio ilícito, tendo a jurisprudência consolidado tal caracterização. Tal prática resulta na excessiva punição de condutas com pouca danosidade social ou com reprovabilidade sensivelmente inferior do que as que concretamente destinam-se ao comércio e distribuição.

Ainda neste sentido, o referido autor defende que a única forma de diferenciação das condutas, seria a comprovação do objetivo para consumo pessoal, já que para a configuração da conduta de tráfico, os tribunais não entendem ser necessário o

25 CARVALHO, Salo de. Ob.cit. p.261-268.

dolo específico de mercancia da substância entorpecente[26]. O art.28 da nova Lei de Drogas estabelece critérios subjetivos, através da conjuntura fática (tempo, local e forma de agir) e características do autor, que deveriam ser levados em conta como indícios para o julgador, mas que, entretanto, tem servido como critérios únicos e exclusivos no juízo de imputação. O que se tem percebido é que, contrariando preceitos constitucionais, em dúvida, aplica-se o tráfico de drogas.

O enquadramento da conduta gera efeitos processuais e estigmatizantes, que vão além da sentença e da pena. Enquanto a lei estende ao usuário um procedimento de crimes de baixo potencial ofensivo, estando vedada a prisão em flagrante, determinando que seu rito seja o da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o tratamento legal dado ao traficante é típico de um inimigo que precisa ser extirpado da sociedade.

Ao adotar o sistema do reconhecimento policial e judicial, embora tenha elencado alguns critérios para a distinção, a legislação brasileira abriu margem à arbitrariedade e seletividade na classificação da conduta do usuário ou traficante, já que nosso sistema penal funciona de forma desigual.

Alessandro Baratta[27] explica que, embora exista um mito de que o tratamento da justiça criminal é igualitário para todos os indivíduos, e que a sua atuação seria pautada pela neutralidade, na verdade, o sistema penal realiza a função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, sendo um mecanismo eficaz contra a integração de setores mais baixos e marginalizados da sociedade, através de processos marginalizadores.

Em nossa sociedade, existe a difusão da ideia de que a pobreza produz a criminalidade. Tal fato se correlaciona com a construção no imaginário da população da figura do traficante, principalmente pelos meios de comunicação, que de forma dramática e hiperbólica, divulgam diariamente essa imagem, como sendo o homem negro, morador de bairro periférico, e isso é resultado de um sistema penal que ainda não superou a estereotipação de determinados grupos. Isso conduz a uma aplicação seletiva do direito que aplica sanções penais estigmatizantes e desproporcionais aos indivíduos que pertencem a estratos sociais mais baixos.[28]

26 Ibdem. p.265.

27 BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. 3ª Edição. Editora Revan. Rio de Janeiro. 2002. P. 175.

28 Ibdem. P. 8.

Neste sentido, posiciona-se Ana Luísa Barreto:

> É necessário sinalizar que a política de drogas em sua função oculta cumpre um importante papel de controle das classes populares, processo que no Brasil se inicia de maneira tímida no século XIX (MOREIRA, 2015, MACRAE, 2016), mas que assume principal destaque na política criminal brasileira no fim do século XX. Assim, por meio de uma legislação marcada por uma multiplicidade de verbos e condutas criminalizáveis, a droga vai se convertendo no "mais imperturbavelmente plástico" eixo (BATISTA, 1998, p.89), que autoriza uma ampla margem de discricionariedade na atuação de diferentes agentes do sistema penal – da policia aos juízes-, incrementando a seletividade inerente a esse sistema.[29]

A abertura interpretativa deixada pelos artigos 28 e 33 da Lei de Drogas contribui para a discriminação e permite que na sua aplicação, arbitrariamente, seja exercido o poder punitivo máximo contra os setores mais pobres da população, que acabam por ter sua conduta caracterizada como tráfico e sofrem a repressão do encarceramento que representa uma retirada da sociedade, deixando o condenado imobilizado e excluído.

As abordagens estrategicamente são feitas em locais periféricos, e seus residentes, cidadãos pretos ou pardos, que normalmente já são excluídos da educação e do trabalho dignos, tem para si reservado o papel de traficante. De pronto já fica construído um cenário e um discurso repetido inúmeras vezes que já se enquadra no estigma esperado no curso do processo: o cidadão parado em "atitude suspeita", próximo a um suposto ponto de venda de drogas, geralmente homens negros ou pardos, de baixa escolaridade e que não possuem empregos formais, que possam constituir provas suficientes ao juiz, de que possuem outra ocupação que não a de traficante, e que torne aceitável que a substância encontrada seria verdadeiramente para uso pessoal.

Ao magistrado resta o papel de interpretar e decidir se a droga se destina ao uso ou não e avaliar a natureza da substância, mas também as circunstâncias sociais e pessoais dos acusados, que normalmente já são excluídos da educação e do trabalho dignos, e acabam tendo, reservado para si, o papel de traficante, já que seu status social e suas condições pessoais são interpretadas em seu desfavor.

29 BARRETO, Ana Luísa Leão de Aquino. Ob. Cit. p.47.

4. O QUE DECIDE O JUDICIÁRIO? PROBLEMAS NA DEFINIÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE - ANÁLISE DOCUMENTAL

Essa pesquisa tem como eixo central, a análise da existência de problemas na diferenciação entre usuário e traficante com base em dados coletados em processos. O objetivo foi interligar a discussão teórica realizada nos dois primeiros capítulos com um objeto empírico, de forma a ampliar a análise e verificar na prática a aplicação dos estigmas em processos.

O objeto empírico desse estudo são os processos concluídos em primeira instância no primeiro semestre do ano de 2016, oriundos da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, nos quais houve atuação da Defensoria Pública do Estado.

Optou-se por processos nos quais havia a atuação da Defensoria Pública do Estado da Bahia, pelo fato de que, devido a uma experiência de estágio no setor de assistência jurídica aos réus acusados de crimes previstos na Lei de Tóxicos da instituição, foi facilitada a autorização para acessar os dados relativos ao trabalho desenvolvido pela Defensoria.

A opção por processos finalizados se deu porque estes possibilitariam verificar, na prática, o problema da diferenciação entre usuário e traficante e como as provas foram consideradas, bem como realizar a análise dos textos e argumentos contidos nessas sentenças, e se elas expressam a seletividade penal e a imagem do traficante como inimigo.

O trabalho de coleta de dados se iniciou com a leitura das intimações publicadas pela 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador em nome da Defensoria Pública Estadual, através do sistema eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Inicialmente, foram selecionadas todas as sentenças dessa vara especializada do primeiro semestre de 2016, tendo encontrado um total de 32 sentenças. A coleta inicial foi complementada através da "consulta processual" no site do Tribunal de Justiça, o que permitiu verificar quais provas foram produzidas e os processos, os réus alegaram porte para uso pessoal e ainda assim foram condenados por tráfico.

A pesquisa foi dividida em dois momentos, um de caráter quantitativo e outro qualitativo.

No primeiro momento foi montada uma base de dados utilizando o programa "Excel" e com a planilha foram incluídas as variáveis: número do processo, tipo e quantidade da substância apreendida, provas produzidas, escolaridade e existência

de ocupação formalizada, local do flagrante (em casa/ na rua/ presídio), resultado do processo (condenação/ absolvição/ desclassificação), alegação de perseguição ou violência policial e tempo de pena, caso o réu tenha sido condenado.

Na análise qualitativa, por conseguinte, foi realizada uma análise exploratória, detendo-se apenas aos processos, em que os réus foram flagranteados na rua ou em casa e tenham alegado em sua defesa, o fato de serem usuários, sem um questionário predefinido, procurando identificar quais fundamentos se repetiam ao longo das decisões e os argumentos que marcavam o discurso oficial contido nos autos e se eles estariam permeados pelas estigmatizações sociais, com o objetivo de entender como são decididos e justificados os processos, revelando as ideologias presentes nos autos.

4.1. OS ACHADOS QUANTITATIVOS

O propósito em estudar os processos já sentenciados é entender como as características de classe e renda dos réus seria capaz de determinar em quais casos, seria aplicado o artigo 28 e em quais seria aplicado o artigo 33, diante da margem de arbitrariedade que a Lei de Drogas confere ao julgador.

Dos 32 processos analisados, 78,12% terminaram com a condenação dos réus por tráfico de drogas, nas sanções do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e 18,75% dos réus foram absolvidos. Do total, 18,75% dos réus disseram ser usuários, contudo apenas 3,13% tiveram sua conduta desclassificada como configurada no art.28 da referida lei.

Os primeiros dados coletados foram relativos aos tipos e quantidades de drogas apreendidas. Notou-se que uma quantidade expressiva dos acusados portava menos de 30g de droga, representando um percentual de 38%. Desses réus que foram flagrados com menos de 30g de entorpecentes, 75% foram condenados ao crime de tráfico de drogas, previsto no art.33 da Lei nº 11.343/06, o que revela a seletividade do sistema de justiça criminal, bem como demonstra que a multiplicidade de verbos presentes neste tipo penal, acaba por encarcerar o "varejo" do tráfico, aumentando exponencialmente a taxa de aprisionamento no Brasil.

Sobre a variável da quantidade, relacionando-se com o estudo feito por Maria Gorete Marques de Jesus[30], se o Brasil adotasse os critérios objetivos de diferenciação por quantidades-limites de porte de droga para uso pessoal, como é adotado na Bélgica, México, Portugal e outros países, cerca de 69% das pessoas aprisionadas

30 JESUS, Maria Gorete Marques. "O mundo que não está nos autos": a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Dissertação (mestrado). 2016. 276 f. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016. P. 43.

com porte de maconha e 19% com posse de cocaína teriam sido consideradas usuárias e estariam soltas. Ainda com relação a quantidade, no que se refere às penas, a utilização do critério objetivo também geraria uma grande influência, já que esta passaria a ser proporcional à quantidade encontrada, e os nossos condenados teriam recebido penas de até 6 meses de prisão, bem abaixo da pena mínima prevista no art. 33, da Lei nº 11.343/06, que é de 5 anos.

A segunda variável analisada diz respeito às provas produzidas na instrução processual e consideradas no momento da prolação da sentença. Um percentual de 75% dos processos teve apenas depoimentos policiais como provas, e 70% delas acabaram com condenações por tráfico, tendo como base apenas as alegações dos policiais que efetuaram a sua prisão. Dos 25% que apresentaram outras provas, mesmo estas sendo contrárias às informações dadas pelas testemunhas de acusação, apenas um réu foi absolvido, sendo que neste único caso existia um Laudo de Lesões Corporais, atestando a tortura sofrida pelo réu. Ainda neste sentido, cumpre ressaltar que, em 42% dos processos analisados, os réus alegaram já terem sido abordados em outras situações pelos mesmos policiais, bem como terem sofrido com atuações territorializadas e violentas por parte dos prepostos do Estado.

Sobre a centralidade do policial nos processos relacionados ao tráfico escreve Maria Gorete Marques:

> É esse agente que vai narrar os fatos como crime e oferecer à justiça criminal os "indícios" de "materialidade" e "autoria", elementos fundamentais para o início de uma ação penal. Importante destacar também que são os policiais do flagrante que figuram majoritariamente como testemunhas nos casos de tráfico de drogas. Eles são, ao mesmo tempo, a ponta e o desfecho de todo o processo de incriminação na política de drogas. [31]

Tal estatística nos permite fazer uma reflexão sobre a centralidade da narrativa policial para a incriminação de pessoas por tráfico, principalmente quando percebemos que por ser um tipo penal, no qual não há propriamente uma vítima e por ter como bem jurídico protegido a saúde pública, geralmente os únicos que presenciaram a cena são os próprios policiais que realizaram o flagrante. Notou-se que, mesmo em casos nos quais, na cena do fato, havia outros indivíduos que conseguiram empreender fuga,

31 JESUS, Maria Gorete Marques. P. 20.

deixando para trás objetos e as substâncias apreendidas, as formas como os policiais narram as cenas são tidas como os relatos verdadeiros e possuem potência a ponto de serem a única prova que o magistrado considera e acaba por condenar o réu.

Com relação à escolaridade é relevante destacar que 74% possui apenas o primeiro grau completo e que 93% não possui um emprego formal, o que reflete no momento da avaliação realizada pelo magistrado, que acaba por entender que pelo réu morar em região na qual ocorre o tráfico de drogas e não demonstrar uma ocupação que lhe gere renda suficiente, este consequentemente trabalha para o tráfico com o objetivo de "lucro fácil", como se repete na maioria das sentenças analisadas. A própria lei ao estabelecer que as condições sociais e pessoais do acusado devem ser consideradas no momento da definição do delito, contribui para que fatores socioeconômicos sejam influentes na classificação do tipo, de forma que a consequência seja: a reserva do papel de traficante aos indivíduos das classes mais vulneráveis.

Os fatores socioeconômicos influenciam na definição do tipo penal e sobre isto esclarece Maria Gorete[32]:

> Assim, a legislação de 2006 reforça a seletividade do sistema penal, inserindo como critério de definição do crime a condição social da pessoa acusada. Campos destaca em sua pesquisa que um acusado analfabeto ou com ensino fundamental tinha 3.6 mais chances de ser acusado por tráfico que uma pessoa com ensino superior. As mulheres tinham 2.38 vezes mais chances de serem acusadas por tráfico do que homens (CAMPOS, 2015, p.156). O local também foi identificado como fator importante para incriminação, pois alguém preso em Itaquera (bairro periférico da cidade de São Paulo) tinha 2.13 maior probabilidade de ser acusado por tráfico que uma pessoa da região de Santa Cecilia (região central da cidade de São Paulo).

Do universo trabalhado, 12,5% dos réus eram mulheres. Embora nesta pesquisa o percentual de rés tenha sido pequeno, é importante ressaltar que o tráfico de drogas é o crime que mais encarcera mulheres.[33]

Nos quatro casos encontrados, todas as mulheres estavam envolvidas com o crime devido a alguma relação afetiva. Duas delas relataram terem sido coagidas por seus

32 Ibdem. P. 32.

33 BOITEUX, Luciana. PÁDUA, João Pedro. A desproporcionalidade da lei de drogas. Os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil. Disponível em http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e.pdf . Acesso em 02 fev. 2018.

companheiros, que estavam presos, para levarem drogas ao presídio, para que estes pudessem pagar dívidas dentro da penitenciária, sendo aplicado a elas, o *caput* do art.33, bem como a causa de aumento de pena prevista no art.40, III. As outras duas eram companheiras de homens envolvidos com o tráfico que guardavam drogas em suas residências, sendo acusadas juntamente com seus parceiros, mesmo com a negação, tanto na fase de inquérito quanto na fase judicial, de que realizassem as atividades relativas ao tráfico. Em uma das sentenças, o policial que fez o flagrante faz um juízo de valor e alega que o fato do homem ter assumido toda a droga era uma "estratégia para inocentar a ré"[34], o que depois acabou sendo reproduzido pelo magistrado em sua sentença. Todas as quatro foram condenadas.

A relação das mulheres com o tráfico é um parêntese pertinente para ser abordado diante destes casos encontrados na pesquisa. O fato de existirem diversos verbos no tipo do art. 33, mostra-se especialmente danoso em relação as mulheres que normalmente são incriminadas por "ter em depósito", contextos que envolvem seus familiares e companheiros, já que a lei não leva em conta a vulnerabilidade em que se encontram muitas dessas mulheres condenadas por tráfico, apenas por estarem próximas desses homens.[35]

Conforme destaca Boiteux[36], as mulheres no tráfico apresentam vulnerabilidade de gênero, além da vulnerabilidade geral que a maioria dos acusados por tráfico já apresentam (pobreza, baixa escolaridade, trabalhos degradantes). Normalmente não se encontram na cadeia de comando, mas sim ligadas a essa atividade e função de ligações familiares ou afetivas, sendo que muitas delas não intentam vender a droga, mas tão somente deixar que as substâncias sejam guardadas em suas residências, ou transportá-las.

Assim, os processos analisados e suas estatísticas servem para traçar um panorama geral que confirma que a maioria das pessoas condenadas por tráfico são socialmente vulneráveis, que sofrem com atuações policiais truculentas em bairros periféricos, presos por pouca quantidade de droga, não representando nenhuma importância na cadeia comercial, e que a justiça criminal atua de forma seletiva e discriminatória.

34 Processo nº 0309792-62.2015

35 BARRETO, Ana Luísa Leão de Aquino. Ob. Cit. p. 86.

36 BOITEUX, Luciana. PÁDUA, João Pedro. Ob. Cit. p.32.

4.2. UM RETRATO DAS SENTENÇAS DOS PROCESSOS POR TRÁFICO DE DROGAS

O fato da Lei de Drogas de 2006 não apresentar critérios objetivos para a diferenciação entre usuários e traficantes tem permitido que tal classificação seja realizada pelo magistrado através de critérios discricionários e subjetivos, o que, inserido no contexto da atividade seletiva da justiça criminal, tem levado a muitos usuários estarem sendo condenados por tráfico.

Neste momento serão apresentadas as breves análises dos seis casos encontrados na pesquisa, nos quais os réus alegaram que estavam portando droga para uso. Essa análise visa examinar quais as provas foram utilizadas, como se caracterizavam os relatos dos réus e das testemunhas de acusação e como o magistrado decidiu o caso.

Os estudos de caso a seguir fornecerão evidências sobre a seletividade da justiça criminal e a falha na criminalização de condutas relacionadas às drogas, com um foco na problemática da diferenciação entre usuário e traficante.

4.2.1. O RÉU PROCESSADO POR TRÁFICO POR PORTAR APENAS 2,76G DE CRACK[37]

Orfeu[38] tem segundo grau incompleto e trabalha como barbeiro, e estava com 22 anos quando foi preso em 2011. Relatou que no momento em que foi flagranteado estava próximo a sua residência, no bairro de São Caetano, região periférica da cidade, fazendo uso de crack, e que além deste, portava duas porções de maconha para uso pessoal.

Os policiais que efetuaram a sua prisão, como na maioria dos processos relacionados ao tráfico, foram as únicas testemunhas do processo. Um deles alega que, no dia da prisão de Orfeu, buscavam os suspeitos de terem realizado um assalto a ônibus na região. Nessa busca, a equipe teria avistado um grupo de jovens em atitude suspeita, próximo a uma região onde ocorre venda de drogas, e entre eles estava o réu que portava drogas. O segundo policial afirmou que o réu foi visto portando droga para venda, e compreendeu a sua atitude suspeita como a de traficante.

O caso de Orfeu chama atenção pelo fato de que toda a situação, que desde o início possuía elementos relacionados ao porte para uso, acabou dando início a um processo por tráfico por conta da narrativa policial. Não raro, nos casos relacionados ao tráfico, as abordagens policiais se dão em bairros periféricos de Salvador, e as

37 Os dados para a descrição e análise do caso foram extraídos dos autos do processo 0301086-32.2011.8.05.0001

38 Nome fictício.

narrativas policiais sempre contém a expressão "em atitude suspeita", o que nos faz questionar: o que seria essa atitude de suspeição? O simples fato de estar num bairro pobre, estigmatizado pela polícia, ser jovem e estar em grupo, já se torna suficiente para caracterizá-la?

Um segundo ponto que chama atenção é o fato do Ministério Público ter acolhido a conclusão do inquérito e formulado uma denúncia pleiteando a condenação por tráfico, neste caso em que todas as circunstâncias indicavam que o tipo correto era o de porte de droga para uso.

Neste caso, o magistrado, em consonância com o entendimento do Ministério Público em alegações finais, julgou improcedente a pretensão punitiva por entender que havia falta de provas[39], com a consequente absolvição de Orfeu.

Como se pode ver, o fato dos crimes previstos no art. 28 e 33 da Lei de Drogas compartilharem diversas condutas típicas, e pela carência de critérios objetivos e claros para a classificação correta, na prática acaba por ser a figura do policial, o elemento determinante na diferenciação entre porte de drogas para uso próprio e tráfico, sendo ele, o primeiro a ter contato com a situação e com o réu, e posteriormente, no curso do processo, o juiz considerar sua palavra como a prova de maior peso.

4.2.2. O RÉU QUE FOI PROCESSADO POR TRÁFICO POR PORTAR 2,06G DE CRACK[40]

Ícaro[41] estudou apenas até a 4ª série do ensino fundamental e trabalhava como ajudante de pedreiro quando foi preso em 2010, aos 22 anos. Relatou que no momento em que foi flagranteado estava próximo a sua residência, no bairro de Mussurunga, região periférica da cidade, quando portava 10 pedras de crack para uso pessoal.

Os policiais que efetuaram a sua prisão foram as únicas testemunhas do processo. Alegaram que estavam em ronda de rotina pelo bairro, tido como uma "invasão muito perigosa," na qual costumavam fazer várias incursões, e que o acusado foi avistado com algumas pessoas em um local deserto, resolvendo então abordar o réu, momento no qual foram encontradas em seu bolso as 10 pedras de crack. Embora os próprios policiais tenham afirmado que não viram o réu vendendo drogas, mesmo Ícaro tendo tentado explicar que as substâncias eram para consumo próprio, os policiais compreenderam a sua atitude suspeita como a de traficante.

39 O art.386, VII do Código de Processo Penal estabelece que: "O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII- não existir prova suficiente para a condenação."

40 Os dados para a descrição e análise do caso foram extraídos dos autos do processo 0088639-30.2010.8.05.0001

41 Nome fictício.

O caso de Ícaro chama atenção pelo fato de que toda a situação, que desde o início possuía elementos relacionados ao porte para uso, acabou dando início a um processo por tráfico por conta da narrativa policial. Destaca-se também o fato do Ministério Público ter acolhido a conclusão do inquérito e formulado uma denúncia pleiteando a condenação por tráfico neste caso em que todas as circunstâncias indicavam que o tipo correto era o de porte de droga para uso.

Sobre a importância da classificação do tipo penal que se inicia com a abordagem policial e consequentemente define se uma pessoa responderá um processo de porte para uso ou por tráfico de drogas, em consonância com o que foi identificado neste caso, Maria Gorete Marques[42] esclarece:

> A classificação do tipo de infração penal apresenta um considerável peso nos flagrantes envolvendo drogas, pois ela irá nortear o tipo de pena que o acusado receberá. Se a autoridade policial entender que uma pessoa encontrada com determinada quantidade de drogas estava portando para uso próprio, ela será encaminhada à delegacia onde será registrado um Termo Circunstanciado. Se a autoridade policial entender que ela portava droga com fim de comercializá-la essa pessoa será presa em flagrante e será elaborado um auto de prisão com base no crime de tráfico de drogas.

Neste caso, o magistrado, em consonância com o entendimento do Ministério Público em alegações finais, decidiu que a conduta deveria ser desclassificada para a prevista no art.28 da Lei de Drogas. Em sentença afirmou que apesar da dúvida em acreditar que o réu se trata de um usuário, não haveria prova firme em sentido contrário, o que chama atenção em como o magistrado parece trabalhar partindo do ponto de que o réu já chega ao processo como traficante. Ícaro teve sua conduta desclassificada para a tipificada no art.28 da Lei nº 11.343/06 a qual não cabe encarceramento.

4.2.3. CONDENADO POR TRÁFICO POR PORTAR 10,71G DE COCAÍNA E 4,82G DE MACONHA[43]

Adonis[44], foi preso em 2012, possui ensino fundamental incompleto e trabalhava como ajudante de carpinteiro. Foi flagranteado num local próximo a sua casa, no bairro de Fazenda Coutos III, região periférica da cidade de Salvador. Relata que era

42 JESUS, Maria Gorete Marques. Ob. Cit. P. 33.

43 Os dados para a descrição e análise do caso foram extraídos dos autos do processo 0341689-16.2012.8.05.0001

44 Nome fictício.

seu aniversário no dia em que foi preso e que havia comprado a droga para usar na comemoração, e que ao ver a polícia acabou jogando fora a droga por medo. A Defensoria Pública em sua tese de defesa alegou que o réu tanto em inquérito quanto em juízo mantém a mesma versão, a de tratar-se de porte de droga para uso, requerendo a desclassificação para o tipo previsto no art.28 da Lei de Drogas.

Um dos policiais que efetuou a prisão, em juízo, informou que o réu teria sido visto em uma moto e dispensando o pacotinho de droga no chão. Entretanto, afirma que de onde o acusado vinha era local de tráfico e que a droga aparentava ser para comércio e que o réu iria distribuir na comemoração entre amigos.

Chama atenção neste caso, o fato de que o magistrado na sentença condenatória afirma que o réu não o convenceu da posse para uso, bem como que os depoimentos policiais são coerentes. Destaca que a droga apreendida, embora em pequena quantidade, pela forma como estava embalada e o fato de ter sido preso em região com incidência de tráfico, acarreta na tese de que a droga se destinava para o tráfico. Neste ponto, percebe-se uma clara contradição: se o réu afirmou que tinha acabado de comprar a droga, ela não estaria ainda na embalagem exatamente da mesma forma que ele adquiriu? Para ser considerada como droga destinada ao uso, de que forma deveria o usuário comprar e armazenar?

O fato dos policiais interpretarem que a região era de incidência de venda de entorpecentes e que a embalagem das substâncias era a destinada para comercialização foi o suficiente para o magistrado. Tal fato demonstra o valor que é dado em juízo ao depoimento dos policiais e como as interpretações feitas por esses agentes são capazes de conferir status de certeza à decisão condenatória, que determinou ao réu uma pena de 3 anos e 3 meses.

4.2.4. O CONDENADO POR TRÁFICO POR 32,42G DE COCAÍNA[45]

Dionísio[46], que possui segundo grau incompleto e trabalhava como serralheiro, estava com 22 anos quando foi preso em 2014. Sua prisão aconteceu próximo a sua residência, no bairro de Santa Cruz, região periférica de Salvador. Relatou que foi agredido durante a abordagem e que os policiais apareceram com um saco de drogas para serem colocadas como suas.

Embora todos os policiais tenham declarado que o réu em nenhum momento assumiu ser traficante, e até mesmo um deles tenha afirmado que não viu o réu em posse

45 Os dados para a descrição e análise do caso foram extraídos dos autos do processo 0521210-47.2014.8.05.0001

46 Nome fictício.

de nenhum saco, tampouco o dispensando, e mesmo o laudo de lesões corporais atestando as agressões sofridas pelo réu, o magistrado ao sentenciar argumenta que os testemunhos policiais dão suporte a condenação, o que demonstra como a atuação ilegal e truculenta da polícia nos bairros periféricos é legitimada.

O réu não teve sua conduta desclassificada, nem mesmo diante da provada violência da atuação ilegal, lhe foi negada a aplicação do princípio *in dubio pro reo,* sendo condenado pelo crime de tráfico de drogas a uma pena de 1 ano e 8 meses.

4.2.5. O CASO DO RÉU CONDENADO POR TRÁFICO A 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO POR PORTAR 4,58G DE CRACK E 1,85G DE MACONHA[47]

Perseu[48] que possui primeiro grau incompleto, trabalhava como servente e estava com 27 anos quando foi preso. Contou que estava com sua namorada em uma rua de seu bairro, São Cristóvão, região periférica de Salvador, quando foi abordado por policiais, que na revista pessoal encontraram em sua pochete duas porções de maconha. Foi levado à delegacia e o restante das drogas lhe foram atribuídas neste momento, quando os policiais descobriram que este já havia sido condenado por roubo anteriormente.

Os dois policiais que foram testemunhas e acusação recordaram poucas coisas sobre o caso. Afirmaram que o réu estava próximo a um lugar que é ponto de venda de drogas, o réu teria tentado fugir ao ver a polícia e por isso foi abordado, mas não resistiu à prisão nem disse que as drogas eram para venda. Perseu não portava arma, nem dinheiro ou objetos que indicassem que tinha como objetivo, o tráfico.

Na sentença, o magistrado entendeu que os depoimentos dos policiais conferiam toda a certeza de que o réu portava essa quantidade de drogas para o tráfico, e assim considerou que a conduta do réu (portar 4,58g de crack e 1,85g de maconha) é intensamente reprovável. O magistrado escreveu ainda: "os motivos que ensejaram o crime não restam suficientemente esclarecidos. Entretanto, por dedução lógica, infere-se o intuito de auferir lucro decorrente do comércio criminoso", o que demonstra como, nesses casos, a avaliação subjetiva do magistrado se sobressai e torna-se suficiente para aniquilar a aplicação do *in dubio pro reo,* sendo o suficiente para condenar.

O caso de Perseu chama atenção para percebermos como o magistrado contentou-se com os depoimentos dos policiais e com o fato do réu possuir um antecedente

47 Os dados para a descrição e análise do caso foram extraídos dos autos do processo nº 0405506-20.2013.8.05.0001

48 Nome fictício.

criminal, abstendo-se de analisar a veracidade das informações. Por possuir uma condenação anterior por roubo, teve sua pena aumentada neste processo por tráfico. Perseu foi condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão.

4.2.6. O RÉU CONDENADO A 5 ANOS DE RECLUSÃO POR 2G DE CRACK E 26G DE COCAÍNA[49]

Aquiles[50] que possui primeiro grau incompleto e trabalhava como ajudante de cozinha, estava com 22 anos quando foi preso em 2015. Sua prisão aconteceu no bairro de Pernambués, região periférica de Salvador, quando havia acabado de comprar três porções de maconha para consumo pessoal. Afirma que, durante a abordagem, os policiais o levaram para outra localidade, na qual um outro grupo de policiais aguardava, e um desses policiais o reconheceu de uma abordagem anterior. Contou ainda que sofreu agressões físicas para que assumisse a posse de crack e cocaína.

Em juízo, os policiais afirmaram que o réu foi encontrado em uma localidade que é "conhecida por intenso tráfico de drogas", não tendo oferecido resistência nem tentado fugir da abordagem. Informaram que as drogas estavam no bolso da bermuda do réu, entretanto não se lembraram de terem visto o réu com outras pessoas, praticando atos de mercancia, ou que o mesmo tenha assumido que as substâncias eram para tráfico.

Neste caso, houve ainda a oitiva de uma testemunha de defesa que afirmou conhecer o réu e saber que ele era usuário de drogas, corroborando a tese de defesa.

A sentença de primeiro grau condenou Aquiles por tráfico de drogas, a uma pena de cinco anos, inteiramente fundamentada nos depoimentos dos policiais e nas informações coletadas na fase de inquérito. Novamente, é possível perceber o peso que é dado aos depoimentos policiais em processos ligados ao tráfico. O magistrado contentou-se com tais depoimentos e na falta de algo que "contrariasse seriamente" tais depoimentos, como escreve na sentença, devendo ser considerados sem ressalvas, conduzindo inexoravelmente à condenação.

Aquiles foi condenado, e por responder a outro processo por tráfico, embora sem trânsito em julgado, deixou de ser considerado primário, não obtendo o benefício previsto no art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06, e teve sua pena estabelecida em 5 anos de reclusão.

49 Os dados para a descrição e análise do caso foram extraídos dos autos do processo nº 0566983-81.2015.8.05.0001

50 Nome fictício.

5. CONCLUSÃO

O primeiro aspecto que mais se destacou na análise destes processos foi o fato de que o princípio *in dubio pro reo* parece ser esquecido, dando espaço a vigência constante do *in dubio pro societat*.

Aury Lopes[51] afirma que tal fato é característica de sistemas inquisitoriais que predominaram até o século XIV, no qual havia uma aglutinação de poderes na mão do magistrado, não havia imparcialidade, as provas eram valoradas, e o acusado era um mero objeto de verificação.

Segundo o autor supracitado, a presunção de inocência parte da ideia de que o réu é inocente até que se prove o contrário, sendo exigida uma prova completa da culpabilidade do fato, devendo o réu ser absolvido em caso de dúvida. É um dever de tratamento e está expressamente previsto no art.5º, LVII, da Constituição, devendo reger o processo penal.

Nos processos analisados, entretanto, verificou-se que o réu chega ao processo como culpado e tem a obrigação de desconstituir esta ideia e trazer provas robustas de que se trata de um usuário e não de um traficante. Porém, nenhuma das provas apresentadas parece ter maior valor que os depoimentos policiais, já que nos casos expostos, na maioria das sentenças, mesmo quando as testemunhas lembraram de poucos detalhes sobre o fato, a juíza acabou por decidir que o réu era culpado. Nestes casos, uma "semi-prova", guiada pelo interesse da sociedade em ver o "traficante" preso a qualquer custo, o magistrado o condena, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito, não podendo a dúvida autorizar a condenação[52].

Em vários desses casos, o magistrado pareceu entender que uma condenação com penas reduzidas, quando o acusado estava com pouca quantidade de droga e os depoimentos dos policiais eram vagos, seria equivalente a uma absolvição, já que o réu não iria ser encarcerado. Entretanto tal entendimento é completamente equivocado, já que em caso de dúvida o réu deveria ser absolvido.

Tal situação se mostra mais danosa ainda, quando analisamos que esses indivíduos residem em localidades que frequentemente são alvos de atuação policial e que,

51 LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 94-96.

52 Ibidem. p. 795.

numa próxima abordagem, esta condenação anterior pesará em desfavor do réu, que não terá mais direito a redução de pena prevista no art.33, §4º, e será tido como um traficante frequente.

Destacou-se ainda que as abordagens foram realizadas em localidades periféricas e que comumente foram repetidas expressões "locais perigosos", "pontos de intensa venda de drogas", para caracterizar tais bairros e legitimar a atuação dos mesmos. Aliada à estigmatização desses bairros periféricos, verificou-se também que a maioria dos processados por tráfico eram homens jovens, com baixa escolaridade e que segundo as testemunhas de acusação "estavam em atitude suspeita nessas localidades", sem entretanto esclarecer o que seria essa atitude suspeita.

Salvador é uma capital que advém de uma matriz histórica intimamente ligada com a escravidão. A primeira capital do Brasil, foi um dos berços do descobrimento e da implantação da economia colonial baseada num regime escravista. Entretanto, embora a escravidão tenha sido abolida, a discriminação racial e econômica perpetuou-se até os dias atuais e tem pautado as políticas de criminalização e de segurança pública.

Enquanto o grupo branco e dominante continua por ocupar os centros urbanos e os bairros tidos como nobres, nos belos recantos da cidade, com amplas moradias, os negros vão das senzalas e das casas dos senhores para as favelas, cortiços, invasões e conjuntos habitacionais, em zonas periféricas da cidade, habitando áreas onde os serviços básicos, como saúde, educação e transporte, são de pior qualidade ou estão em falta quando comparados aos de classe média, o que evidencia uma segregação racial do espaço urbano[53].

A estrutura urbana segregatória auxilia na sistematização de controle policial da "onda negra" e desses "indivíduos perigosos". A polícia e o aparato repressivo fortaleceram a resposta dada a ameaça negra, que se manteve como alvo do repertório de controle, sendo suspeitos generalizados, como delinquentes por excelência[54].

As políticas proibicionistas e a atuação policial na Bahia perpetuaram as relações de dominação e acentuaram as desigualdades sociais, de concentração urbana e de ocupação do espaço urbano, principalmente na capital, cidade de absoluta maioria negra. Com relação a nossa temática, o tráfico de drogas, tem-se a valoração negativa sobre o consumo de determinadas substâncias, associando-se a ideia de

53 AVELAR, Laís da Silva. "O pacto pela vida aqui é pacto de morte.!": O controle radicalizado das bases comunitárias de segurança pelas narrativas dos jovens do grande nordeste de Amaralina. 2016. 152 f. Dissertação (mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2016. P.30.

54 RIBEIRO Jr, Antônio Carlos. Ob. Cit. p.15

ser um costume pertencente as classes inferiores, muito embora este hábito não fosse exclusivo dos grupos sociais de baixo status social, conforme explicitou-se no segundo capítulo.

O modelo de segurança pública assumido em Salvador continua por aplicar práticas conservadoras de controle social, e nos últimos anos, em consonância com as políticas de combate as drogas no Brasil e o movimento de recrudescimento penal, revelam maior truculência dos agentes do Estado. A atuação da polícia baiana, tida como a terceira polícia que mais mata, é caracteristicamente marcada pelo racismo institucional, que faz um filtro racial e social nos bairros periféricos, com as "classes mais perigosas", e em seguida tais estigmas de periculosidade são reproduzidos nos processos por promotores e magistrados que assumem uma postura de "combate" claramente inquisitorial[55].

Uma outra expressão bastante presente nesses processos foi a de que o réu foi abordado na rua devido a sua "atitude suspeita", sem, entretanto, o significado dessa expressão sequer ser questionado pelo magistrado. Sobre o uso dessa expressão, Vera Malaguti Batista esclarece que a dita "atitude suspeita" não se relaciona com nenhum ato, mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social, sendo esta uma prática que exterioriza o racismo e os preconceitos inseridos na sociedade.[56]

Além disso, outro aspecto que teve destaque foi o fato dos policiais comumente alegarem que "a droga estava embalada para venda", entretanto, utilizando-se da lógica, é possível compreender que uma pessoa que acabou de comprar aquele item ainda estará com a mesma embalagem, sendo esta uma expressão frequentemente apresentada nas narrativas policiais e posteriormente repetidas pelos magistrados em suas sentenças, sem a menor avaliação do que de fato se trataria.

Sobre o peso das narrativas policiais na condenação em processos por tráfico e as suas assimilações pelos magistrados, escreve Maria Gorete[57]:

> Mas o que torna isto possível? Inicialmente parecia que a questão da "fé pública" era a justificativa central para a acolhida da verdade policial. Contudo, descobriu-se que um repertório de crenças oferece o suporte de veracidade às narrativas policiais: a crença na função policial, acredita-se no agente por representar uma função do estado; crença no saber policial, acredita-se que os agentes apresentaram

55 BARRETO, Ana Luísa Leão de Aquino. Ob. Cit. p.60.

56 BATISTA, Vera Malaguti. Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003. P. 103.

57 JESUS, Maria Gorete Marques. O mundo que não está nos autos. Ob. Cit.p. 12.

> suas técnicas, habilidades e estratégias para efetuarem as prisões; crença na conduta do policial, acredita-se que policiais atuam de acordo com a legalidade; crença que o acusado vai mentir, acredita-se que os acusados tem direito de mentir para se defenderem; crença de que existe uma relação entre criminalidade e perfil socioeconômico; crença de que os juízes têm o papel de defender a sociedade e a prisão representa um meio de dar visibilidade a isto.

Percebe-se que o processo relacionado ao tráfico de drogas é carregado de preconceitos, o que traz como consequência a aceitação das narrativas dos policiais como verdades absolutas, mesmo aquelas que são vagas, impactando em condenações desnecessárias.

Tais casos demonstraram como os cenários descritos, as condições socioeconômicas, e as narrativas policiais foram o embasamento para as sentenças analisadas, deixando evidente que a maioria condenada por tráfico é pertencente ao "varejo"[58], e que a legislação antidrogas e a atuação do aparato penal nessa área se dá de forma seletiva, encarcerando pessoas vulneráveis com penas desproporcionais, e não alcança os "grandes traficantes".

Com a análise do objeto empírico, ficou claro como as normas abertas existentes na legislação de drogas atual, são utilizadas como mecanismo que possibilita escolher quem será punido.

Além disso, ao longo da pesquisa evidenciou-se que a maioria dos processos por tráfico se dá por condutas relacionadas ao "varejo de entorpecentes": indivíduos presos com pouca quantidade de droga e que não representam nenhuma danosidade social.

O trabalho da atual política de combate às drogas é um verdadeiro "enxuga-gelo", pois prende-se muito os pequenos traficantes que não representam papel importante na cadeia do tráfico e cujas prisões não refletem nenhum impacto nesse âmbito. Nessa ânsia punitiva, a imagem do traficante como um indivíduo pobre, residente da "favela", acabou por ser institucionalizada e reproduzida em todos os processos. Expressões como "atitude suspeita", "zona de venda de drogas", "local perigoso" foram adotadas como argumentos legitimadores de condenações equivocadas, sem que sequer fossem questionadas e esclarecidas.

A política criminal brasileira de combate às drogas precisa ser descontruída. É necessário que o país pare de importar modelos inspirados no proibicionismo

58 O varejo seriam os pequenos vendedores de drogas.

e na guerra às drogas, que tem se mostrado ineficientes desde o século passado, fomentado situações de caos na segurança pública, e que seja reconfigurado um novo sistema de abordagem com as drogas.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Laís da Silva. "**O pacto pela vida aqui é pacto de morte.!": O controle radicalizado das bases comunitárias de segurança pelas narrativas dos jovens do grande nordeste de Amaralina**. 2016. 152 f. Dissertação (mestrado). Universidade de Brasília. Brasília, 2016. P.30.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª Edição. Editora Revan. Rio de Janeiro. 2002. P. 175.

BARRETO, Ana Luísa Leão de Aquino. **Urgência punitiva e tráfico de drogas: as prisões cautelares entre práticas e discursos nas Varas de Tóxicos de Salvador**. 2017, 146f. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BELO, Warley. **A noção de bem jurídico no funcionalismo radical sistêmico**. Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/98803/nocao_juridico_funcionalismo_belo.pdf. Acesso em: 13 dez. 2017.

BOITEUX, Luciana. PÁDUA, João Pedro. **A desproporcionalidade da lei de drogas. Os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil**. Disponível em http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_desproporcionalidade_da_lei_de_drogas_os_custos_humanos_e.pdf . Acesso em: 02 fev. 2018.

BRASIL**. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos**, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais** e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas** – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciarias 2020**. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen . Acesso em: 13 mai. 2021.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEL OLMO, R. **A Face Oculta da Droga.** Rio de Janeiro: Revan, 1990.

GRACIA MARTIN, Luis. **O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea.** Traduzido por Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HABIB, Gabriel. **O Direito Penal do inimigo e a lei de crimes hediondos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2016.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÀ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo, Noções Críticas**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JESUS, Maria Gorete Marques. "**O mundo que não está nos autos": a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas.** Dissertação (mestrado). 2016. 276 f. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, Luciano. **Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado.** Agencia Brasil. 2020. Disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado . Acesso em: 13 mai. 2021.

RIBEIRO JR. Antônio Carlos. **As drogas, os inimigos e a necropolitica**. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MaX11LehvzIJ:https://periodicos.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/download/251/223+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 19 jan. 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do Direito Penal. Aspectos da politica criminal nas sociedades pós-industriais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002. p. 29.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 9ª Ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

O ACESSO À JUSTIÇA EM SANTA BÁRBARA: UMA ANÁLISE DO DOMÍNIO DOS MECANISMOS JURÍDICOS PELA POPULAÇÃO TRABALHADORA DE RENDA MÍNIMA

Luiz Gustavo de Jesus Lima[1]

Fabiana dos Anjos Barreto Matos[2]

Maria Victoria Trindade Moitinho[3]

RESUMO: A presente pesquisa, em atenção às situações de vulnerabilidade popular, busca evidenciar como os processos acontecem no contexto de uma assistência jurídica gratuita, situada em Santa Bárbara, cidade do estado da Bahia. A partir dos dados analisados, procura-se delinear qual é o grupo mais afetado nesta população e questionar se os resultados são coerentes com a realidade do país. Discute a respeito do acesso à justiça e análise sociológica, à luz principalmente dos teóricos Boaventura de Sousa Santos, José Geraldo de Sousa Junior, Roy Wagner e Djamila Ribeiro. Analisa qual a efetivação do conteúdo da Constituição de 1988, no que tange às desigualdades sociais, raciais e de gênero no contexto brasileiro.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Vulnerabilidade. Mulher Negra.

RESUMEN: *La presente investigación, en atención a las situaciones de vulnerabilidad popular, intenta mostrar cómo ocurren los procesos en el contexto de una Asistencia Legal gratuita, ubicada en Santa Bárbara, ciudad del estado de la Bahía. A partir de los datos analizados, buscamos describir qué grupo se ve más afectado en esta población y cuestionar si los resultados son consistentes con la realidad del país. Discute sobre el acceso a la justicia y el análisis sociológico a la luz principalmente de los teóricos Boaventura de Sousa Santos, José Geraldo de Sousa Santos, Roy Wagner y Djamila Ribeiro. Analiza la efectividad de los contenidos de la Constitución de 1988 con respecto a las desigualdades sociales, raciales y de género en el contexto brasileño*

1 Graduando em Direito – Universidade Estadual de Feira de Santana

2 Graduanda em Direito – Universidade Estadual de Feira de Santana

3 Graduanda em Direito – Universidade Estadual de Feira de Santana

Palabras clave: *acceso a la justicia; vulnerabilidad; mujer negra.*

ABSTRACT: *This research, in attention to the situations of popular vulnerability, tries to show how the processes happen in the context of a free Legal Assistance, located in the Santa Bárbara city, State of Bahia. From the data analyzed, we seek to outline which group is most affected in this population and question whether the results are consistent with the reality of the country. It discusses about Justice Access and sociological analysis in the light mainly of theorists Boaventura de Sousa Santos, Jose Geraldo de Sousa Junior, Roy Wagner and Djamila Ribeiro. It analyzes the effectiveness of the contents of the 1988 Constitution regarding social, racial and gender inequalities in the Brazilian context.*

Key words: *Access to justice; vulnerability; black woman.*

1. INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 é reconhecida mundialmente pela riqueza de garantias e direitos fundamentais, sendo uma das Constituições de Estado de Bem-Estar Social mais completa e diversificada do mundo. Nesse sentido, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Tal dispositivo consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que, para alguns doutrinadores (OLIVEIRA NETO; VIANA; 2015), seria uma das bases da garantia implícita de acesso à justiça. No entanto, tal acesso não deve ser compreendido de maneira restrita ao direito de ação em face do judiciário, ou seja, o acesso à justiça não se encerra na prestação da tutela jurisdicional, mas deve ser entendido como algo amplo, que diz respeito à Justiça social.

Apesar da previsão legal de diversos direitos e garantias fundamentais, enunciados na Constituição Federal, na realidade a população de baixa renda sequer conhece a grande maioria das leis e do funcionamento dos poderes (seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário), uma vez que historicamente, por uma escolha política, esses espaços sempre foram ocupados por uma elite composta por homens cisgêneros, ricos, heterossexuais e brancos. O afastamento entre os detentores do conhecimento jurídico (profissionais) e os "profanos" é uma realidade que perdura no atual contexto (BOURDIEU, 2007).

As minorias sociais – que representam a grande maioria da sociedade – foram historicamente excluídas dos espaços de poder. Nesse sentido, a capacidade de dizer e de conhecer o "Direito" foi negada à população trabalhadora de renda mínima (ou seja, com salário mínimo vigente, ou menos por pessoa da família).

Enquanto reflexo da situação anteriormente mencionada, o cenário barbarense é composto por uma sociedade que reside majoritariamente no ambiente rural ou em bairros periféricos e que enfrenta a falta de efetivo acesso à justiça social. Analisar a questão do domínio dos mecanismos jurídicos por essa população (trabalhadora e de baixa renda) é uma tarefa de relevante valor ético e epistemológico.

Dessa forma, o presente trabalho utilizou como metodologia a entrevista e a pesquisa bibliográfica. Quanto à entrevista, consistiu em perguntas (fechadas e abertas) que versavam sobre diversas questões como gênero, raça, renda, moradia, escolaridade. Além disso, foram feitas perguntas que mantinham relação direta com o campo jurídico: foi perguntado como se avaliava o conhecimento sobre as leis; se o indivíduo se sentiu intimidado por alguém do judiciário; se foi bem atendido; que tipo de mudanças poderiam ser adotadas para melhor conhecer o funcionamento da justiça; dentre outras.

Para melhor entender a situação do acesso à justiça na cidade de Santa Bárbara - BA tratamos, individualmente, do que acreditamos serem dificuldades encontradas para efetivação desse acesso com base no levantamento de dados realizado no setor de atendimento jurídico da cidade. Para interpretação destes dados utilizamos base teórica para construir uma explicação do porquê - e se - esses obstáculos de fato interferem na efetivação do direito à justiça.

O presente trabalho intenta, pois, analisar o domínio dos mecanismos jurídicos pela população trabalhadora de renda mínima (grande parcela da população, que vive com o mínimo para manter sua própria existência). Para tanto, foi utilizado como espaço amostral a população atendida na assistência jurídica gratuita do município de Santa Bárbara – Bahia. Nesse contexto, dezoito pessoas foram entrevistadas durante os meses de agosto e setembro de 2019.

2. CONTEXTUALIZANDO O CAMPO E AS DIFICULDADES DE ACESSO À JUSTIÇA

Santa Bárbara é uma cidade baiana situada a cento e cinquenta e dois (152) quilômetros da capital (Salvador). De acordo com o último censo demográfico do IBGE (2010), a cidade conta com uma população de aproximadamente 20.000 habitantes, sendo que mais da metade reside na zona rural. A cidade é reconhecida no interior da Bahia pelo comércio de requeijão, doces e beiju – produtos vendidos nas lanchonetes situadas à margem da BR 116 - Norte e que caracterizam a cultura local. Ademais, a agricultura familiar e a pequena criação de porcos, galinhas e carneiros também caracterizam a economia barbarense.

Parafraseando Euclides da Cunha (1902), o barbarense é, antes de tudo, um forte. A alegria, a festividade e a religiosidade – que eleva o sincretismo ao máximo de suas possibilidades – são características culturais marcantes da população barbarense.

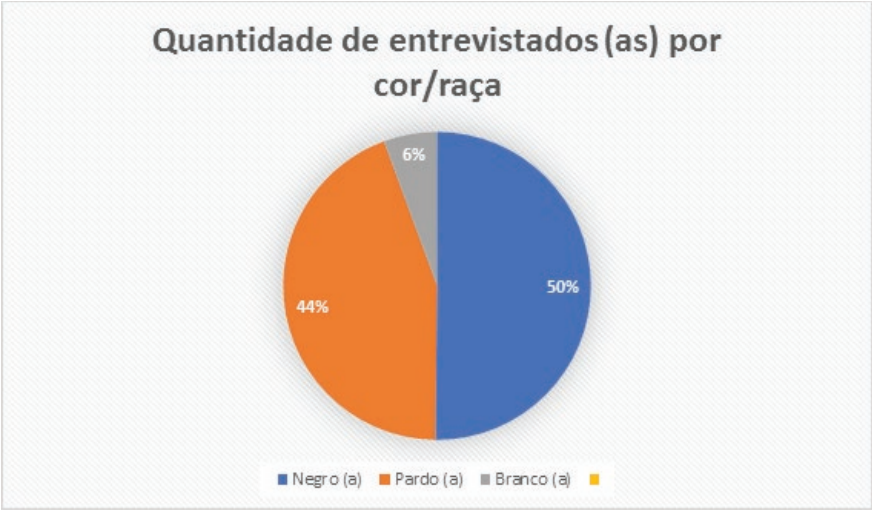
Apesar disso, como tantas outras cidades brasileiras, o município possui uma população urbana e rural marcada pela desigualdade socioeconômica; por processos de exclusão social; e por dificuldades no acesso a condições mínimas de dignidade, como saúde e educação. Apesar da visibilidade e das políticas públicas implementadas nas últimas décadas pelos governos de esquerda, os problemas sociais são intensificados no atual contexto brasileiro de exclusão e mitigação de direitos, que fazem parte do projeto político defendido pelo chefe do executivo nacional.

Nesse sentido, a falta de acesso efetivo à justiça e da compreensão dos mecanismos jurídicos (como lei, jurisdição e processo) são problemáticas presentes no contexto da cidade baiana. O desconhecimento sobre direitos básicos são apenas uma das faces da situação de vulnerabilidade social e econômica. Soma-se a isso, ainda, o fato de que a cidade não possui Defensoria Pública – órgão encarregado de promover a garantia constitucional de acesso à justiça às populações de baixa renda que não têm condições de pagar as custas processuais e os honorários de um(a) advogado(a).

Para amenizar essa situação, a prefeitura criou um setor de atendimento jurídico, que opera valorizando a solução pacífica de conflitos, através da mediação e conciliação, tendo o Poder Judiciário como última alternativa. No entanto, o órgão, por sua natureza, tem a função de atender demandas de diversas naturezas, como: investigações de paternidade, cobranças de pensão alimentícia, divórcios consensuais e litigiosos, ações de tutela e curatela, dentre outras. A falta de acesso efetivo à justiça é, pois, um obstáculo que se impõe a sociedade barbarense – como reflexo de um cenário maior.

3. A POPULAÇÃO NEGRA E O ACESSO À JUSTIÇA

Uma das questões presentes no questionário aplicado às pessoas que buscavam atendimento no setor de assistência jurídica da cidade de Santa Bárbara era: "Como você se autodeclara?". Ao analisar as respostas, foi possível notar certo padrão: 50% das respostas foram "Pardo" e 44,4% "Negro", ou seja, apenas 5,6% das pessoas que se submeteram a esse questionário se enquadraram na categoria não negras.



Dados coletados pelos autores em agosto e setembro de 2019.

A formação da sociedade brasileira é complexa e marcada duramente pela escravidão, processo o qual envolveu a dominação de diversos povos sendo os povos negros os mais afetados e destroçados pela atividade escravocrata. Gilberto Freyre (2001), na obra Casa Grande e Senzala, descreve com riqueza de detalhes, o verdadeiro emaranhado social causado e como a inserção dos povos negros fora, continuamente, uma habituação ao desvalor, animalização e subjugação.

Após a dita "abolição" da escravidão, incentivada por movimentações primordialmente econômicas mundiais, os povos que foram destituídos do posto de produtor escravo agora estavam largados à própria sorte, sem letramento, emprego ou moradia, daí surge a formação das favelas e da segregação social entre negros e não negros, pois tiveram oportunidades de inserção social por herança de quem dominava os escravos (ZALUAR, 2006, p. 61 a 100).

As heranças desse período causaram a situação na qual os cidadãos negros compõem a camada social mais marcada pelo desemprego, baixo acesso à educação, moradia, saúde, lazer cultura e desenvolvimento intelectual. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2016, a taxa de analfabetismo era de 9, 9% em pessoas de cor preta, contra 4,2% em pessoas brancas; o rendimento médio salarial era de R$ 1.570,00 para pretos, enquanto

para brancos era de R$ 2.814,00. Em um país onde é preciso utilizar grande parte do salário para transporte, lazer, cultura e muitas vezes para saúde, educação e segurança, torna-se visível a vulnerabilidade das pessoas negras.

Este perfil a nível nacional não difere de Santa Bárbara, pelo contrário, pode se agravar muito mais pelo fato de ser uma pequena cidade onde a oferta de trabalho é bem menor. Desse modo, o acesso à justiça na forma de assistência jurídica se torna a única opção para as pessoas negras inseridas no perfil anteriormente descrito, levando-se em conta a ausência de proximidade de profissionais do Direito para aconselhamento e, como não detém poder econômico para consultas particulares com advogados, estão dependentes deste atendimento que nem sempre é esclarecedor o suficiente.

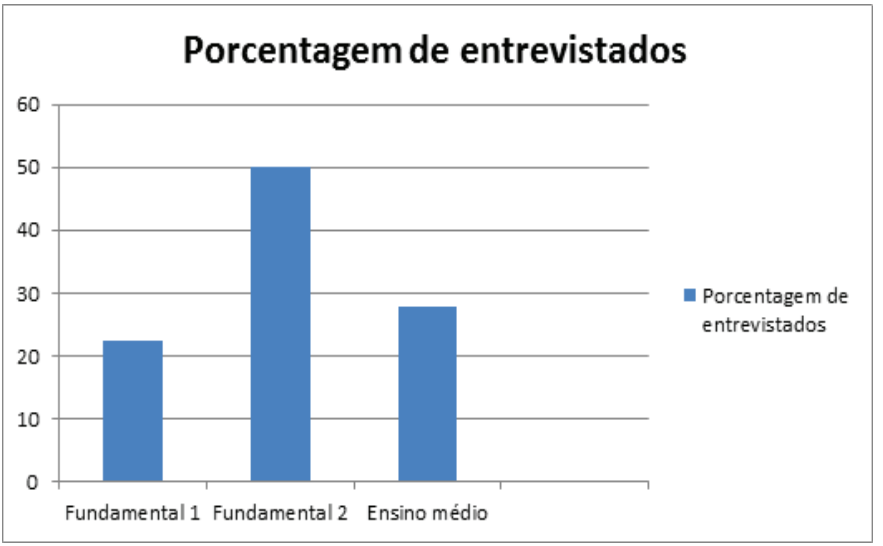
Ainda que os entrevistados tenham respondido na entrevista que são bem atendidos no ambiente e que entenderam todo o processo, foi visível a preocupação e surpresa ao se deparar com estas perguntas. Uma hipótese para este efeito é o medo que podem sentir de não conseguir ser atendido(a) novamente, ou da sua assistência não ser concluída, seria como uma intimidação neste caso, o que dificultou a análise do impacto do racismo no ambiente. Ademais, existe um choque de culturas onde parte da população negra é inserida em um perfil muito diferente de advogados, técnicos e estagiários, pertencentes a uma realidade diferente, onde tiveram acesso ao ensino superior, não passam por privações básicas, como a alimentação, e são em grande maioria não negros(as). Para Wagner (1975) um choque cultural ocorre toda vez que uma (ou mais pessoas) adentra um ambiente o qual não faz parte de suas vivências: "qualquer pessoa que se veja na circunstância de ter de viver num ambiente "novo" ou estranho há de experimentar um pouco desse tipo de "choque".

O perfil racial está, portanto, diretamente relacionado com o socioeconômico, e para a busca de garantias de Direitos que vise uma equidade de acesso à justiça, há que se trabalhar sociologicamente, a começar pela descolonização da produção de saberes, conforme traz Wolkmer (2015):

> [...] importa traçar as bases para um paradigma de normatividade e justiça assentado nos horizontes da descolonização, da emancipação e do pluralismo (de tipo transformador), legitimadas pelo reconhecimento de novas subjetividades sociais (p.30).

Ainda, para o autor, os novos saberes descoloniais precisam ser inseridos em vários âmbitos das organizações sociais, visto que não se trata de somente incluir as pessoas negras no processo de cidadania, mas de reconhecer os processos de exclusão e aceitar que o conceito de ser humano e de sujeitos de direitos abrange a todos e qualquer seleção por raça ou classe social é injusta e indesejável.

4. ANÁLISE SOCIOECONÔMICA: RENDA, ESCOLARIDADE, ACESSO AO CONHECIMENTO, PROGRAMAS SOCIAIS GOVERNAMENTAIS



Dados coletados pelos autores em agosto e setembro de 2019.

Outra observação retirada da análise dos dados oriundos do questionário é a relação entre as pessoas que necessitam da gratuidade do acesso à justiça, a baixa renda e a pouca escolaridade. Mediante os dados, foi possível notar que, dentro do recorte analisado, boa parte das pessoas não possuíam nem mesmo o nível médio de ensino e nenhum dos entrevistados tinham concluído o nível superior, para sermos mais precisos: 22,3% dos entrevistados possuíam o Fundamental I completo e 50% o Fundamental II. Somando os dois encontramos uma porcentagem considerável: 72,3% das pessoas que participaram das pesquisas não chegaram ao nível médio de ensino, esses, por sua vez, somaram apenas 27,7%.

A baixa renda também foi facilmente observada nos dados. A pergunta presente no questionário era a respeito da renda total da família e não da renda per capita

- renda por pessoa- e ainda assim os resultados mostraram números extremamente baixos: as pessoas que possuíam renda familiar total maior que um salário mínimo foram de apenas 11,1%. As outras oscilaram entre não possuir renda, 11,1%, e possuir renda menor que um salário mínimo, 77,7%, equivalente a grande maioria das pessoas da amostragem.

Acerca do recebimento, ou não, de algum benefício do governo, os resultados desta segunda pergunta sobre renda não divergiram dos encontrados na primeira, pois a grande maioria dos entrevistados (77,7%) responderam positivamente a receber benefícios do governo, esses benefícios, por sua vez, foram divididos entre bolsa família (78,6%) e aposentadoria (21,4%). Sendo que apenas 22,2% dos entrevistados alegaram não receber nenhum tipo de benefício do governo.

Além dessas conclusões os questionários também mostraram famílias numerosas, algumas delas composta por até 8 pessoas. Encontramos uma porcentagem de 83,3% de entrevistados que responderam o questionário marcando as opções de morar com duas pessoas ou mais. Ao associar os dados conseguimos ver famílias compostas de 3 a 8 pessoas com renda de apenas um salário mínimo, ou até mesmo sem renda.

O perfil socioeconômico revelado pela pesquisa traz outras vulnerabilidades que se somam ao recorte racial, de modo que estas pessoas não têm outra via de acesso à justiça a não ser a proporcionada pelo Estado ou algum programa de assistência jurídica gratuita que possa proporcionar ao menos um vislumbre de resolução de seus problemas. A maioria, ao ser beneficiada por programas do governo, supõe-se que consiga a satisfação de algumas de suas necessidades básicas de subsistência, o que não proporciona solução de gastos para além disso. Como traz Boaventura de Sousa Santos (1999): "Os custos do acesso jurídico são altos, sobretudo para as classes mais distantes da média econômica e quando a lentidão da justiça agrava esse panorama fica ainda pior, portanto reformas constantes no âmbito jurídico se fazem necessárias."

A análise pelo prisma escolaridade também é um fator imprescindível, uma vez que a maioria dos entrevistados tinha nível fundamental básico de estudos e como as escolas públicas brasileiras não trabalham com conhecimento dos ramos do Direito, os cidadãos enfrentam dificuldades para dar entrada em seus litígios e consequentemente continuar com eles. Quando questionados sobre seu conhecimento sobre as leis do país, a grande maioria considera ter um conhecimento de baixo a médio, baseando-se somente nos processos e questões que estão mais

perto de sua realidade, ou seja, devido à amplitude do Direito, identifica-se neste ponto, uma necessidade extrema de trabalhos de propagação de conhecimentos relativos à área para que possam melhor usufruir dos seus direitos.

Outrossim, dentre as opções da pesquisa, foi dada a oportunidade de escolher possíveis soluções para auxiliar no efetivo conhecimento da justiça. Dentre as diversas opções, as palestras e cursos foram as mais escolhidas. No entanto, nenhum dos entrevistados escolheu a opção "parcerias com a universidade". Qual tem sido, então, o papel do espaço acadêmico? A população analisada não tem acesso aos conhecimentos discutidos na Universidade e pouco compreende as suas atividades.

A realidade da população atendida na assistência jurídica em análise, marcada, dentre outras coisas, pela baixa escolaridade, pobreza, e pelo limitado conhecimento das leis e da justiça revela a distância entre os direitos declarados no texto constitucional e a realidade sociocultural brasileira. Essa relação divergente é amplamente discutida por Boaventura de Sousa Santos, em *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Nesse sentido, Santos (1999) aponta que:

> [...] a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas factores econômicos, mas também factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afecta como sendo problema jurídico. [...] Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação (p. 170).

Dessa forma, os limites ao acesso efetivo à justiça não são apenas de ordem econômica, mas também sociais e culturais, uma vez que muitos dos assistidos não têm noção das possibilidades de resolução de seus conflitos e das formas de reivindicar seus direitos básicos, por uma série de fatores que se intercruzam e intensificam a exclusão.

5. A MULHER NEGRA, FAMÍLIA E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

No que tange ao gênero dos entrevistados e o motivo pelo qual estavam à procura do Poder Judiciário, nos dados acerca dessas perguntas foi possível notar uma

interseccionalidade: além da raça negra, escolaridade em nível fundamental, perfil socioeconômico vulnerável, a grande maioria das pessoas entrevistadas (77,7%) é do sexo feminino e apenas 22,2% do masculino. Dessa forma, as pessoas que procuram assessoria jurídica em Santa Bárbara são mulheres, negras, trabalhadoras, boa parte com filhos e com grau de escolaridade que proporciona pequena ascensão social, assim, para melhor analisar esse contexto, é necessário observar variados sistemas de opressão: o racial, o socioeconômico e o de gênero.

Por sua vez, a pergunta acerca da motivação para a busca do setor de atendimento jurídico da cidade de Santa Bárbara foi aberta e, por isso, eram esperadas respostas muito diversas, o que não ocorreu, as respostas seguiam a mesma linha e algumas motivações foram citadas tantas vezes que foi possível colocar em porcentagem. Ao fazer isso, percebemos que 38,9% das pessoas tinham como motivação a pensão alimentícia e 33,3% o divórcio, além de algumas outras motivações que seguem essa mesma linha (familiar), como a investigação de paternidade. Assim, foi possível notar certa relação entre a predominância do sexo feminino e os motivos para se procurar a justiça.

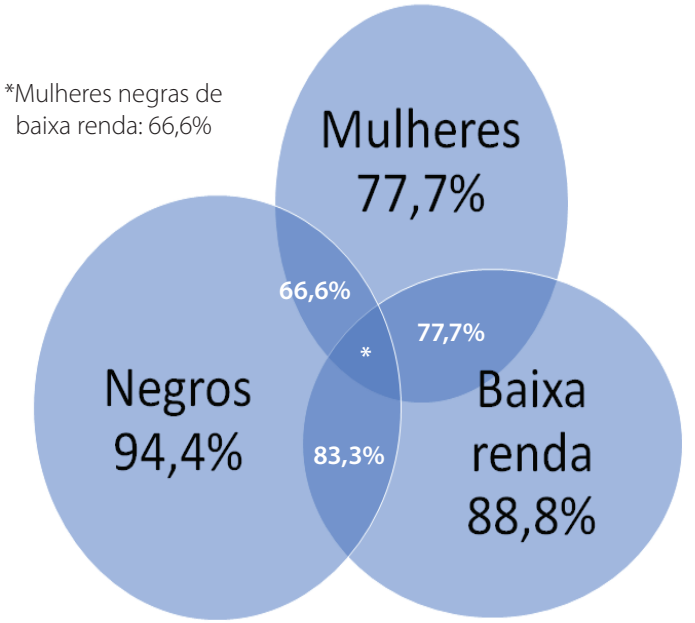
A necessidade pela busca de resolução de litígios é gerada pela falta de estruturação social e familiar, primeiro pelo abandono da mulher negra, uma vez que esta procura o pagamento de pensão alimentícia, a qual o pai de seus filhos se recusou a pagar, o divórcio, o qual ainda não conseguiu de forma pacífica, denotando efeitos do machismo estrutural social, onde a posse sobre a mulher se faz presente. A busca pela comprovação de paternidade perpassa pelo racismo e a consideração da mulher negra como objeto para diversão. "O fato de não se mencionar a responsabilidade do pai demonstra o quanto essa sociedade é machista, impondo à mulher como se engravidássemos por vírus" (RIBEIRO, 2018).

Ao citar Sojourner Truth, Djamila Ribeiro (2018) traz:

> [...] Ou seja, ela já anunciava que a situação da mulher negra era radicalmente diferente da mulher branca. Enquanto àquela época mulheres brancas lutavam pelo direito ao voto e ao trabalho, mulheres negras lutavam para ser consideradas pessoas (p.34).

A partir desta realidade, depreende-se que a mulher negra não teve outra escolha senão trabalhar bastante e duro para se manter, alimentar, obter algum tipo de sobrevivência, já que como resultado da escravidão, seguiram com uma batalha dura pela frente que não se confunde com empoderamento, mas como vítima de processo animalizador e cruel (DAVIS, 2016). A prática judicial brasileira acaba por realizar tratamentos uniformes desconsiderando todas estas questões sociais, sendo assim injusta, pois diante de todas as fragilidades expostas, o sistema jurídico haveria de olhar com cuidado para todo perfil de quem procura resoluções junto ao Estado, suas condições e vulnerabilidades.

COR + GÊNERO + CLASSE



Dados coletados pelos autores em agosto e setembro de 2019.

Os fatores envolvendo gênero, raça e classe entre as pessoas entrevistadas denotam uma interseccionalidade[4], ferramenta usada para analisar o contexto onde as mulheres entrevistadas (grande maioria) estão inseridas, tais como o racismo estrutural que impõe, ainda, o lugar das mulheres negras em serviços domésticos ou de limpeza, cozinha, ou seja, algo considerado subalterno e ignora o aspecto intelectual destas mulheres; o capitalismo, sistema que estratifica a sociedade promovendo oportunidades desiguais de trabalho e, por já serem afetadas pelo racismo, sofrem a queda de chances de alcançar profissões mais rentáveis; o cisheteropatriarcado que culmina na opressão de gênero. Todas estas características ligam-se diretamente às demandas apresentadas pelas mulheres de Santa Bárbara em ações que por si só seriam básicas, em uma luta por sobrevivência, como pensão alimentícia. Estas análises devem sempre ser consideradas por todos os responsáveis pela justiça (e outros âmbitos tais como político, educacional, saúde dentre outros) em sua atuação (BATISTA, 2018).

4. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Através deste estudo podemos concluir que o grupo mais atingido pelas desigualdades sociais e consequentemente pelo acesso à justiça defasada em Santa Bárbara-BA, bem como a nível nacional, é composto, em sua maioria, por mulheres negras, da classe trabalhadora, com ensino fundamental básico. Garantir os direitos básicos a todos os cidadãos é dever do Estado, segundo a Constituição brasileira, porém, quando a justiça não olha para as vulnerabilidades populares, o reverso acontece: a exclusão social.

O início da formalização do Direito se deu com vistas a garantir as relações mercadológicas, fortalecendo as riquezas da sociedade capitalista, ainda que quem detenha essa parte rica, seja uma minoria. Para Pachukanis (2017), o Estado, além de idealizador, é um ser social. O conjunto de normas que serve a um sistema que promove desigualdade social jamais será capaz de promover justiça, assim há que se despertar discussões acerca da seguinte questão: para quem o Direito serve? A uma camada social? Ou deve servir a todos?

Para Emérito Silva de Oliveira Neto e Juvêncio Vasconcelos Viana (2018), os novos meios de acesso à justiça reafirmados pelo Novo Código de Processo Civil, entre eles a mediação, conciliação e arbitragem se mostram como auxiliares à democracia e ao acesso amplo principalmente à população. Há controvérsias quanto a esta afirmação, pois em muitos desses casos paga-se um valor, alguns mais altos[5] que

4 Palavra cunhada pela jurista estadunidense, a professora da teoria crítica de raça Kimberlé Crenshaw.

5 "A Taxa de Registro será devida e recolhida pelo Requerente na data em que for solicitada a instauração do procedimento arbitral,

o processo comum, como a arbitragem. Nos Juizados Especiais esse acesso é gratuito[6] para pequenas causas em primeiro grau. Nos procedimentos isentos de atuação do juiz, muitas vezes, a força da parte de maior poder econômico sobre a parte de poder mais baixo se faz decisiva, constatando aquilo que Pierre Bourdieu (2007) resolveu chamar de "poder simbólico". Esclarece o autor:

> [...] o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das 'regras possíveis', e de os utilizar eficazmente, quer dizer, a sua significação real, determina-se na relação de força específica entre os profissionais, podendo-se pensar que essa relação tende a corresponder (...) à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva (p. 224).

Outrossim, a presente pesquisa possibilitou uma reflexão sobre o papel do conhecimento acadêmico na manutenção desse "poder simbólico" nas mãos de poucos sujeitos, revelando um desconhecimento por parte dos entrevistados do papel transformador da Universidade. Ou seja, o conhecimento acadêmico (e, mais ainda o conhecimento jurídico) revela-se distante da realidade dos entrevistados na assistência jurídica gratuita. Há um afastamento claro entre os "profanos" (aqui representados pela população trabalhadora de renda mínima) e os "profissionais" (advogados, juízes, acadêmicos, etc). Dessa forma, urge que cada vez mais ações sejam tomadas fora dos muros do espaço acadêmico, para uma efetiva democratização do saber, como meio de transformação social.

Assim, juntamente com a necessidade de difusão do conhecimento jurídico, se faz importante e decisivo que a insurgência se amplie e seja ouvida. Muitas leis foram implementadas a partir de movimentos sociais, a exemplo do Estatuto da Cidade, ainda que não seja completo como idealizado, sua existência é referência para o Direito à Cidade. Para Souza Jr. (2002), a emergência de novos sujeitos de direitos é fundamental para a mudança de normas que não contribuem para as reais necessidades da população brasileira, alterações as quais hão de atingir a Santa Bárbara na Bahia, bem como as demais cidades interioranas.

Apesar dos avanços, persistem distinções entre a teoria e a prática, como nos revela a pesquisa realizada em Santa Bárbara. Urge, pois, que o conhecimento jurídico

na quantia de 1% (um por cento) do valor envolvido no conflito, observando o seguinte critério: a) O valor mínimo será R$ 3.000,00 (três mil reais); b) O valor máximo será R$ 5.000,00 (cinco mil reais)."

6 Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

seja ampliado e difundido entre os cidadãos de baixa renda, que pouco exercem seus direitos, pelo simples fato de desconhecê-los. Nesse sentido, foi perguntado no questionário, se o entrevistado gostaria que o conhecimento das leis e do funcionamento da justiça fosse ensinado nas escolas e 100% (cem por cento) dos entrevistados responderam positivamente.

O direito de acesso à justiça é fruto de importantes e significativas lutas e reivindicações históricas. Muitas políticas públicas foram implementadas a partir da promulgação da Constituição Cidadã de 1988, como é o caso da ampliação e interiorização da Defensoria Pública e do Ministério Público, como órgãos essenciais à realização da justiça (em seus diversos sentidos).

REFERÊNCIAS

BATISTA, Carla. **O que é Interseccionalidade?** Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-que-e-interseccionalidade/> Acesso em: 18 set. 2019.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** 11ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. **Lei nº 9.099 de 26 de Setembro de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm> Acesso em: 17 set. 2019.

CIESP / FIESP, Câmara de Conciliação Mediação e Arbitragem. **TABELA DE CUSTAS E HONORÁRIOS DOS ÁRBITROS.** Disponível em: <http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/tabela-custas.html>. Acesso em: 22 set. 2019.

DAVIS, Ângela. **Mulher, raça e classe.** Boitempo: São Paulo, 2016.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala.** 42. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

IBGE mostra as cores da desigualdade. Disponível em: <https://agenciadenoticias. ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21206-ibge-mostra-as-cores-da-desigualdade>. Acesso em: 18 set. 2019.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Acesso à justiça e o Novo Código de Processo Civil:** um olhar crítico.CONPEDI; UFS, 2015.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo.** São Paulo: Boitempo, 2017.

Prefeitura de Santa Bárbara. **História do Município.** Disponível em: <http://www.santabarbara.ba.gov.br/historia#>. Acesso em: 07 set. 2019.

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?** Companhia das Letras, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice:** O social e o político na pós-modernidade. 5ª Ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo de. **Sociologia Jurídica:** Condições Sociais e Possibilidades Teóricas. Porto Alegre: Safe Fabris, 2002.

WAGNER, Roy. **A invenção da cultura.** São Paulo: Cosac Naify, 2010 [1975]

WOLKMER, Antonio Carlos. **Para uma sociologia jurídica no Brasil:** desde uma perspectiva crítica e descolonial. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 4, n. 3, p. 17-38, set./dez. 2017.

ZALUAR, Alba; ALVITO, Marcos. **Um século de favela.** 5ª ed. Ed FGV: Rio de Janeiro, 2006.

UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA ENQUANTO FUNDAMENTO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

A CRITICAL ANALYSIS ABOUT PUBLIC ORDER GUARANTEE AS A GROUND FOR PREVENTIVE PRISONING

João Pedro Alecrim[1]

RESUMO: O presente trabalho visa analisar, a partir de um olhar crítico, o caráter cautelar e instrumental da prisão preventiva, especialmente quando decretada com o fim de garantir a ordem pública, tendo como ponto de partida a instrumentalidade desta medida em relação ao processo penal. Diante disso, buscou-se, incialmente, traçar o panorama das principais modalidades de prisão cautelar existentes no Brasil, com ênfase na prisão preventiva. Posteriormente, pretendeu-se delimitar o conceito de ordem pública no processo penal brasileiro, analisando quais são os fundamentos empossados pela doutrina e jurisprudência para dar preenchimento à vagueza do conceito. Estabelecendo, na sequência, o confronto da garantia da ordem pública em face do caráter instrumental ínsito à prisão preventiva, apresentando ao leitor que, apesar desta característica do referido instituto, que existe justamente para servir de manto protetor do processo contra ameaças precisas e concretas ao seu regular desenvolvimento, vige ainda na legislação processual penal brasileira, previsão autorizando o seu decreto para a proteção de elementos estranhos ao processo – garantia da ordem pública. O que dá suporte, a partir de um conceito vago e impreciso, à ampla margem para o seu manuseio sem a possibilidade de um efetivo controle, desembocando, por isso, em sua decretação com fins tipicamente atribuídos às penas e à segurança pública. Contribuindo diretamente, dessa forma, para o aumento da população carcerária.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Medidas Cautelares. Prisão Preventiva. Instrumentalidade. Ordem Pública.

1 Graduando em Direito – Faculdade Ruy Barbosa

ABSTRACT: *This paper aims to analyze, from a critical view, the precautionary and instrumental nature of pre-trial detention, especially when decreed with the purpose of guaranteeing public order, having as its starting point the instrumentality of this measure in relation to criminal proceedings. Given this, it was initially sought to draw an overview of the main modalities of precautionary detention in Brazil, with emphasis on pre-trial detention. Subsequently, it was intended to delimit the concept of public order in the Brazilian criminal process, analyzing what are the grounds established by doctrine and jurisprudence to fill the vagueness of the concept. Establishing, next, the confrontation of the guarantee of public order in the face of the instrumental character of pre-trial detention, presenting to the reader that, despite this characteristic of the institute, that exists precisely to serve as a protective cloak of the process against precise and concrete threats to the its regular development, is still in force of Brazilian criminal procedural legislation provision authorizing its decree for the protection of elements foreign to the process - guarantee of public order. This supports, from a vague and inaccurate concept, the wide scope for its handling without the possibility of effective control, thus leading to its decree for purposes typically attributed to penalty and public safety. Thus contributing directly to the increase in the prison population.*

KEYWORDS: *Criminal Proceedings. Precautionary Measures. Preventive Prison. Instrumentality. Public Order.*

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente no Brasil, Estado que se pretende Democrático de Direito, cujo fundamento de existência abarca, dentre outros pilares, a dignidade da pessoa humana, não se tolera mais que a liberdade individual do indivíduo seja cerceada com base em justificativas infundadas e arbitrárias. Não por outra razão, que o legislador constituinte estabeleceu uma base de garantias fundamentais e de direitos individuais a servirem de escudo protetor, em favor de qualquer indivíduo que esteja sendo investigado ou processado no âmbito da persecução criminal.

Assim, todo cerceamento de liberdade deverá ser materializado em respeito às garantias fundamentais, a partir das quais se consubstanciam os princípios da não culpabilidade e da presunção de inocência. Além do que todo decreto prisional deverá observar a necessidade de ser emanado por uma autoridade devidamente investida nas funções jurisdicionais, que o fará, impostergavelmente, na forma escrita e de modo devidamente fundamentado.

Diante desse panorama, a prisão, seja cautelar ou com natureza de pena, se estabelece como medida excepcional, sobretudo aquela, por autorizar o

cerceamento da liberdade de alguém que ainda se presume inocente. Ademais, para além dessa problemática relativa à compatibilidade da medida cautelar restritiva de liberdade com as garantias constitucionais, há, também, controvérsia acerca da idoneidade de alguns dos seus fundamentos. Na medida em que a legislação processual penal prevê como fundamentos necessários à decretação da prisão preventiva, elementos estranhos ao processo, a exemplo da garantia da ordem pública.

Nesse sentido, se buscará realizar uma abordagem crítica, através de revisão bibliográfica, legal e jurisprudencial, das mais importantes espécies de prisões provisórias existentes no ordenamento jurídico pátrio, com enfoque maior na prisão preventiva. O que perpassará por uma abordagem e análise acerca do alcance e delimitação dos seus pressupostos e fundamentos. Com especial atenção, para o fundamento que se ancora na necessidade de preservar a ordem pública. Estabelecendo o seu confronto frente à necessidade de a segregação cautelar se erigir como medida protetora dos elementos processuais. Tendo em vista as diferentes feições em que o referido fundamento tem se desdobrado para acautelar elementos estranhos ao processo.

Assim, a relevância desse estudo se mostra presente em razão da vagueza e maleabilidade conceitual presentes na cláusula da ordem pública, o que, na prática, dá conformação a diversos decretos de prisões preventivas desgarrados de uma fundamentação alinhada com a necessidade de se acautelar o desenrolar processual. E que, por consequência, contribui de forma significativa para o aumento da população carcerária, fenômeno com implicações diretas no Estado de Coisas Inconstitucional que acomete o sistema penitenciário nacional, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar, em 2015, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 347 do Distrito Federal.

2. PRISÕES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Com o advento do fenômeno denominado de neoconstitucionalismo, difundido a partir dos primeiros questionamentos acerca do constitucionalismo moderno, no qual se propunha apenas ideias de limitação de poder, se passou a reconhecer, também, a supremacia material e axiológica do texto constitucional, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e compreensão de todo o Direito partindo da concepção da dignidade humana como valor fundante de todo o sistema (CUNHA JÚNIOR, 2015).

Neste ambiente, as Constituições passaram, marcadamente por influência dos marcos histórico, político e filosófico vividos pela sociedade ocidental nas últimas décadas, a desempenhar papel central na interpretação e aplicabilidade do arcabouço normativo. Quer pela abrangência, agora, de valores principiológicos, aos quais todo o sistema infraconstitucional passou a dever obrigatória obediência, quer porque traçara uma série de direitos fundamentais a serem respeitados e, paralelamente, concretizados. Exprimindo, portanto, que este novo ideal fundante das Cartas Políticas assumiu compromissos para além do propósito de impor limites ao exercício do poder estatal (BARROSO, 2015).

Diante desse novo cenário de força vinculante e obrigatória do texto magno, foi promulgada a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, na qual a dignidade da pessoa humana foi alçada à categoria de núcleo primordial dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático (NOVELINO, 2014).

O que implicou na necessidade de se realizar alterações na legislação processual penal de modo a promover a sua compatibilização perante os novos valores constitucionalmente consagrados. Nessa toada, atendo-se especialmente aos reflexos direcionados ao ramo do direito referenciado acima, por ser o enfoque que interessa a este artigo, nota-se que os direitos à liberdade, à presunção de inocência e à não culpabilidade, textualmente positivados na Lei Maior, passaram a condicionar a decretação de toda e qualquer prisão, sobretudo quando anterior ao trânsito em julgado da condenação, à necessidade de uma ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (PACELLI, 2018).

Assim, se faz imperioso destacar que a prisão no ordenamento jurídico brasileiro é encarada e disciplinada em dois planos distintos, a saber, de um lado, a prisão decorrente da imposição de uma sanção penal, após o desenvolvimento de um devido processo legal, em que seja possível ao acusado atuar com ampla participação na produção probatória, consagrando, pois, os postulados do contraditório e da ampla defesa, e, de outro, a prisão cautelar, materializada no bojo da persecução criminal, seja em sede investigatória, seja no âmbito processual, sem nenhum caráter de pena, portanto (GONÇALVES, 2011).

Nesse sentido, toda prisão que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é tolerada somente porque materializada sob a forma de uma medida cautelar. Dessa forma, para que isso seja possível, nesse panorama de direitos fundamentais, isto é, para que a prisão cautelar coexista com postulados constitucionais, sobretudo o da presunção de inocência, que somente é afastada após decisão judicial com trânsito em julgado (posição reafirmada na decisão

do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43, 44 e 54, em que se extirpou a possibilidade de cumprimento antecipado de pena após condenação em segunda instancia), imprescindível que o seu decreto seja orientado pelos princípios da jurisdicionalidade, motivação, contraditório, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade. (LOPES JR., 2018).

Assim, em razão dos limites desta obra, não será possível, tampouco necessário, o exaurimento da abordagem de todas as modalidades de prisão cautelar existentes no âmbito do processo penal brasileiro. Pelo que este ponto do trabalho se reserva à análise das suas principais espécies. O que perpassará, especificamente, pela abordagem da exata delimitação, alcance e finalidade das prisões em flagrante, temporária, domiciliar e, por último, preventiva, com enfoque principal, sob a ótica de uma racionalidade crítica, na decretação desta última modalidade enquanto fundamentada na necessidade de se garantir a ordem pública.

2.1. PRISÃO EM FLAGRANTE

Embora aduzido acima que a prisão, quer cautelar, quer de cumprimento da pena imposta após regular processo penal, somente poderá se materializar mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciaria competente, a prisão em flagrante se apresenta como uma exceção a essa importante regra, na medida em que pode ser realizada em inobservância a esse mandamento, sob o amparo de peculiares circunstâncias presentes nas situações de flagrância, de modo em que a análise acerca da sua legalidade fica postergada para um segundo momento. Posterior, portanto, à materialização da prisão (GRECO, 2012).

Isto porque, o flagrante exprime a ideia de percepção evidente da ocorrência de determinado ato, isto é, ação que se pode observar no exato momento da sua ocorrência, o que permite que qualquer pessoa, seja uma autoridade policial, seja um cidadão comum, diante da ocorrência de uma determinada infração penal, efetue a prisão do seu autor. Nessa toada, essa medida cautelar apenas se compatibiliza com os imperativos traçados no Carta Magna de 1988, porque inconcebível que, diante da situação descrita acima, fosse necessário se aguardar a análise da autoridade judicial para se decidir acerca da prisão daquele que é flagranteado em infringência à legislação penal. Tanto porque necessário se fazer cessar a ocorrência da infração, quanto pela farta possibilidade de realizar a juntada de material probatório (NUCCI, 2016).

No entanto, apesar dos conceitos expostos acima evidenciarem que a prisão em flagrante é aquela que se direciona contra o delito que está sendo cometido, ou, no mínimo, àquele que acabou de sê-lo, da análise da legislação processual penal atinente ao tema, percebe-se que o legislador traçou uma extensão dos seus limites semânticos. O que desemboca, para além da ideia de flagrante real, na ideia de flagrante impróprio, circunstância em que o agente é perseguido, logo após o cometimento da infração, em situação que o faça presumir ser o autor do fato criminoso, bem assim de flagrante presumido, em que, por sua vez, o agente é encontrado, em momento posterior ao do cometimento do delito, portando instrumentos, armas, objetos ou papeis que presumam sê-lo o autor do fato delituoso (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Nesta linha de raciocínio, embora traçadas textualmente no Código de Processo Penal brasileiro, as hipóteses disciplinadas como flagrante impróprio e presumido, nos termos descritos acima, é inegável a constatação de que essa extensão semântica dos contornos da flagrância, se estabelece a partir de uma relação de nítida inobservância do real e próprio sentido da ideia de flagrante delito, vez que o seu legítimo significado pressupõe a existência de situação em que determinado agente é surpreendido e, em seguida, detido no exato momento em que esteja cometendo alguma infração penal, ou, no máximo, em que acabara de cometê-la (GONÇALVES, 2011).

Completamente distintas, pois, tanto da situação em que o agente é perseguido, logo após o cometimento da infração, em situação que o faça presumir ser o autor do fato criminoso - flagrante impróprio -, quanto da que o agente é encontrado, em momento posterior ao do cometimento do delito, portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que presumam sê-lo o autor do fato delituoso - flagrante presumido.

Registra-se, por oportuno, que não serão abordadas as demais espécies de flagrante, as quais, apesar de carecerem, em sua maioria, de previsão legal, ocorrem corriqueiramente no âmbito da atuação policial. Fato que demandou a atuação da doutrina e da jurisprudência no sentido de impor contornos e limites à sua realização. E que também irradia impacto, por consequência, na posterior análise acerca da legalidade da prisão, dado que o fato de ser prescindível decisão judicial prévia para a sua materialização, frente à possibilidade de equívocos e até mesmo de excessos relacionados à extensão do que pode ser encarado como flagrante delito, demanda uma infestável análise e indeclinável cuidado judiciais, a fim de que a excepcionalidade conferida à medida não venha a abrigar arbitrárias restrições da liberdade individual (PACELLI, 2018).

2.2. PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária, ao contrário do que ocorre com a prisão preventiva, - sobre a qual se fará a abordagem nas linhas abaixo, não encontra previsão legal no Código de Processo Penal pátrio, mas, sim, em legislação penal especial. A qual fora editada sob forte clamor social, cenário que impulsionou uma atuação com notada rigidez legislativa contra determinados delitos, sobretudo aqueles relacionados à criminalidade organizada e com maiores requintes de violência. Culminando, desse modo, com a edição da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro 1989, que regula a prisão temporária (GRECO, 2012).

Nesse sentido, a referida modalidade de prisão, também espécie do gênero das prisões cautelares, notadamente se diferencia da prisão preventiva na medida em que esta não prevê um prazo de duração, enquanto aquela, além de prever expressamente na sua lei regedora um prazo de duração, traz também a sua possibilidade restritamente ao âmbito da investigação preliminar, aqui entendida na acepção de um grande gênero, do qual são espécies tanto a investigação capitaneada pela polícia judiciária, em sede de Inquérito Policial, quanto a investigação comandada pelo Ministério Público, que se desenvolve mediante instauração de um Procedimento de Investigação Criminal. Nota-se, diante disso, que a abordada medida encontra lugar quando ainda são muito incipientes os materiais acerca do delito, isto porque prevista como possível de ocorrer no momento reservado à sua investigação, o que implica, por isso, em requisitos e pressupostos mais flexíveis para a sua decretação quando comparados com os elencados como imprescindíveis para que se expeça o decreto prisional preventivo (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Nessa toada, disciplina a legislação atinente que caberá a prisão temporária quando: (i) imprescindível para as investigações do Inquérito Policial; (ii) o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; (iii) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em determinados delitos. Os quais foram estabelecidos pelo legislador essencialmente conforme um critério de gravidade e repercussão social negativa da conduta, a exemplo do que se vê no elenco dos delitos de homicídio doloso, sequestro e estupro. (NUCCI, 2016).

Assim, percebe-se que a medida em comento não será cabível no âmbito de apuração de todo e qualquer delito, mas sim apenas no que se refere àqueles eleitos pelo legislador ordinário como passíveis da sua incidência. Bem como

que o fim a que se destina em muito se distancia do que se pretende com a prisão preventiva, na medida em que nesta se busca, em regra, a materialização de uma medida instrumental à persecução criminal, de modo a promover o seu salvaguardo, ao passo em que naquela, ao contrário, a prisão é efetivada com o escopo de reunir algum subsídio probatório, já que ainda muito germinal o estágio investigatório, para que se possibilite chegar ao corpo de provas mínimo necessário ao oferecimento da peça acusatória idônea a instaurar a fase processual.

Daí porque a doutrina com um olhar crítico, a exemplo do que se vê em Aury Lopes Júnior (2018) e Paulo Rangel (2014), muito se debruça acerca da sua constitucionalidade, vez que, por meio desta restrição cautelar, se prende não como um instrumento necessário ao bom desenvolvimento do procedimento investigativo ou do próprio processo penal, como deve se pautar as medidas cautelares atinentes à persecução criminal, mas sim para que a autoridade condutora dos atos investigatórios, ante a falta de indícios suficientes ao indiciamento do investigado, possa juntar algum material probatório que satisfaça o propósito primordial das investigações, que é possibilitar o oferecimento de posterior denúncia pelo órgão competente.

Pontua-se, ainda, que prisão temporária, como o próprio nome sugere, possui um prazo máximo de duração estabelecido na legislação que a disciplina, qual seja, de cinco dias prorrogáveis por mais cinco, desde que presentes a sua extrema e comprovada necessidade, o que só se fará através de ordem emanada da autoridade judiciária competente, após representação apresentada pelo delegado de polícia ou pelo membro do Ministério Público. Em salutar oposição, portanto, ao que ocorria com as antigas e inconstitucionais prisões para averiguação, quando se tolerava que delegados de polícia prendessem para subsidiar a investigação criminal.

Desse modo, evidencia-se mais um traço distintivo inerente à medida temporária em face da prisão preventiva, como mencionado nas linhas superiores, já que esta medida não se orienta a partir de um critério de tempo predeterminado para a sua duração, mas apenas da obrigatoriedade de revisão acerca da necessidade da sua manutenção a cada 90 dias, conforme alteração trazida pelo denominado Pacote Anticrime e a respeito do que melhor se discorrerá em tópico específico. Por fim, assinala-se que o prazo de duração de cinco dias da prisão temporária poderá dar lugar ao prazo de trinta dias, prorrogável por igual período, caso o delito em apuração seja definido como hediondo ou equiparado, imposição introduzida na Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, que estabelece quais os delitos são considerados hediondos, bem assim os que a estes são equiparados.

2.3. PRISÃO DOMICILIAR

A legislação processual penal disciplina a prisão domiciliar como sendo uma medida cautelar e, por isso, excepcional que encontra lugar quando necessário que se realize a substituição da prisão preventiva previamente decretada. Nesse sentido, a necessidade da referida substituição se verifica quando presentes determinadas condições de caráter pessoal do sujeito contra o qual se dirige a restrição cautelar de liberdade. A qual carrega evidente carga valorativa humanitária, na medida em que se destina a harmonizar a necessidade de se cercear a liberdade de modo cautelar do indivíduo com determinada questão pessoal a este relativa que represente um obstáculo ao cumprimento da medida preventiva no âmbito próprio que é reservado para os presos provisórios, os estabelecimentos prisionais (LOPES JR., 2018).

Nesse linear, a previsão legal é no sentido de que a prisão preventiva poderá ser substituída, sempre por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, pela prisão domiciliar, onde o custodiado deverá cumprir a medida, também dependendo de autorização judicial para realizar qualquer saída, quando: (i) o agente for pessoa maior de 80 anos; ou (ii) esteja extremamente debilitado por motivo de doença grave; ou seja (iii) imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência; ou esteja (iv) gestante; ou seja (v) mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos; ou se (vi) homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos (PACELLI, 2018).

E, ainda, caso a preventiva seja imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça contra a pessoa e não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. Ressalte-se que ainda é elencado como requisito indispensável à concessão da referida garantia prova hábil a demonstrar a veracidade da determinada circunstância pessoal reclamadora da substituição (PACELLI, 2018)

Feitas estas considerações, insta salientar que este rol de circunstâncias fáticas autorizadoras da substituição da preventiva pela domiciliar, para que se observe os valores constitucionalmente consagrados na Carta Magna, não deve ser encarado como exaustivo. Mas, ao revés, como um rol meramente exemplificativo, de modo a alcançar as diversas situações passiveis de serem vislumbradas no caso concreto

que, apesar de não encontrarem ressonância textual na legislação processual penal, sejam, do mesmo modo, merecedoras de igual tratamento das que foram elencadas na legislação.

Até porque não seria possível ao legislador fazer constar textualmente todas as hipóteses possíveis de se desenhar no mundo fático com semelhante necessidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, de modo em que as situações positivadas na norma devem servir como vetores valorativos para que o intérprete atinja, na sua atuação, o fim precípuo para o qual a norma fora estatuída, que, neste caso, é conciliar um cumprimento de medida cautelar e excepcional com a condição pessoal do agente que implique na necessidade de seu cumprimento se realizar em local diverso da cadeia pública (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Desse modo, extrai-se do teor do quanto dispendido acima que a prisão que recolhe o indivíduo ao ambiente doméstico está estritamente ligada, numa relação de interdependência, a um prévio decreto prisional preventivo. Isto porque é justamente a partir das circunstâncias fáticas que se revelarem presentes com o indivíduo contra quem se vislumbrou a necessidade de se impor a restrição cautelar que surgirá a impossibilidade de o seu respectivo cumprimento se realizar no espaço físico em que comumente se direciona presos dessa natureza. O que resta por reclamar, portanto, a recomendação, ou até mesmo necessidade, de que o cumprimento da prisão preventiva previamente imposta tenha o seu destino redirecionado para a residência do agente custodiado.

2.4. PRISÃO PREVENTIVA

Dentre todas as modalidades de prisão provisória existentes no âmbito do arcabouço normativo pátrio, destaca-se a prisão preventiva como sendo a medida cautelar mais abrangente. Isto porque se apresenta, na prática, como ferramenta (útil e bem-sucedida) para se encarcerar os sujeitos ainda em sede de investigação criminal ou, de outro lado, no desenrolar de um processo criminal, e, portanto, antes da decisão definitiva que reconheça o réu como culpado, na medida em que sua amplitude alcança tanto a fase investigativa quanto a que desta pode decorrer em caso de terem sido, no seu curso, reunidos os pressupostos necessários ao recebimento da peça acusatória, qual seja, a fase processual (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Nesse sentido, desde que através de uma decisão emanada por uma autoridade devidamente investida nas funções jurisdicionais, bem assim que se observe a sua concreta necessidade evidenciada pela inequívoca existência dos pressupostos e

fundamentos legais para tanto, e, ainda, que não seja possível se aplicar medida menos restritiva, a saber, cautelar diversa da prisão, poderá ser exarado o decreto prisional preventivo, o qual, enquanto medida cautelar de caráter pessoal, já que recai sobre a liberdade individual do indivíduo, poderá alcançar tanto os sujeitos que estejam na condição de investigados quanto os que se encontrem na condição de processados, réus no processo penal, sendo que, nesta última etapa da persecução penal, poderá ocorrer até o instante em que não se tenha uma decisão condenatória da qual não se possa mais recorrer (PACELLI, 2018).

Ademais, a legislação processual penal estabelece que o decreto prisional preventivo poderá ser postulado por diferentes atores, a saber, a autoridade policial, mediante representação, o querelante ou assistente e o Ministério Público, mediante requerimento. Estando de fora desse rol, atualmente, a figura do juiz, que estava autorizado, até o advento do Pacote Anticrime, no final de 2019, ainda que somente na fase processual, a decretar de ofício medidas cautelares.

Nesta senda, no que toca a esse anterior permissivo legal, possibilitador de decreto prisional preventivo pelo juiz, de ofício, que, após alteração legislativa datada de 2011, somente poderia ser materializado na fase processual, e nunca em sede de inquérito, o que se tinha era uma nítida afronta ao sistema constitucional acusatório, vez que, ao se permitir a decretação da preventiva pelo juiz sem que fosse provocado, estava a se permitir o esvaziamento do imperativo de imparcialidade do qual não poderia se apartar o julgador. Um grave erro, portanto, que foi corrigido pela Lei nº 13.964 de dezembro de 2019.

Pontua-se, por oportuno, que mesmo com esta inovação legislativa, algumas turmas do STJ ainda encamparam entendimento, segundo o qual, era possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva de oficio. O que perdurou até fevereiro de 2021, quando o tema sofreu uma virada jurisprudencial no julgamento realizado pela 3ª Seção, no RHC 131.263, de Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, em sede do qual o Tribunal colocou uma pá de cal sobre a divergência, consignando o entendimento no sentido de que é vedado ao juiz, de oficio, converter o flagrante em preventiva. Indo ao encontro, finalmente, da alteração trazida pelo Pacote Anticrime que prestigia o sistema acusatório.

Nessa perspectiva, tem-se que os decretos de prisão preventiva somente poderão ser emanados, portanto, quando requeridos pelo Órgão Ministerial, o querelante ou quando representados pelo delegado de polícia, sendo certo que poderão ser realizados em qualquer fase da persecução penal, seja investigatória, seja judicial.

E ainda corroborando com a excepcionalidade que marca a prisão preventiva, previu o Código de Processo Penal, detalhada e especificamente, pressupostos e fundamentos imprescindíveis à sua decretação. Num nível de detalhamento que se sobrepõe, aliás, aos institutos cautelares disciplinados por outras legislações, inclusive específicas.

Nessa toada, o *fumus commissi delicti,* previsto no art. 312 do Código de Processo Penal, apresenta-se como o pressuposto imprescindível à expedição do decreto cautelar preventivo, vez que se revela como a verdadeira fumaça do crime, na medida em que se corporifica com a existência de provas materiais de que determinado delito ocorreu, bem como de indícios suficientes acerca da respectiva autoria. Pelo que se percebe que o legislador, a partir de uma ordem lógica e sequencial de elementos indispensáveis à decretação do encarceramento preventivo, fincou a prova relativa à existência do delito, bem assim indícios suficientes que apontem o seu suposto autor como pressupostos iniciais necessários, portanto, à posterior análise acerca da existência de circunstâncias fáticas que podem dar fundamento para a prisão preventiva. (LOPES JR., 2017).

Assim, por se servir à decretação de medida cautelar, é certo que não se exige juízo de certeza quando da averiguação das referidas circunstâncias relativas à ocorrência do fato criminoso, o que não significa, porém, que esse pressuposto pode ser encarado como mera probabilidade. Mas, ao revés, deve se erigir a partir de sinais concretamente exteriorizados, ao lado dos quais deve haver, pois, um suporte fático devidamente evidenciado, a partir do resultado daquilo que foi cautelosamente investigado pelos órgãos atribuídos da competência para tanto. Em que se persiga, desse modo, um procedimento investigatório desprendido de juízos preconcebidos e enviesados por parte dos sujeitos incumbidos do mister de capitaneá-lo (LOPES JR, 2017).

Com efeito, partindo desta perspectiva, a prova da materialidade delitiva, conjuntamente com os indícios suficientes acerca da sua autoria, devem ser encaradas como barreiras intransponíveis a favor do réu, ou do investigado, a depender de qual seja o estágio da persecução criminal. Na medida em que se destinam a salvaguardá-lo do risco de se submeter aos temerários decretos cautelares restritivos de liberdade. Pelo que a imposição desta medida, dada a sua excepcionalidade, apenas terá espaço diante de um conjunto de provas mínimo, capaz de ultrapassar as garantias formadoras da barreira da qual se fez menção nas linhas anteriores.

Ademais, a referida barreira, consubstanciada no *fumus commissi delicti,* reveste-se, ainda, de mais uma importante garantia em favor do indivíduo, qual seja, o *periculum libertatis*, já que, embora seja de fundamental importância, a exigência do aludido pressuposto, não se revelaria, sozinho, suficiente para realizar a devida proteção do réu ou investigado, enquanto filtro da imposição das restrições cautelares de liberdade. Isto porque o núcleo formador da fumaça do delito possui apenas o condão de lastrear o oferecimento de uma peça acusatória e seu posterior recebimento, marco temporal do início do processo (DELMANTO JÚNIOR, 2001).

Pelo que, por si, não possui a força exigida para subsidiar a decretação de uma medida com impacto tão drástico no estado de liberdade do sujeito, como se sucede com a execução da prisão preventiva. Assim, a liberdade do réu, ou investigado, deve, a partir de uma demonstração clara e precisa, oferecer uma real ameaça à sucessão de atos que conduzem o procedimento, isto é, o processo, até a sua decisão final. Para que, então, somente diante disso, seja idônea a expedição do decreto que restringe preventivamente a sua liberdade (DELMANTO JÚNIOR, 2001).

Portanto, diante de um requerimento ou representação famuladas com o fim de que se decrete a prisão preventiva de um determinado sujeito, exige-se, primeiro, que o julgador avalie detidamente, com base em todos os elementos probatórios de que dispõe, se resta comprovado que um fato tipificado como delituoso ocorreu e, em caso positivo, se há indícios mínimos a apontarem a sua autoria frente a este fato. Para, uma vez vencida essa etapa (formadora dos pressupostos da prisão preventiva), seja feito, na sequência, o juízo acerca da existência ou não de alguma circunstância fática apresentada pelo mesmo sujeito que ofereça risco ao regular andamento do feito, quer procedimental, quer processual (BADARÓ, 2016).

Circunstância esta que deve dar corpo ao fundamento da segregação cautelar preventiva. Razão pela qual deve ser concretamente demonstrada e fundamentada no ato decisório, de modo que fique claramente evidente, tanto que existe o perigo oferecido pela liberdade do sujeito sobre o qual há uma forte presunção de que cometera o delito investigado, ou processado, quanto que este perigo não pode ser afastado pela imposição de uma medida menos restritiva, a saber, uma cautelar diversa da prisão (BADARÓ, 2016).

Diante disso, o *periculum libertatis*, na disciplina constante da legislação processual penal brasileira, enquanto fundamentador da expedição do decreto prisional preventivo, estará presente toda vez que o estado de liberdade do sujeito

investigado ou processado representar: (i) risco à ordem pública; (ii) risco à ordem econômica; (iii) inconveniência à instrução criminal ou, ainda, (iv) insegurança à aplicação da lei penal (art. 312).

Assim, nota-se que é ínsito, o caráter cautelar da medida imposta a partir de alguns destes fundamentos, ao passo em que, com clara exceção da garantia da ordem pública e da ordem econômica, se prestam justamente à tutela da segurança do processo e do seu resultado, quando estiverem diante do risco de serem atingidos por algum comportamento do investigado (ou processado) que vá de encontro com a necessidade de sua proteção.

Ademais, registra-se que deve estar umbilicalmente ligada à natureza cautelar da prisão preventiva, o seu caráter situacional, o que implica na obrigatoriedade de se perquirir a contemporaneidade da situação fática fundamentadora da sua decretação e, ao longo da sua execução, a persistência dessa situação fática. Na medida em que, uma vez verificada a ausência destes fundamentos fáticos, deve-se a prisão ser revogada.

Corroborando com este entendimento, registra-se aqui mais uma inovação legislativa trazida pelo Pacote Anticrime, que, dentre as alterações promovidas no Código de Processo Penal, incluiu a previsão de que, uma vez decretada a prisão preventiva, deve o órgão prolator realizar a revisão da necessidade da sua manutenção a cada 90 dias, o que deve ser feito inclusive sem requerimento e mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal em caso de sua inobservância.

E abre-se, neste parágrafo, um parêntese para se registrar, também, que, apesar da referida previsão normativa, recentemente, em 27/04/2021, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado pela sua quinta turma, ao apreciar o AgRg no HC 620.167, entendeu que o prazo revisional descrito no parágrafo anterior não é peremptório. O que implica em dizer, dessa forma, que o não atendimento da necessidade de se revisar a preventiva, a cada 90 dias, não gera automaticamente o reconhecimento da ilegalidade da prisão. Na contramão, portanto, da expressa previsão legal, que estabelece a necessidade de contínua revisão da cautelar sob pena de torná-la ilegal.

Diante destas considerações, nota-se que só a partir de um fundamento que se ampare na necessidade de se acautelar o processo, e que seja periodicamente revisado para se perquirir a necessidade da sua manutenção, é que pode a medida cautelar resistir a um confronto direto com princípios constitucionais, como o

da presunção de inocência. Assim, pelo menos não sem ofender frontalmente a referida base principiológica constitucional, não poderia a prisão preventiva se voltar a salvaguardar elementos estranhos ao processo, como o faz para proteger a ordem econômica e a ordem pública, verdadeiras cláusulas abertas eleitas pelo legislador processual como autorizadoras da expedição de um decreto prisional provisório. Daí porque, a partir de agora, acerca desta última cláusula aberta se voltará, notadamente, a abordagem desta obra.

3. A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NO PROCESSO PENAL

Diante das diferentes circunstâncias que podem circundar a prática de um delito, é possível que o contexto fático, no qual encontra-se o seu suposto autor, sobre quem recai uma investigação ou um processo criminal, não apresente nenhum risco ao desenvolvimento regular da persecução penal, o que, por essa razão, impulsiona o julgador a buscar legitimidade para a decretação da sua prisão cautelar em elementos estranhos ao processo, notadamente em retóricas embasadas na necessidade de restabelecer a tranquilidade do meio social e a credibilidade da justiça, que teriam supostamente sido enfraquecidas pela gravidade do fato ou pela periculosidade do suposto agente criminoso. (HENRIQUE DEMERCIAN; ASSAF MALULY, 2011).

Assim, é a partir desta perspectiva que se estabelece a ideia de ordem pública no âmbito da persecução criminal, verdadeira cláusula aberta prevista na legislação processual penal como um dos fundamentos embasadores do decreto prisional preventivo. Por ser fundamento de medida que decreta prisão antes que se tenha acertado a existência de culpa do processado, insere-se no mundo jurídico como medida cautelar, mas de cautelaridade diferente daquela que persegue um fim processual, vez que, neste caso, o fundamento pautado na salvaguarda da ordem pública corporifica medida encarceradora, cujo caráter é de cautelaridade social, já que se estabelece a partir da necessidade de se proteger a sociedade da periculosidade daquele que se supõe ser o autor do fato abordado no âmbito do processo (MOUGENOT, 2009).

Nesse sentido, observa-se que, no sistema processual penal vigente no Brasil, a garantia da ordem pública assenta-se como fundamento de uma segregação, tanto em sede de inquérito quanto de processo, cujo fim é manter a paz no corpo social. De modo que, uma vez cometido um delito, encarcera-se aquele sobre o qual recaem indícios suficientes relativos à sua autoria. Visando com essa medida, pois, impedir que o suspeito cometa delitos no transcorrer dos atos investigatórios ou processuais. Ao tempo em que também, de outro lado, se busca resguardar a

própria credibilidade da justiça, vez que atua na tentativa de reafirmar a validade e a autoridade da ordem jurídica que teriam sido colocadas em questionamento em virtude da atuação criminosa e de sua posterior repercussão no seio social (BECHARA, 2005).

Com efeito, a garantia da ordem pública, enquanto cláusula aberta e indeterminada, é tomada por parte da doutrina, a exemplo da que se mencionou acima, bem assim da jurisprudência, como medida abarcadora de diversos contextos, e, por isso mesmo, tem se desdobrado em diferentes circunstâncias fáticas para fundamentar a prisão preventiva, materializando, desse modo, encarceramentos cautelares com o escopo de: (i) servir como exemplo para outros possíveis criminosos, desencorajando-os; (ii) atender ao clamor público; (iii) conter a comoção social; (iv) dar credibilidade à justiça; (v) e, ainda, pelo fato de o crime apresentar gravidade concreta ou abstrata, bem assim pela periculosidade do réu (RODRIGO CAPEZ, 2017).

O que, em dois pontos, distancia-se por completo da função primeira das prisões cautelares. Em primeiro lugar, porque não deve a medida cautelar se destinar a substituir a sanção penal, que, por sua vez, somente poderá ser aplicada, após o momento em que a culpa do réu esteja devidamente acertada por meio de um devido processo penal, no qual lhe tenham sido assegurados todos os instrumentos imprescindíveis à realização do efetivo contraditório e da ampla defesa, sob pena de violação frontal à presunção de inocência, princípio de envergadura constitucional. E, em segundo, porque vai ao encontro da proteção de elementos que se encontram fora do processo, quando, em verdade, sua natural vocação deveria ser acautelar o desenrolar procedimental, ponto acerca do qual melhor se discorrerá no tópico subsequente.

Nessa toada, a prisão cautelar decretada para garantir a ordem pública destoa do seu fim precípuo, para assumir funções típicas daquelas desempenhadas pelas penas, justamente porque se desdobra em fundamentos cujas pretensões, em verdade, se confundem com as finalidades pretendidas pelas prevenções: geral, negativa e positiva; e especial, negativa e positiva. Já que se prender para desencorajar eventuais criminosos e para se dar credibilidade à justiça constituem as funções da prevenção geral, negativa e positiva, respectivamente. Ao passo em que, de outra banda, encarcerar para que que o agente não cometa mais delitos, neutralizando-o, ou em virtude da gravidade do fato e pelo tão só fato da periculosidade do réu, desemboca tanto na prevenção especial negativa quanto na positiva (CARLOS PORCIÚNCULA, 2019).

Seguindo essa linha de raciocínio, vê-se que, em todas as vertentes nas quais se desdobra a aberta e, por isso, manipulável cláusula da ordem pública, para dar suporte à segregação provisória, há a presença marcante de um fim tipicamente perseguido pela pena, além de que, ao mesmo tempo, estes mesmos fundamentos buscam a proteção de circunstâncias fáticas que estão situadas numa esfera estranha ao processo. O que, por essa razão, dão, à medida, vestes diferentes daquelas presentes nas medidas puramente cautelares. Diante disso, o próximo tópico cuidará da análise da garantia da ordem pública frente ao caráter instrumental da prisão preventiva.

4. A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA FRENTE AO CARÁTER INSTRUMENTAL DA PRISÃO PREVENTIVA

O processo penal se estabelece a partir de premissas que o sustentam como um verdadeiro escudo de proteção, necessário ao exercício do poder punitivo de que se vale o Estado, para infligir uma pena contra aquele que se provou ter praticado uma conduta previamente insculpida como um tipo penal. Assim, garantias constitucionais, como a presunção de inocência, asseguram que o indivíduo somente poderá ter a sua liberdade restringida após ter sido aferida a sua culpa no âmbito de um processo, pelo que toda e qualquer previsão normativa, autorizando que a prisão ocorra antes deste marco condenatório, só coabita o mesmo ordenamento jurídico que a Constituição Federal, caso assuma feição cautelar (RENATO BRASILEIRO, 2014).

Justamente por isso, a cautelaridade das medidas restritivas de liberdade se destina, ou pelo menos deveria, à proteção do processo. Já que o seu fim primeiro (do processo) é assegurar mecanismos de garantia ao acusado de que uma eventual condenação não será decretada de forma arbitrária e inquisitória. Pelo que a base que dá sustentáculo à existência de medidas cautelares no âmbito processual penal é sedimentada a partir da sua vocação para garantir que o processo seja conduzido sem interferências que possam atrapalhar o seu desenrolar (FAUZI HASSAN, 2002).

Ganha contornos ainda mais marcantes, a necessidade da cautelaridade ser ínsita aos institutos encarceradores que antecedem a decisão penal com trânsito em julgado, o fato de que somente após este marco processual, a saber, impossibilidade de se interpor recurso da decisão e, assim, de sofrer alteração no seu conteúdo, é que pode ser infligida uma pena a alguém. Isto porque a medida provisória não tem o condão de preencher função de sanção penal, vez que, pelo contrário, persegue o fim útil do processo. Garantindo, desse modo, a sua utilidade pelo fato

de não pretender fazer justiça, mas de proporcionar segurança para que a justiça seja perfeitamente realizada dentro da sua normalidade processual, desprendida, portanto, de qualquer finalidade punitiva (TOURINHO NETO, 1994).

Nesse sentido, os decretos prisionais provisórios possuem natureza de medidas cautelares, visto que inseridos no âmbito processual penal para buscar a garantia de que a marcha processual não sofrerá com a presença de obstáculos que possam impedir ou dificultar o seu normal desenvolvimento, bem assim para assegurar que a posterior aplicação da sanção penal, do processo decorrente, não seja prejudicada. Pelo que se nota que as medidas cautelares não possuem outro fim senão a tutela do processo (LOPES JR., 2018).

Assim, fincadas essas premissas, nota-se que só é possível tolerar a existência da restrição da liberdade de alguém antes de que se tenha uma sentença penal condenatória da qual não caiba mais recursos, se esta for construída em nome de fins puramente cautelares, de proteção ao bom andamento processual, ou seja, com o escopo de servir de instrumento ao processo, numa relação estabelecida a partir da ideia de que a prisão cautelar é meio para o processo e não o seu fim. (GOMES FILHO, 1991).

E é a partir desta constatação que ganha corpo o ponto fulcral deste trabalho, qual seja, confrontar a instrumentalidade da prisão preventiva, enquanto medida cautelar, com a sua decretação para a proteção de elementos fundamentados, a partir da genérica e abstrata cláusula da ordem pública.

Nesse sentido, a necessidade de se proteger a ordem pública, um conceito vago, indeterminado, desprovido de qualquer precisão semântica, através de um mecanismo que naturalmente deveria salvaguardar o processo, termina por desencadear prisões que nada obstante tenham roupas cautelares, possuem, em sua essência, um conteúdo manifestamente enviesado pelo autoritarismo. Vez que a referida medida, com base na garantia da ordem pública, passa a ser instituída com base em fundamentos que variam entre as declarações de que o seu fim é acalmar o clamor público, restabelecer a ordem social abalada pela gravidade da conduta criminosa, assegurar a confiabilidade da sociedade nas instituições da justiça e, ainda, impedir que o suspeito volte a cometer outros delitos e servir de bom exemplo para que outras pessoas sejam desencorajadas a cometer ilícitos penais. (SANGUINÉ, 2001).

Com efeito, sem esforço se conclui que, de todos os fundamentos em que se desdobra a ordem pública, nenhum diz respeito, a rigor, ao processo. Ao revés, consistem basicamente em finalidades que vão ao encontro da neutralização

do suposto autor do delito que acabara de ser cometido, contra futuras fugas e reiteração delitiva, bem assim de um suposto sentimento social de impunidade que necessita da prisão para ser amenizado. Ocorre que estas finalidades, embora legítimas quando realizadas pelas instâncias competentes e no momento oportuno, não encontram ressonância na razão de existir da prisão provisória, já que acabam por dar a uma medida cautelar funções de prevenção geral e especial, típicas da pena. Ao mesmo tempo que confere ao magistrado que a decreta atribuição para desempenhar o trabalho cuja alçada pertence a outro Poder da República, qual seja, o Executivo, a quem cabe zelar pela segurança pública. (DELMANTO JÚNIOR, 2001).

Nesse linear, percebe-que, diante da perspectiva de que a prisão preventiva só se justifica em razão do seu caráter cautelar e, pois, instrumental ao processo, a garantia da ordem pública, enquanto medida que se lança a atender aos anseios sociais e retribuições punitivas nitidamente alheias ao referido caráter instrumental, não se compatibiliza, sob nenhuma ótica, com a sistemática constitucional e legal estabelecedora das exigências a serem observadas quando da necessidade de se expedir o decreto prisional preventivo.

Portanto, embora haja previsão normativa autorizando a prisão preventiva com a missão de assegurar a ordem pública, este fundamento não presta serviço ao processo propriamente. De modo que, em virtude de nascer de uma cláusula vaga e aberta, termina por desaguar em diferentes fins, todos estes, porém, consubstanciados em elementos estranhos ao processo e, por isso, estranhos também ao caráter instrumental que deveria possuir toda restrição cautelar de liberdade. Ou seja, encarna uma proteção de elementos externos ao processo.

5. A ORDEM PÚBLICA E A BANALIZAÇÃO DO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO

Em estudo realizado por Rocha Sales (2018), em seu Trabalho de Conclusão de Curso, para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, foram analisadas noventa e oito decisões colegiadas, proferidas por desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em sede *habeas corpus* impetrados contra decisões preventivas decretadas no âmbito do primeiro grau de jurisdição, contra indivíduos investigados e acusados de terem supostamente cometido o delito de tráfico de drogas.

Nessa toada, as referidas decisões analisadas pelo autor foram levantadas dos acórdãos proferidos entre novembro de 2017 e março de 2018, a partir de onde se

constatou que em apenas seis, do total mencionado acima, houve concessão da ordem para revogar a prisão preventiva inicialmente decretada. Pelo que restaram noventa e duas decisões denegando a ordem pleiteada, dentre as quais um total de setenta e duas decisões foram fundamentadas com supedâneo na necessidade de se garantir a ordem pública, que se desdobrou em argumentos que variaram entre a gravidade concreta do delito, a periculosidade do agente, o risco de reiteração delitiva, o clamor social e repercussão social e a credibilidade da justiça.

O que denota, portanto, ainda que através de um pequeno recorde de decisões proferidas e ratificadas no âmbito apenas da justiça baiana, que há uma larga preponderância do manuseio da cláusula da ordem pública para embasar os decretos prisionais preventivos em relação aos demais fundamentos previstos na legislação processual penal.

Fato que pode ser justificado pela patente imprecisão terminológica e semântica presente no conceito de ordem pública, permitindo ao julgador lançar mão de uma ampla possibilidade de circunstâncias fáticas com igual aptidão para inserir-se dentro da generalidade e abstração que caracteriza a referida cláusula fundamentadora da prisão preventiva. De onde se conclui, definitivamente, que a referida cláusula aberta não se mostra idônea para tutelar os interesses diretos do processo. Na medida em que na prática levanta-se, em verdade, para a tutela de interesses metaprocessuais, estranhos à natureza instrumental que, como dito, deveria demarcar o objeto e a finalidade das medidas cautelares em sede de processo penal. (ROMULO MOREIRA, 2017).

Nesse linear, em paralelo às constatações transcritas acima, se colocam os dados fornecidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), publicado no ano de 2016, no qual se constatou que 40% do total da população carcerária brasileira, que à época já chegava ao somatório de 726.712 (setecentos e vinte seis mil, setecentos e doze) custodiados, era composta apenas por presos provisórios, sendo grande parte dessas restrições cautelares originadas de decretos prisionais preventivos fundamentados, em sua maioria, na necessidade de se garantir a ordem pública.

Diante disso, percebe-se que em razão do problema (exaustivamente descrito acima) de desconformidade existente entre a vagueza e imprecisão terminológica inerente à cláusula da ordem pública em face do caráter instrumental que deve (ria) ostentar toda medida cautelar, possui o sistema de justiça criminal brasileiro, por consequência, um problema com grave repercussão prática. Na medida em que a referida desconformidade estabelece uma relação direta com a banalização

do encarceramento provisório no Brasil, uma vez que, de um lado, parte massiva das pessoas segregadas é composta por presos em situação cautelar, enquanto, de outro, parcela preponderante dessas medidas ganha corpo a partir de decretos prisionais preventivos pautados na necessidade de salvaguardar a ordem pública.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidencia-se que a sistemática das prisões, no Brasil, deve ser orientada a partir da observância inafastável dos postulados estatuídos pela Constituição Federal de 1988, em que a dignidade da pessoa humana, por ser o pilar central do Estado Democrático de Direito, impõe que a interferência estatal na vida dos indivíduos, sobretudo com o fim de restrição de liberdade, deve encontrar limites numa série de garantias e direitos fundamentais.

Assim, a medida cautelar restritiva de liberdade, dada a excepcionalidade que norteia a sua aplicabilidade, para coabitar o mesmo ambiente normativo das garantias descritas acima, deve obrigatoriamente respeitar os basilares princípios da presunção de inocência e o da não culpabilidade, para que não assuma caráter de pena antecipada, vez que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, qualquer sujeito deve ser considerado presumidamente inocente.

Ao mesmo passo em que o seu decreto deve se submeter à reserva de jurisdição, de modo que somente a autoridade judiciária competente pode exarar decisão cerceando a liberdade de alguém. Desde que o faça, ainda, em respeito aos pressupostos e fundamentos legais, de forma concretamente fundamentada, portanto.

No entanto, apesar da referida necessidade que se impõe como infestável, da abordagem realizada ao longo desse estudo, depreende-se que vige ainda na legislação processual penal, injustificável previsão de fundamento da prisão preventiva que se lastreia na necessidade de se acautelar a ordem pública, uma cláusula elástica, de conceito extremamente vago, sem delimitações claras dos seus contornos e que, por isso, termina por legitimar a segregação preventiva para se proteger elementos situados para além das fronteiras que demarcam o processo. Desencadeando, desse modo, prisões cautelares apenas na forma, mas de conteúdo manifestamente reservado à prisão pena, quando só deveria ser levantada para proteger o processo contra riscos fundados e concretos.

Nessa toada, constata-se que a ordem pública termina por dar base a decisões fundamentadas na necessidade de acalmar o clamor público, de restabelecer

a ordem social abalada pela gravidade da conduta criminosa, de assegurar a confiabilidade da sociedade nas instituições da justiça e, ainda, de impedir que o suspeito volte a cometer outros delitos e, assim, servir de bom exemplo para que outras pessoas sejam desencorajadas a cometer ilícitos penais.

Em flagrante contradição com a natureza de uma medida cautelar, portanto, que, em verdade, deve se direcionar a garantir que o processo não seja abalado por determinados comportamentos do réu capazes de colocá-lo numa posição de risco concreto. Uma vez que, ao ser decretada a partir dos fundamentos descritos acima, assume finalidades e objetivos tipicamente perseguidos pela prisão pena, a saber, de um lado: de prevenção geral, já que para servir de exemplo a outros possíveis criminosos, pelo clamor público, pela credibilidade da justiça, pela comoção social, ou, ainda, pela gravidade abstrata do delito, e; de outro: de prevenção especial, para evitar a reiteração delitiva, para a intimidar o acusado, pela perversidade do crime, pela insensibilidade moral do acusado, pela gravidade concreta do delito ou pela periculosidade do réu.

Pelo que se nota, a escala que se tem hoje para se chegar ao que seja ordem pública, enquanto fundamento da prisão preventiva, não possui parâmetros claros e seguros que resistam ao filtro das garantias constitucionais, na medida em que as segregações cautelares só devem se justificar, se fundamentadas a partir de uma perspectiva de instrumentalidade em relação ao processo. Já que a prisão com típicos fins de sanção penal, só deve ser infligida quando superados todos os obstáculos processuais necessários à conformação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Além disso, que a prisão preventiva forjada com base na garantia da ordem pública também foge da feição de prisão cautelar, na medida que se aproxima dos fins tipicamente pretendidos pela segurança pública, a qual, dada a natureza de política pública, insere-se no âmbito de atribuição do Poder Executivo, esfera que não pode ser invadida pelo Poder Judiciário ao promover a expedição de decretos prisionais preventivos, sob pena de flagrante enfraquecimento da separação de poderes, que, antes de harmônicos entre si, são independentes.

Assim, importa registrar que não está a se defender, com o que se expôs neste trabalho, a intransponibilidade das garantias constitucionais fundamentais, dado que não gozam de caráter absoluto. Mas, sim, que se realize a sua exata observância para que as restrições da liberdade, em momento processual que ainda se presuma a inocência do indivíduo, só venham a ser decretadas diante da concreta necessidade de se proteger o processo e seu regular desenvolvimento.

Já que a persistência de fundamentos para se decretar a prisão preventiva, como o da garantia da ordem pública, acaba por esvaziar postulados constitucionalmente consagrados, especialmente, o da presunção de inocência, na medida em que, ao tutelar elementos estranhos ao processo, assume fim que a Constituição Federal só autorizou para quando não mais se restar dúvida acerca da culpabilidade. Além de contribuir massivamente, por consequência, para o agravamento da caótica situação carcerária brasileira.

7. REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**: os fundamentos e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECHARA, Fábio Ramazzine. **Prisão Cautelar.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BOMFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal.** 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mai. 2021.

BRASIL. (1941). **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 12 mai. 2021.

BRASIL. (1989). **Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 12 mai. 2021.

BRASIL. (1990). **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990.** Lei dos crimes hediondos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em 12 mai. 2021.

BRASIL. (2019). **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019.** Pacote Anticrime. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 12 mai. 2021.

BRASIL**. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN** - junho de 2016. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, DF, 2017.

CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e Medidas Cautelares Diversas.** 1ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal.** 9ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GONÇALVES, Mariana Moura. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais à luz da proporcionalidade.** 2011. 496 fls. Dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre no curso de pós-graduação *stricto senso* da Universidade de São Paulo – Direito. São Paulo, 2011.

HASSAN, Fauzi. **Processo Penal de Emergência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição, revista ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5.ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2017.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MOREIRA, Romulo de Andrade. **Da prisão preventiva, das medidas cautelares e a liberdade provisória: comentários à Lei nº. 12.403/2011**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional.** 9ª Edição, revista ampliada e atualizada. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

SALES, Marcus Vinícius Rocha. **A banalização do encarceramento preventivo nos crimes de tráfico de drogas sob a justificativa de garantir a ordem pública.** 55 fls. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

SANGUINÉ, Odone. **A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 107, out. 2001.

STF. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: ADC 43 DF.** Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. Julgamento em 07 de novembro de 2019.

STF. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: ADC 44 DF.** Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. Julgamento em 07 de novembro de 2019.

STF. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: ADC 54 DF.** Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. Julgamento em 07 de novembro de 2019.

STF. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 347 MC/ DF.** Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. Julgamento em 09 de setembro de 2015.

STJ. **AgRg no HC 620.167/PI,** Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/04/2021, publicado no DJe em 29/04/2021.

STJ. 3ª Seção. **RHC 131.263,** Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/02/2021 (Info 686).

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Prisão Provisória**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 31. n. 122. mai-jul 1994. p. 97-101.

EXECUÇÃO PENAL À LUZ DO FEMINISMO INTERSECCIONAL: O HC 143641 E A PRISÃO DOMICILIAR SUBSTITUTIVA PARA GESTANTES E MÃES ENCARCERADAS

Carolina Lopes[1]

Resumo: O presente artigo analisa o *habeas corpus* 143.641/SP e suas fundamentações, demonstrando como tal decisão pode impulsionar o surgimento de uma criminologia idealizada para atender às necessidades das mulheres presas, principalmente as gestantes e mães. Aborda a necessidade do fortalecimento de movimentos sociais como o feminismo interseccional, tratando questões que envolvem raça, classe e gênero. Desta maneira, provocando discussões importantes a respeito do tratamento ao qual são submetidas as mulheres encarceradas, objetivando o desenvolvimento de uma execução penal sob a perspectiva da tutela dos direitos fundamentais garantidos pelo texto constitucional e pelos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Palavras-chave: Feminismo Interseccional. Prisão Domiciliar Substitutiva. *Habeas Corpus* 143641. Regras de Bangkok.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva abordar a necessidade de crescimento dos movimentos sociais como o feminismo, de maneira interseccional, atuando diretamente na luta por igualdade de gênero, classe e cor, desenvolvendo uma execução penal sob a perspectiva da tutela dos direitos fundamentais garantidos às mulheres presas pelo texto constitucional. Para tanto, o estudo recairá sobre a análise do *habeas corpus* 143.641/SP e suas fundamentações.

1 Especialista em Ciências Criminais - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito – Universidade Católica do Salvador

Busca-se trazer à baila, as discussões sobre a decisão do mencionado *mandamus,* possibilitando a substituição da prisão cautelar por prisão domiciliar às mulheres gestantes e mães presas preventivamente.

Sob o ponto de vista doutrinário, sabe-se que a prisão preventiva somente poderá ser decretada quando presentes os requisitos que a autorizem, sendo estes a existência de prova do *periculum libertatis e o fumus comissi delicti*, além do não cabimento de medida cautelar diversa da prisão. No entanto, o que se percebe no cenário atual é a decretação da prisão de forma negligente, desrespeitando seu caráter excepcional.

De modo geral, objetiva-se demonstrar a necessidade de decisões como a do *habeas corpus* 143.641/SP, para reafirmar o óbvio, dentro da realidade de uma execução penal formada por encarceramentos seletivos, que na prática apresentam ações e julgamentos excludentes e discriminatórios, violadores dos direitos humanos tão discutidos na sociedade contemporânea.

O artigo apresenta também, tratados internacionais como as Regras de Bangkok, do qual o Brasil é signatário, as medidas alternativas à prisão que devem ser aplicadas às mulheres, e que compõem o relatório criado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, todos com o objetivo de reduzir a decretação de prisões preventivas.

Sendo assim, pretende-se, mediante pesquisas bibliográficas e quantitativas, provocar discussões importantes a respeito do tratamento ao qual são submetidas as mulheres presas, principalmente as gestantes e mães. Além disso, enfatizar a indispensabilidade de políticas públicas direcionadas a desenvolver uma criminologia idealizada para atender as necessidades das mulheres, protegendo os princípios basilares do direito, mostrando como decisões recentes, podem através de novas interpretações, impulsionar avanços na política criminal do Brasil.

2. EXECUÇÃO PENAL E FEMINISMO INTERSECCIONAL

De acordo com o garantismo de Ferrajoli, deve-se entender a pena como um limite ao poder punitivo do Estado, de forma a tutelar a dignidade de quem comete o crime, protegendo-o de possíveis arbitrariedades cometidas com a intervenção estatal. Afirma ainda que "um sistema penal é justificado se, e somente se, minimiza a violência arbitrária na sociedade. E atinge tal objetivo à medida que satisfaz as garantias penais e processuais do direito penal mínimo".[2]

2 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 277, 2002.

Depois de exercida a pretensão punitiva do Estado, culminando em uma sentença condenatória transitada em julgado, inicia-se a execução, devendo-se conservar o direito à humanização no cumprimento da pena. Notório é que o sistema prisional brasileiro falha na assistência oferecida ao apenado no momento da pretensão executória do Estado, mesmo sendo indubitável o dever de preservar a integridade física e moral do agente.[3]

Ao longo do tempo, observando a predominância histórica, não é difícil notar os reflexos de uma ordem social excludente, enfrentados pelas mulheres dentro de um contexto histórico. No âmbito do direito penal, conseguimos demonstrar, sem muito esforço, que algumas dessas desigualdades eram tão evidentes que refletiam também no ordenamento jurídico.[4]

No Brasil, por exemplo, o crime de adultério era rigorosamente punido quando praticado pela mulher, já o homem só era punido da mesma maneira, caso mantivesse uma relação extraconjugal. Isso porque, segundo Rachel Soihet, o adultério representava ameaça à partilha de bens da família, desta forma, ao homem era permitido dispor da sua sexualidade livremente, desde que não colocasse em risco o patrimônio familiar, possuindo uma concubina teúda ou manteúda[5], conforme disposição do art. 279 do Código Penal de 1890, vejamos:

> Art. 279. A mulher casada que cometer adultério será punida com a pena de prisão celular por um a três anos. § 1º Em igual pena incorrerá: 1º O marido que tiver concubina teúda e manteúda; 2º A concubina; 3º O co-réu adultero.[6]

Nota-se, portanto, como os padrões culturais influenciavam a legislação de tal maneira, que mesmo na prática de uma conduta considerada como crime à época, no momento de aplicação da sanção, o homem ocupava posição privilegiada frente às mulheres. Imposições como essas evidenciam como a própria organização social colaborava para o fortalecimento da dominação masculina, fomentando a luta constante das mulheres por igualdade de gêneros e reconhecimento.[7]

3 Art. 40- Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

4 SOIHET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: PRIORE, Mary Del. (Org.). História das mulheres no Brasil. 3. ed. São Paulo: Contexto, p. 20, 2000.

5 SOIHET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: PRIORE, Mary Del. (Org.). História das mulheres no Brasil. 3. ed. São Paulo: Contexto, p. 20, 2000.

6 BRASIL. Senado Federal. Código Penal: Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Coleção de Leis do Brasil de 1890, Brasília, DF, v. 010, p. 2664, 1890.

7 GERGEN, Mary McCanney. O pensamento feminista e a estrutura do conhecimento. Tradução Angela Melim. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos: Edumb, p. 27, 1993.

Ainda na análise do contexto histórico, outro exemplo que merece atenção, de acordo com o entendimento de Malcher[8] em seu estudo, são as circunstâncias que fomentaram a criação das primeiras leis contra estupro e violência sexual nos Estados Unidos. Isso porque, a preocupação maior era com a reputação dos pais que ocupavam posições privilegiadas na sociedade, os quais poderiam ter suas filhas vítimas de crimes contra dignidade sexual, pouco sendo a preocupação com o constrangimento e violência que as mulheres negras e pobres sofriam por seus patrões.[9]

As atividades domésticas desenvolvidas pelas mulheres, totalmente ignoradas pela sociedade contemporânea, que não atribui a essas atividades nenhum tipo de reconhecimento, são herança de um modelo patriarcal "que enfatiza a posição estruturalmente periférica das mulheres em relação ao sistema de direitos e deveres quanto às pessoas ou coisas".[10]

Necessário destacar, em primeiro momento, como a disputa das mulheres por seu espaço potencializou o surgimento de movimentos sociais, a exemplo do feminismo, e com ele novas discussões acerca das variadas formas de discriminações envolvendo não somente o gênero, mas também questões de raça, classe, religião e sexualidade, enfrentadas pelas mulheres na organização da sociedade. Desta maneira, o feminismo interseccional começa a ser desenvolvido com o trabalho de Kimberle Crenshaw, demonstrando como a discriminação racial e a discriminação de gênero atuam criando um óbice às oportunidades das mulheres, principalmente quando se trata de mulheres negras.[11]

Para exemplificar como o judiciário conduzia as situações em que a discriminação era composta, de raça e gênero, Crenshaw analisou o caso da General Motors, nos Estados Unidos, onde mulheres alegavam ter sofrido discriminação pela citada empresa, porque esta se recusava a contratar mulheres negras para seu quadro de funcionários. O impasse maior era porque o tribunal não reconhecia a existência de discriminação, já que a empresa contratava homens negros e mulheres brancas. Nas palavras de Crenshaw[12]:

8 MALCHER, Beatriz Moreira. Criminologia feminista e estado penal. Revista Transgressões: ciências criminais em debate, Natal, v.4, n. 2, 2016.

9 MALCHER, Beatriz Moreira. Criminologia feminista e estado penal. Revista Transgressões: ciências criminais em debate, Natal, v.4, n. 2, 2016.

10 GERGEN, Mary McCanney. O pensamento feminista e a estrutura do conhecimento. Tradução de Angela Melim,. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos: Edumb, p. 27, 1993.

11 CRENSHAW, Kimberle. A intersecionalidade na discriminação de raça e gênero. In: VV.AA. Cruzamento: raça e gênero. Brasília: Unifem, 2004.

12 CRENSHAW, Kimberle. A intersecionalidade na discriminação de raça e gênero. In: VV.AA. Cruzamento: raça e gênero. Brasília: Unifem, 2004.

> Portanto, o que o tribunal estava dizendo, essencialmente, é que se a experiência das mulheres negras não havia sido a mesma dos homens negros e que se a sua discriminação de gênero não havia sido a mesma sofrida por mulheres brancas, basicamente elas não haviam sofrido qualquer tipo de discriminação que a lei estivesse disposta a reconhecer.

Para o tribunal, não havia ali nenhum indício de discriminação, pois as questões de raça e gênero até o momento eram tratadas de maneira individual. Deste modo, a autora aponta duas problemáticas: "a discriminação em si e a invisibilidade dessa discriminação dentro dos movimentos políticos e das políticas intervencionistas."[13]

Nesse sentido, Rios e Silva, afirmam a dificuldade dos tribunais em reconhecer a existência das discriminações de maneira interseccional, mesmo com as diferenças de gênero colocadas de forma tão evidente. E neste momento, se verifica a importância da atuação do feminismo sob uma ótica universal, defendendo não apenas as mulheres que se enquadram no considerado modelo eurocêntrico, como também as mulheres negras, pobres e principalmente as que se encontram em situação de vulnerabilidade.[14]

Portanto, o feminismo interseccional surge com o caráter de luta e discursos de empoderamento ainda mais fortes, estes que muitas vezes foram silenciados por diversas situações de discriminação e subordinação. Nesta mesma linha, no entendimento de Crenshaw, as mulheres negras enfrentam situações ainda mais complexas, uma vez que estão expostas também ao racismo e a xenofobia, além é claro da questão de gênero.[15]

É necessário ainda, verificar o conceito abordado pela autora sobre a subinclusão, que ocorre quando "há um problema claramente de gênero que não é incluído na agenda geral de gênero pelo fato de afetar apenas um subgrupo de mulheres"[16]. Tal conceito é imprescindível para complementar o entendimento sobre feminismo interseccional e a posição ocupada pelas mulheres na população carcerária, para tanto, em seus estudos esta consideração é realizada com o exemplo dos Estados Unidos, que possuiu um aumento do encarceramento feminino de 400% durante

13 CRENSHAW, Kimberle. A intersecionalidade na discriminação de raça e gênero. In: VV.AA. Cruzamento: raça e gênero. Brasília: Unifem, 2004.

14 RIOS, Roger; SILVA, Rodrigo da. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. Revista Brasileira de Ciência Política, n. 16. Brasília, p. 11-37, 2015.

15 CRENSHAW, Kimberle. A intersecionalidade na discriminação de raça e gênero. In: VV.AA. Cruzamento: raça e gênero. Brasília: Unifem, 2004.

16 CRENSHAW, Kimberle. A intersecionalidade na discriminação de raça e gênero. In: VV.AA. Cruzamento: raça e gênero. Brasília: Unifem, 2004.

dez anos, e as mulheres dessa estatística não são incluídas na agenda geral do grupo de mulheres, com a justificativa de que é um problema enfrentado apenas por este subgrupo, isso é o que Crenshaw denomina de subinclusão.[17]

Revela-se de fundamental importância a discussão apontada por Angela Davis e Gina Dent, no que diz respeito à utilização das prisões como produto da globalização, sob o ponto de vista da institucionalização histórica das mesmas, capaz de caracterizar um encarceramento seletivo, composto na sua grande maioria por mulheres em situação de pobreza, evidenciando novamente a subinclusão.[18]

Ainda nesse sentido, Patricia Collins entende que os estereótipos criados para as mulheres negras, alimentam a discriminação e impedem que elas se autodeterminem, motivo pelo qual devem começar a seguir um padrão de comportamentos e conceitos desenvolvidos sob a perspectiva das próprias mulheres negras como "forma importante de se resistir à desumanização essencial aos sistemas de dominação".[19]

Outro exemplo de subinclusão que merece ser mencionado é o caso apontado por Mary Canney Gergen, ocorrido também nos Estados Unidos, das cinco mulheres que foram obrigadas a se submeter à esterilização por histerectomia, pois trabalhavam nas indústrias químicas e estavam ameaçadas de serem rebaixadas das funções que exerciam, como de portaria, por exemplo, com consequente redução salarial, caso não comprovassem que tinham realizado esterilização ou que seus maridos eram estéreis, frisa-se que só eram submetidas a esta arbitrariedade, as mulheres que tinham conseguido ingressar em empregos considerados masculinos.[20]

Nesse ponto, vale relembrar o caso ocorrido no Brasil, de Janaína Aparecida Quirino, moradora de rua de Mococa, interior de São Paulo, que foi brutalmente submetida à esterilização forçada, por determinação judicial, evidenciando mais uma vez, como as classes em situação de vulnerabilidade se mostram alvo das arbitrariedades do Estado.[21]

17 CRENSHAW, Kimberle. A intersecionalidade na discriminação de raça e gênero. In: VV.AA. Cruzamento: raça e gênero. Brasília: Unifem, 2004.

18 DAVIS, Angela; DENT, Gina. A prisão como fronteira: uma conversa sobre gênero, globalização e punição. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 523-531, 2003.

19 COLLINS, PATRICIA. Aprendendo com a outsider within: a significação sociológica do pensamento feminista negro. Sociedade & Estado, v. 31, n 1, p. 7. 2016.

20 GERGEN, Mary McCanney. O pensamento feminista e a estrutura do conhecimento. Tradução de Angela Melim,. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos: Edumb, p. 27, 1993.

21 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo nº 1001521-57.2017.8.26.0360. Mococa: Sentença, 5 de outubro de 2017.

Uma das maiores preocupações derivadas de situações como a citada nos parágrafos anteriores é a invisibilidade dessas discriminações dentro da sociedade e os meios de disfarçar a violência estrutural de gênero e raça, que insiste em permanecer presente nos dias atuais e que reflete diretamente no cenário da execução penal.

2.1. EXECUÇÃO PENAL E OS DIREITOS DA MULHER ENCARCERADA

Ainda que, de maneira evidente, no contexto de uma vida em sociedade, o cometimento de um crime direcione todas as atenções ao homem que o cometeu, a finalidade de ressocialização da pena necessita ficar em evidência, de maneira a atingir na prática a sua função social[22]. Nas palavras de Mir Puig, a pena é "um dos instrumentos mais característicos disponíveis para o Estado impor suas normas jurídicas"[23], devendo ser utilizada respeitando os limites da sua função, e também, restabelecendo uma ordem jurídica violada.[24]

A transgressão das normas impostas em um Estado Democrático de Direito, praticada pelas mulheres, culminando na prática de crimes antes atribuídos em sua grande maioria a homens, contribuiu para o aumento dos números da população penitenciária feminina. De acordo com dados fornecidos pelo Sistema Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), o Brasil ocupa a quarta posição na tabela dos países que mais encarceram mulheres no mundo, ficando atrás dos Estados Unidos, China e Rússia.[25]

Ainda segundo esses dados, no que tange ao perfil das encarceradas, 62% do cárcere feminino é composto por mulheres negras e 66% não obtiveram acesso ao ensino médio[26], atestando as desigualdades na organização social, subinclusão racial e as diferenças envolvendo gênero, raça e classe, refletindo no cenário da população carcerária feminina.

Quando Rosalice Lopes afirmou que no Brasil não temos prisões projetadas para as mulheres, conseguiu demonstrar a deficiência de políticas públicas voltadas para questão da criminalidade feminina e a situação precária vivida pelas presidiárias. No seu entendimento, a ausência de presídios idealizados para as necessidades

22 MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, p. 1, 2007.

23 PUIG MIR, Santiago. Función de la pena y teoria del delito en el estado social y democrático de derecho. 2º ed. Barcelona: Casa Editorial, 1982.

24 BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 21 ed. São Paulo: Saraiva, p. 139, 2015.

25 BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres. 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/. Acesso em: 17/08/2018.

26 BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres. 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/. Acesso em: 17/08/2018.

das mulheres encarceradas, e a adaptações de presídios masculinos ou com outras finalidades, só reafirma a posição de inferioridade ocupada pelas mulheres quando comparadas aos homens que praticaram crimes.[27]

Desta maneira, é de fácil constatação, através dos números fornecidos pelo Sistema Nacional de Informações Penitenciárias, que a maior parte da destinação dos estabelecimentos prisionais é para população masculina, de acordo com os dados 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% para as mulheres e outros 16% enquadram-se na classificação como mistos, "[...] significa que podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino."[28]

A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 5º, que não há distinção entre homens e mulheres no que tange aos direitos e deveres, assegurando a igualdade formal entre eles perante a lei. Em verdade, há diversos incisos do mencionado artigo que possibilitam observar a preocupação do legislador com a proteção da dignidade humana, a exemplo dos incisos XLVII, XLIX e L, que dispõem:

> XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
>
> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
>
> L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;[29]

É possível depreender da leitura do inciso L, transcrito anteriormente, que a Constituição é clara quando assegura à mulher parturiente, o direito de permanecer com seu filho enquanto este estiver amamentando, desta forma, o estabelecimento prisional deverá possuir ala adequada para as mulheres gestantes e que estiverem no período de amamentação[30], vejamos o que dispõe o parágrafo 2º do artigo 83 da LEP:

27 LOPES, Rosalice. Memórias de Pesquisa: a experiência de uma psicóloga no interior de uma prisão feminina. Imaginário, São Paulo, v. 13, n. 14 p. 439-459, 2007.

28 BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres. 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

29 BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 96, de 9 de junho de 2017: Art. 227. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1998.

30 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execuções Penais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 1984.

> Art. 83
>
> [...]
>
> § 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.
>
> Em complemento ao inciso XLVIII, que determina o cumprimento da pena em estabelecimento distinto, deve ser observado o sexo do apenado, a Lei nº 12.121/2009 trouxe uma alteração para Lei de Execuções Penais, acrescentando ao art. 83 o parágrafo 3º, o qual dispõe que "os estabelecimentos de que trata o § 2º deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.[31]

Com objetivo de esclarecer os direitos e obrigações das mulheres encarceradas, o Conselho Nacional de Justiça confeccionou e disponibilizou a cartilha da mulher presa[32], a fim de trazer orientações sobre as garantias constitucionais que devem ser tuteladas pelo Estado.

A Lei de Execuções Penais reconhece os direitos das mulheres presas e a condição de dignidade humana do indivíduo, devendo estes direitos serem tutelados pelo Estado em todo território nacional. Com a alteração trazida pela Lei nº 11.942/2009 à LEP, o art. 14[33] passou a assegurar no seu parágrafo 3º, o direito ao pré-natal e pós-parto, extensivo ao recém-nascido, garantindo à assistência à saúde também à presa, e neste caso sendo preservada sua condição de mulher, e por isso, o acesso a atendimento médico específico com ginecologista, obstetra, psicólogo.[34]

Objetivando manter a função social da pena, a Lei de Execuções Penais, no seu artigo 41, estabelece um rol exemplificativo de direitos dos presos, e aqui no sentido amplo da palavra, sem distinção de homens e mulheres, a fim de garantir nos limites da lei, o necessário para o cumprimento da pena.[35]

31 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execuções Penais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 1984

32 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cartilha da mulher presa. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. 2012.

33 Art. 14. [...]§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

34 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cartilha da mulher presa. 2. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. 2012.

35 MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 31, 2007.

Importante mencionar também, a existência de convenções ratificadas pelo Brasil, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que preceitua, no seu artigo 5º, o direito à integridade pessoal, afirmando que ninguém deverá ser submetido à tortura ou penas cruéis, e ainda que, todas as pessoas privadas de liberdade, deverão ser respeitadas[36], coadunando com o texto constitucional e objetivando a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2. EXECUÇÃO PENAL À LUZ DE UMA EPISTEMOLOGIA FEMINISTA

A produção do conhecimento tem como uma das suas determinantes, a relação sujeito-objeto[37], sendo essa característica parte da definição atribuída à epistemologia. Considerada a teoria do conhecimento e indicando várias formas para chegar até ele, a epistemologia "pode ser vista como uma disciplina filosófica autônoma, encarregada pela indagação crítica da forma da ciência e não de seu conteúdo, ou seja, atém-se ao exame crítico da ciência no seu aspecto formal."[38]

Muito já foi detalhado sobre a dominação masculina nos papéis considerados como relevantes na sociedade contemporânea e a posição de subordinação ocupada pelas mulheres, no âmbito da ciência, mais especificamente na construção do conhecimento, não seria diferente. O modelo androcêntrico, assim classificado pelo feminismo, considera a ciência como "uma projeção da ideologia ou dos valores masculinos"[39], reflexo da influência patriarcal predominante na sociedade.

A criação de uma ciência sob a ótica feminista é um assunto ainda pouco discutido, mas necessário à ruptura de um conhecimento científico determinado pelas necessidades dos homens e construído com base em conceitos racistas e excludentes, que ao longo da história foram se disseminando de maneira natural, e hoje compõem uma cultura predominantemente machista.

Nesse sentido, revela-se de fundamental importância perceber como as questões de raça e classe influenciam também, na produção dessa ciência, suscitando novamente a necessidade de ações voltadas para abordagens desses temas de maneira interseccional. Nesse entendimento afirmam Castro e Bronfman, citados por Miriam Paiva[40], que:

36 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre direitos humanos. Pacto San José da Costa Rica. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/. Acesso em: 25/07/2018.

37 RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história 1998. Florianópolis: Mulheres, 1998.

38 HESSEN, Johannes. Teoria do Conhecimento. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

39 PAIVA, Miriam. Teoria feminista: o desafio de tornar-se um paradigma. Revista Brasileira de Enfermagem, v. 50, n. 4, p. 517-524, 1997.

40 CASTRO, R. P.; BRONFMAN, M. P. Teoría feminista y sociología médica: bases para una discusión. Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 375-394, 1993.

> A produção de conhecimento científico numa perspectiva feminista não está respaldada apenas na teorização de ideias acerca das desigualdades de gênero, mas está estritamente vinculada à estrutura social predominante. *A ênfase feminista, inclui ainda a consideração de preconceitos de classe e de raça.* Sob este aspecto, torna-se imperativo lembrar que a ciência feminista teve sua origem não no mundo acadêmico mas no movimento social.

Ao abordar tal relação, Castro e Bronfman apontam a maior crítica feminista no que diz respeito à forma de construção do conhecimento, sendo esta, o resultado do poder de influência, que os considerados valores ocidentais, possuem na busca do saber, sempre voltado às experiências masculinas e com posicionamentos sexistas e excludentes.

Desta maneira, Paiva afirma que uma das maiores dificuldades em se formar um conceito epistemológico, sob a perspectiva feminina, seria a desconstrução da identidade da mulher, formada ao longo da história por determinações sociais constituídas a partir do modelo patriarcal, que impuseram às mulheres uma posição de submissão, sintetizada nas atividades domésticas, frente à sociedade. Entendendo ainda que:

> É na luta pela visibilidade da 'questão feminina' pela conquista e ampliação dos seus direitos específicos, pelo fortalecimento da identidade da mulher, que nasce um contra discurso feminista e que se constitui um campo feminista do conhecimento.[41]

As críticas feministas são veementes no que diz respeito à concepção empirista do conhecimento, muito se discute sobre a mesma não retratar a realidade dos fatos e servir apenas para justificar uma ideologia androcêntrica. Como exemplo, Gergen faz referência aos casos de mulheres que expostas a opiniões de outro grupo, decidiram mudar de opinião em número maior que o dos homens, quando comparados por maioria.[42]

Percebe-se que o pesquisador poderia utilizar diversos argumentos para justificar a ação das mulheres, como indecisão, colaboração ou qualquer outro neste caso, entretanto ele optará pelo que entender como correto, evidenciando uma escolha

41 PAIVA, Miriam. Teoria feminista: o desafio de tornar-se um paradigma. Revista Brasileira de Enfermagem, v. 50, n. 4, p. 517-524, 1997.

42 GERGEN, Mary McCanney. O pensamento feminista e a estrutura do conhecimento. Tradução de Angela Melim. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos: Edumb, p. 27, 1993.

repleta de subjetividade. A crítica consiste justamente no fato dos dados, ao final da investigação, possibilitarem inúmeras interpretações, em virtude do caráter subjetivo da pesquisa científica, o que pode comprometer a sua neutralidade.

Seguindo esta linha de raciocínio e fazendo relação com a criminologia, tem-se que, na prática, o cenário atual da execução penal pouco contribuiu para a tutela dos direitos garantidos às mulheres, quer seja pelo texto constitucional ou por tratados nos quais o Brasil é signatário. Assim, justificado pela existência de prisões femininas que não foram projetadas para atender as necessidades e conflitos das presas, evidenciando a seletividade de gênero das políticas públicas.

A determinação de estabelecimentos específicos e celas separadas para as mulheres só surgiu com o Código Penal e Código de Processo Penal em 1940 e 1941, até esse marco ficava a critério da autoridade que executava a prisão, separar ou não as mulheres dos homens.[43] Ocorre que, os presídios femininos foram desenvolvidos tomando como referência os estabelecimentos destinados aos homens, não atendendo assim às necessidades das presas.

Desta maneira, Alda Facio sugere o reexame das bases do direito que dão origem às normas e teorias, objetivando identificar rastros de discursos androcêntricos, concluindo que o objetivo de tal proposta, é desmistificar um direito construído e interpretado sob o ponto de vista masculino, atendendo de fato às necessidades universais, incluindo todos sem distinção de gênero, raça ou cor.[44]

A busca por direitos ampliados, espaço no mercado de trabalho, independente de escolhas por critérios de gênero, e acesso à vida pública, ampliando assim a visibilidade feminina, impulsionam a formação da epistemologia feminista, com seus próprios conceitos e teorias, derivados de experiências vividas pelas mulheres, criando "uma relação entre teoria e prática".[45] Seguindo esta linha de pensamento defende Miriam Paiva[46]:

> Ao contrário do desligamento do cientista em relação ao seu objeto de conhecimento, o que permitiria produzir um conhecimento neutro, livre de interferências subjetivas, clama-se pelo envolvimento do sujeito com seu objeto. Uma nova ideia da produção do

43 BASTOS, Paulo Roberto da Silva. Criminalidade feminina: estudo do perfil da população carcerária feminina da Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires – Juiz de Fora/MG, 2009. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis, 2010.

44 FACIO, Alda. A partir do feminismo vê-se um outro direito. Outras Vozes, Maputo, n. 15, 2006.

45 PAIVA, Miriam. Teoria feminista: o desafio de tornar-se um paradigma. Revista Brasileira de Enfermagem, v. 50, n. 4, p. 517-524, 1997.

46 PAIVA, Miriam. Teoria feminista: o desafio de tornar-se um paradigma. Revista Brasileira de Enfermagem, Brasília, v. 50, n. 4, p. 51 7-524, 1997.

> conhecimento: não o cientista isolado em seu gabinete, testando seu método acabado na realidade empírica, livre das emoções desviantes do contato social, mas um processo de conhecimento construído por indivíduos em interação, em diálogo crítico, contrastando seus diferentes pontos de vista, alterando suas observações, teorias, e hipóteses, sem um método pronto.

Desta maneira, evidencia-se a necessidade de uma epistemologia feminista cada vez mais desenvolvida e apta a desmistificar teorias e influenciar a criminologia feminista, atuando com veemência para as necessidades carcerárias das mulheres, tendo em vista a invisibilidade destas no cenário da justiça criminal.[47]

3. O *HABEAS CORPUS* 143.641/SP E A TUTELA NACIONAL DOS DIREITOS DAS MULHERES ENCARCERADAS

Inicialmente, necessário se faz uma rápida contextualização histórica sobre o *habeas corpus* no ordenamento jurídico brasileiro. O *habeas corpus* apareceu no "Código de Processo Criminal" em 1832, a partir do modelo inglês, e com a Constituição de 1891 pôde ser considerado como remédio constitucional, possuindo a função de tutelar a liberdade de locomoção dos indivíduos frente às arbitrariedades de autoridades coatoras.[48] De acordo com Aury Lopes, na sua obra Direito Processual Penal[49]:

> O habeas corpus brasileiro é uma ação de natureza mandamental com status constitucional, que cumpre com plena eficácia sua função de proteção da liberdade de locomoção dos cidadãos frente aos atos abusivos do Estado, em suas mais diversas formas, inclusive contra atos jurisdicionais e coisa julgada.

Feito o escorço introdutório necessário para a análise do *habeas corpus* 143.614/SP, impõe destacar que de acordo com o princípio da proporcionalidade, deverá existir um equilíbrio entre o crime cometido e a pena aplicada, respeitando as fases da adequação, necessidade e proporcionalidade. Logo, nessa linha, destaca Bitencourt que "[...] pela necessidade, deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca pelos objetivos pretendidos".[50]

47 CERQUEIRA, Maria; ARGÔLO, Gabriela; ARRUDA, Jalusa. Entre algemas e silêncios: reflexões feministas sobre gravidez e parto no cárcere. Revista Enlaçando e. Campina Grande, v. 1 2017. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/. Acesso em: 17/08/2018.

48 LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, p 1136. 2014.

49 LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, p. 1366. 2014.

50 BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito penal: parte geral. 21 ed. São Paulo: Saraiva, p. 67-68, 2015.

Com base nesses pressupostos sobre a aplicação da pena, que os advogados membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu), a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Estado, impetraram o *habeas corpus* coletivo 143.641/SP, com pedido liminar, em favor das mulheres gestantes e mães presas preventivamente, como também das crianças sob sua responsabilidade. A Defensoria Pública pleiteou ainda, a aplicação do princípio da intranscendência, fundamentando que a pena não deve passar da pessoa do condenado.[51]

No bojo preambular do *mandamus*, os advogados mencionam as condições precárias a que são submetidas as presas, o desrespeito à condição de mulher e a violação nítida às garantias asseguradas na Constituição Federal, corroborando ainda para demonstrar como a subinclusão racial, mencionada no capítulo 1 deste artigo, reflete na execução penal, vejamos:

> Somando a isso a precariedade das instalações prisionais, sua inadequação às necessidades femininas e a desatenção às condições de exercício de direitos reprodutivos, tem-se uma política criminal flagrantemente discriminatória, pelo desproporcional impacto sobre as mulheres. Especialmente desproporcional, aliás, sobre as mulheres negras.[52]

Fundamentaram o pleito asseverando que muito embora a Lei de Execuções Penais assegure no seu art. 83, conforme já detalhado no capítulo 2.1 deste artigo, que o estabelecimento prisional deverá possuir local adequado para as mulheres gestantes e que estiverem no período de amamentação[53], essa garantia vem sendo reiteradamente violada, notadamente com o desrespeito à condição da mulher presa, sobretudo da mulher negra e pobre, que possui nenhum ou o mínimo de acesso aos direitos que lhe são inerentes e garantidos pelo texto constitucional.[54]

Corroborando com o fundamento utilizado pelos advogados e defensores públicos, o ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, afirmou que:

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143641/SP. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 20/02/2018. Disponível em: http://stf.jus.br/. Acesso em: 30/07/2018.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143641/SP. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 20/02/2018. Disponível em: http://stf.jus.br/. Acesso em: 30/07/2018.

53 Art. 83> [...].
[...]§ 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.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143641/SP. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 20/02/2018. Disponível em: http://stf.jus.br/. Acesso em: 30/07/2018.

> É razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis - dentre os quais estão os das pessoas presas - não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-los.[55]

Em primeiro momento, Ricardo Lewandowski aprecia a legitimidade da impetração do *habeas corpus* coletivo, reconhecendo o cabimento deste e a competência do Supremo Tribunal Federal para julgá-lo, para tanto, entende que as coletividades socialmente mais vulneráveis, e neste caso enquadrando as mulheres pobres e de maioria negras, "necessitam da atuação de diversos segmentos da sociedade civil em sua defesa".[56]

Tal discussão inicialmente foi necessária para fundamentar a admissibilidade do remédio constitucional, afastando o argumento da Procuradoria Geral da República, já que esta apresentou parecer final sustentando o descabimento do *habeas corpus*, ao argumento de que não poderia haver a concessão da ordem de forma genérica, já que o caso tratava de uma coletividade indeterminada.[57]

Destacou-se o parágrafo 2º do artigo 654 do Código de Processo Penal, como fundamento legal no voto do Relator, que permite a concessão do *habeas corpus* de ofício por juízes e tribunais, quando verificada a iminência de coação ilegal[58]. Além disso, foram utilizados, como exemplo, os julgados de outras instâncias do judiciário, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, São Paulo e Espírito Santo, para fundamentar o cabimento do remédio constitucional[59].

Outra norma que regulamenta a matéria discutida no *habeas corpus*, e é utilizada como fundamento para o voto do Relator, é o texto disposto no art. 318[60] do Código de Processo Penal, que permite ao juiz a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, bem como a Lei nº 11.942/2009, que trouxe alterações para a Lei de Execuções Penais, conforme já detalhada no capítulo 2 deste artigo.

---

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143641/SP. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 20/02/2018. Disponível em: http://stf.jus.br/. Acesso em: 30/07/2018.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143641/SP. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 20/02/2018. Disponível em: http://stf.jus.br/. Acesso em: 30/07/2018.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143641/SP. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 20/02/2018. Disponível em: http://stf.jus.br/. Acesso em: 30/07/2018.

58 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 1941.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143641/SP. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 20/02/2018. Disponível em: http://stf.jus.br/. Acesso em: 30/07/2018.

60 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 1941.

Outrossim, foram citados os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como as Regras de Bangkok, que também são objeto de discussão neste trabalho, bem como os artigos 5º, XLV, que preceitua que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado"[61] e o artigo 227[62], que dispõe sobre as garantias das crianças e adolescentes, ambos da Constituição Federal.

Percebe-se que não houve hesitação no voto do Relator para apresentar uma série de elementos e dados capazes de motivar a concessão da ordem, demonstrando a situação precária do sistema carcerário feminino, principalmente ao mencionar as informações fornecidas pelo INFOPEN, e a necessidade de garantir o cumprimento das regras constitucionais.

É indubitável que os direitos assegurados às mulheres presas pela Carta Magna, vêm sendo violados de forma escancarada, tanto assim é que o sistema penitenciário brasileiro hoje encontra-se num estado de coisas inconstitucionais, devido às inúmeras violações aos direitos fundamentais, conforme discutido na ADPF 347 MC/DF[63] e diversas vezes mencionado na decisão do *habeas corpus* 143.641/SP.

A respeito dessas violações, vale transcrever um fragmento da peça preambular do referido HC[64]:

> Os partos de mulheres sob custódia do Estado, realizados nas celas ou nos pátios prisionais, são expressão máxima da indiferença do sistema prisional aos direitos reprodutivos de mulheres presas. Parto, afinal, não é acidente ou evento incerto. Entretanto, o sistema de justiça criminal, em aparente estado de negação, desconsidera as condições do cárcere na determinação de prisões preventivas a gestantes, bem como as necessidades inescapáveis destas. O sistema prisional, por sua vez, falha persistentemente no reconhecimento, planejamento e no encaminhamento tempestivo de suas demandas. *O Estado, portanto, cria e incrementa o perigo, a potencialidade de dano, a previsibilidade de perdas às mulheres e seus filhos.*

61 BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 96, de 9 de junho de 2017. Art 227. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1998.

62 BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 96, de 9 de junho de 2017. Art 227. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1998.

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal. Distrito Federal, 2015. Disponível em: http:/stf.jus.br/. Acesso em: 31/07/2018.

64 COLETIVO DE ADVOGADOS DE DIREITOS HUMANOS. Habeas Corpus 143641/SP. Brasília, 8 de maio de 2017. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/. Acesso em: 31/07/2018.

Nesse sentido, apoiando o fundamento apresentado que objetiva a concessão da ordem do *habeas corpus*, Ricardo Lewandowski[65] menciona excertos da peça impetrada pelos advogados, em consonância com seu voto no sentido de conceder a ordem, cuja fundamentação segue transcrita:

> [...] realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares. A isso soma-se a completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI.

No entanto, o entendimento não foi unânime, a exemplo do voto divergente do ministro Fachin, que concedeu a ordem exclusivamente para a interpretação dos incisos IV, V, VI do art. 318, sustentando, ainda, que os casos necessitariam de uma análise individual, não sendo suficiente apenas o reconhecimento do estado inconstitucional, discutido na ADPF 347, para substituição da preventiva pela prisão domiciliar.

Nota-se, portanto, que Fachin utiliza-se da relação existente entre a análise do caso concreto e as ponderações realizadas pelo magistrado para conceder ou não medida cautelar diversa da prisão preventiva.

Trouxe à baila as Regras de Bangkok para consubstanciar, mais uma vez, que o interesse da criança apenas poderá ser avaliado na apresentação do caso concreto. Afirmando ainda, que o art. 318 do Código de Processo Penal, possui mais de uma interpretação, porém, apenas uma abarca o interesse primordial da infância, vejamos:

> Ante o exposto, defiro a ordem de habeas corpus coletivo HC 143641/SP exclusivamente para dar interpretação conforme aos incisos IV, V e VI do art. 318 do Código de Processo Penal, a fim de reconhecer, como única interpretação constitucionalmente adequada, a que

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143641/SP. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 20/02/2018. Disponível em: http://stf.jus.br/. Acesso em: 30/07/2018.

> condicione a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a análise concreta, justificada e individualizada, do melhor interesse da criança, sem revogação ou revisão automática das prisões preventivas já decretadas. [66]

Isto posto, a 2ª Turma concedeu a ordem por maioria, determinando que todas as mulheres presas, gestantes ou mães de crianças pessoas com deficiência, tenham suas prisões preventivas substituídas por prisão domiciliar, enquanto perdurar tal condição, com exceção dos crimes praticados com violência ou grave ameaça.[67]

Importante salientar que a ordem foi estendida para adolescentes que estiverem em cumprimento de medida socioeducativa e preencherem os mesmos requisitos apontados pela decisão.

Os votos dos ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello acompanharam o posicionamento do relator no que diz respeito ao mérito do habeas corpus.

É possível, porém, apenas para complementar a análise, elencar decisões com posições diferentes proferidas pelo próprio Tribunal, ao julgar casos análogos ao tema aqui discutido, como por exemplo, o cabimento da prisão domiciliar e a inadmissibilidade do *habeas corpus* coletivo, mencionadas pelo Ministério Público Federal, em seu parecer final, quais sejam o HC 144.426/DF, HC 122.921/DF, HC 132.462/RJ, HC 134.734/SP.

Com objetivo de expor algumas das decisões divergentes mencionadas no parágrafo anterior, é possível perceber no julgamento dos embargos de declaração no *habeas corpus* 132.462/RJ, que o ministro Dias Toffoli[68] em sua decisão, ao rejeitar os embargos e conceder a ordem de ofício, entendeu pela necessidade de comprovação da existência de relação de cuidado da mãe com a criança, a qual detém sob sua responsabilidade, para que seja possível a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, conforme fragmento abaixo transcrito:

> Se não houver a comprovação dessas condições: a) da relação de cuidado entre mãe e filho (convivência e laços de afeto); e b) de que a genitora seria a única responsável por essa incumbência para

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143641/SP. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 20/02/2018. Disponível em: http://stf.jus.br/. Acesso em: 30/07/2018.

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143641/SP. Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 20/02/2018. Disponível em: http://stf.jus.br/. Acesso em: 30/07/2018.

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 132462. Relator: Dias Toffoli. Brasília, 10/05/2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 24/09/2018.

> com o menor; qualquer acusada poderia pleitear a substituição da preventiva na forma do inciso V, quando comprovado ser mãe de uma criança de 12 (doze) anos incompletos (mera relação biológica), ainda que inexista uma relação mínima de cuidado para com esse, em razão, por exemplo, de não possuir sua guarda ou de não ser ela a única responsável pelos cuidados do menor, quando, por exemplo, o genitor ou até mesmo os avós podem exercer esse papel. *Levar a cabo a literalidade da regra do inciso V tão somente em razão da comprovação do requisito objetivo (filho com 12 anos incompletos), sem a observância de certas condições subjetivas*, como as que me referi anteriormente, importaria, eminentes pares, com já disse, em verdadeira subversão da exegese da Lei nº 13.257/16 aos interesses da própria acusada, tornando, inclusive, letra morta o inciso III do art. 318 do Código de Processo Penal, que prevê a prisão domiciliar quando o agente for "imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência" (Lei nº 12.403/11).

Desta maneira, são perceptíveis algumas divergências existentes na fundamentação de Dias Toffoli, acima transcrita e no *Habeas Corpus* 143641/SP, já detalhado anteriormente, no que diz respeito à necessidade do preenchimento de requisitos para a concessão da prisão domiciliar.

Com a decisão da Suprema Corte, permitindo a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar de mulheres que se encontram em situação que exige cuidado, pois o período gestacional requer a atenção necessária para o bem-estar da mãe e do bebê[69], e também à assistência das mulheres mães de crianças e pessoas com deficiência, nota-se um avanço relevante no sentindo da efetivação do exercício da proteção às mulheres presas.

Do ponto de vista doutrinário, e no entendimento de Aury Lopes, a prisão preventiva só deverá ser decretada quando preenchidos os requisitos e não couber nenhuma medida cautelar diversa, estabelecida no art. 319 do Código de Processo Penal. Sobre o tema conclui-se:

> Por fim, sempre, qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado periculum libertatis, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação

69 SILVA, Eliana Aparecida. Gestação e preparo para o parto: programas de intervenção. O Mundo da Saúde, São Paulo, v. 37, n. 2, p. 208-215, 2013.

> da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.[70]

Percebe-se então, a acertada consonância do julgado com o entendimento doutrinário, inclusive quando da análise do posicionamento dos ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello ao seguirem o relator. Corroborando com as regras constitucionais, e neste caso principalmente com o princípio da dignidade da pessoa humana, Gilmar Mendes ao conceder a ordem, sugeriu que a decisão alcançasse também as mães que possuem sob sua responsabilidade crianças com algum tipo de deficiência.

Oportuno lembrar que, o princípio da dignidade da pessoa humana rege o devido processo legal, devendo num Estado Democrático de Direito, os princípios e garantias constitucionais servirem de alicerce para elaboração das normas, e não só isso, que essas tutelas sejam eficazmente protegidas.[71]

3.1. REGRAS DE BANGKOK E A TUTELA INTERNACIONAL DAS MULHERES ENCARCERADAS

Improvável falar da tutela internacional das mulheres encarceradas e não mencionar as Regras de Bangkok, exemplo disso é o julgado tema do capítulo anterior, que fez referência em vários momentos a estas normas, as quais pertencem à lista dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil.

Com a predominância de políticas penais direcionadas aos homens e pensando nas necessidades das presas e nas condições carcerárias as quais estão sujeitas, as Regras de Bangkok foram desenvolvidas objetivando regulamentar "o tratamento das mulheres submetidas a medidas privativas e não privativas de liberdade"[72], portanto, as regras não limitam sua abrangência apenas à execução penal, incentivam também a elaboração de procedimentos alternativos à prisão.

É possível citar algumas resoluções e convenções utilizadas para orientar a formulação das Regras de Bangkok, entre elas estão as Regras Mínimas das Nações Unidas, sobre medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio) e os princípios

70 LOPES JR, Aury. Direito processual penal . 11 ed. São Paulo: Saraiva, p. 867. 2014.

71 SILVA, José; CASAGRANDE, Elaine. Os Princípios Constitucionais Incidentes no Direito Penal Brasileiro. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania. v. 1, nº 1, p. 9. 2010.

72 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br. Acesso em: 18/09/2018.

básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, a Declaração de Kiev sobre a saúde de mulheres em prisões, a Resolução 18/1 da Comissão sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, de 24 de abril de 2009 e as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.[73]

A secção I das Regras diz respeito à administração das instituições penitenciárias, bem como ao princípio básico da não discriminação. Inicialmente, existe a preocupação em preservar o direito das mães, garantindo a elas o arbítrio na tomada de providências necessárias em relação à guarda das crianças que detiverem sob sua responsabilidade, momento em que a regra número dois garante a possibilidade de suspender a detenção por período admissível, para que sejam sanadas tais providências.[74]

Além das medidas relacionadas ao melhor interesse da criança, são instituídas regras para serviços de cuidado à saúde, de maneira a atender as necessidades das presas. Desta maneira, dispõe a secção VI que os estabelecimentos prisionais devem ter alas especiais para o atendimento de presas gestantes, bem como que todas as mulheres presas deverão ter acesso a "medidas preventivas de atenção à saúde".[75]

Mais uma vez, nota-se a relação direta das medidas que compõe as Regras de Bangkok com o princípio da dignidade da pessoa humana, ao reafirmar o direito ao acesso a materiais de higiene pessoal, exames e consultas de relevância para saúde da mulher. Ocorre que, muito embora o Brasil tenha assumido tal compromisso internacional, qual seja o de providenciar todos os meios necessários à incidência das regras aos fatos, ainda se percebe uma atuação tímida na aplicação efetiva destas.

A respeito dessa falta de atuação mais firme, Ricardo Levandowski[76], na apresentação das regras, afirmou que:

73 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br. Acesso em: 18/09/2018.

74 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br. Acesso em: 18/09/2018.

75 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br. Acesso em: 18/09/2018.

76 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br. Acesso em: 18/09/2018.

> Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos. E cumprir esta regra é um compromisso internacional assumido pelo Brasil. *Embora se reconheça a necessidade de impulsionar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, é estratégico abordar o problema primeiramente sob o viés da redução do encarceramento feminino provisório.* De acordo com as Regras de Bangkok, 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.

Não obstante, há outras convenções e tratados internacionais que destacam a proteção à mulher presa e o combate a qualquer tipo de discriminação de gênero, a exemplo do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002[77]. Necessário fazer referência também às Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela) que estabelecem práticas para o tratamento de reclusos, assegurando o princípio da dignidade da pessoa humana.[78]

No âmbito nacional, o estatuto da primeira infância trouxe alteração ao artigo 318 do Código de Processo Penal, passando este a dispor sobre a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar no caso de gestantes e mulheres com filhos de até 12 anos[79], coadunando assim com as Regras de Bangkok no sentido de assegurar o melhor interesse da criança.

Outro ponto de fundamental relevância, abordado em complemento a regra 24 de Bangkok, é a utilização das algemas em mulheres que estejam em trabalho de parto, dispõe tal regra que "Instrumentos de contenção jamais deverão ser

77 BRASIL. Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Brasília. Set 2002.

78 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/. Acesso em: 24/09/2018.

79 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 1941.

usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior[80]". É sabido e consabido ainda que a Súmula Vinculante nº 11 determina que:

> Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.[81]

Nesse sentido, pode-se considerar um resultado das regras, a criação da Lei nº 13.434/2017, que alterou o art. 292 do Código de Processo Penal, para vedar o uso de algemas "em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato."[82]

Destaca-se que no atual cenário do sistema penitenciário brasileiro, mostra-se, como medida de urgência, a colocação em prática das Regras de Bangkok, das quais o Brasil é signatário, conforme evidenciado. As medidas levantam a discussão sobre o problema do encarceramento feminino que muito carece de atenção, demonstrando que o combate à violência de gênero necessita de um desempenho mais evidente, com apoio e incentivo das políticas públicas voltadas ao cuidado na individualização das deficiências as quais são submetidas as mulheres presas.

3.2. OUTRAS MEDIDAS SUBSTITUTIVAS POSSÍVEIS À LUZ DE UMA EXECUÇÃO PENAL FEMINISTA

A violência institucional exercida pelo sistema penitenciário às mulheres presas, conforme exaustivamente demonstrado, revela uma política criminal cada vez mais pautada na discriminação e exclusão de mulheres que foram vítimas de um

80 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br. Acesso em: 18/09/2018.

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 11: limita o uso de algemas e casos excepcionais. Súmula. Brasília, 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 20/12/2018.

82 BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.434, de 12 de Abril de 2017. Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 2017.

encarceramento seletivo, vez que tiveram a cor da pele, a classe social e o gênero dos quais fazem parte, valorados no momento da prisão pelo Estado, seja ela prisão do tipo processual ou prisão pena.[83]

Desta maneira, tomando como ponto inicial a perspectiva violadora de direitos da criminologia atual, se faz necessária a utilização de medidas alternativas à prisão, como meio de assegurar as garantias constitucionais das presas. É possível utilizar a prisão preventiva, como exemplo, para demonstrar como as normas jurídicas estão sendo desrespeitadas, visto que a referida prisão é uma medida gravosa e vem sendo decretada sem a devida análise dos requisitos que a autorizam.

Recorrer à prisão preventiva como *prima ratio*, quando esta deveria ser a última, é violar a excepcionalidade das prisões cautelares. Isso porque dispõe o art. 282 do Código de Processo Penal em seu parágrafo 6º, que "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar"[84]. Nos ensinamentos de Aury Lopes Jr[85], para decretação da prisão preventiva é necessária a inadequação ou insuficiência das outras medidas cautelares, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, na aplicação do caso concreto, em suas palavras:

> Dessarte, a prisão preventiva somente pode ser decretada quando inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas, aplicadas de forma isolada ou cumulativa. Deveria o juiz ter afastado todas as possibilidades de eficácia das medidas cautelares diversas para, somente então, como último e derradeiro instrumento processual, lançar mão da prisão cautelar.

Sendo assim, para que a prisão preventiva seja decretada é necessária a demonstração real do perigo *periculum libertatis*, não sendo admitidas ilações sobre o risco da permanência do suposto autor do delito em liberdade.

No capítulo anterior deste artigo, foram apresentadas as Regras de Bangkok, como um dos exemplos de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário,

83 CERQUEIRA, Maria; ARGÔLO, Gabriela; ARRUDA, Jalusa. Entre algemas e silêncios: reflexões feministas sobre gravidez e parto no cárcere. Revista Enlaçando e. Campina Grande, v. 1 2017. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/. Acesso em: 17/08/2018.

84 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 1941.

85 LOPES JR, Aury. Prisão preventiva está para além de gostarmos ou não de Eduardo Cunha. [Online]. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br. Acesso em: 18/0/2018.

demonstrando a necessidade de colocar em prática, as normas ali dispostas, objetivando a tutela dos direitos humanos e garantias constitucionais das mulheres, principalmente o de não sofrer "privações arbitrárias de liberdade."[86]

Entretanto, outras medidas podem ser citadas como referência e alternativa à prisão do tipo processual, o art. 319 do Código de Processo Penal[87], elenca como medidas cautelares diversas da prisão:

> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX – monitoração eletrônica. § 1º (Revogado). § 2º (Revogado). § 3º (Revogado). § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

86 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br. Acesso em: 18/09/2018.

87 BRASIL. Senado Federal. Código Penal: Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Coleção de Leis do Brasil de 1890, Brasília, DF, v. 010, p. 2664, 1890.

A adoção das medidas dispostas no art. 319 visa reduzir o uso excessivo das prisões preventivas e proteger seu caráter excepcional. Por outro lado, é de extrema importância que a aplicação dessas medidas atenda a uma perspectiva de gênero, sendo colocado em questão, o encarceramento seletivo, a exclusão e discriminação sofrida pelas mulheres dentro da sociedade contemporânea, que contribuem diretamente para a transgressão de direitos garantidos pelo texto constitucional.[88]

Sendo assim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos produziu um relatório que aborda medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas, trazendo possibilidade de aplicar tais normas alternativas à prisão e que acolham "pessoas em situação de risco e vulnerabilidade".[89]

O mencionado relatório elencou as vantagens geradas ao Estado e a sociedade com a aplicação de medidas alternativas, entre elas é possível citar a utilização dos recursos públicos de maneira mais eficiente, uma vez que a prisão processual acarreta um custo elevado para o Estado, quando comparado com outras medidas cautelares não privativas de liberdade.[90]

Foi ressaltada também, a importância de se fiscalizar o cumprimento de tais medidas, com a participação de organizações da sociedade civil, fazendo referência ainda, aos "Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Alternativas Penais" emitidos pelo Ministério da Justiça brasileira, que prevê a "criação e realização de processos de capacitação contínuos para as redes sociais que participam da aplicação e supervisão de medidas alternativas".[91]

Abordados especificamente os problemas do encarceramento feminino, o relatório[92] recomenda que os Estados atuem sob a perspectiva de gênero, reconhecendo no momento da decretação da medida, visto:

> a) posição especial e de desvantagem histórica que as mulheres possuem na sociedade; b) histórico de vitimização anterior;

88 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. Disponível em: http://www.oas.org/ Acesso em: 18/09/2018.

89 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. Disponível em: http://www.oas.org/ Acesso em: 18/09/2018.

90 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. Disponível em: http://www.oas.org/ Acesso em: 18/09/2018.

91 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. Disponível em: http://www.oas.org/ Acesso em: 18/09/2018.

92 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. Disponível em: http://www.oas.org/ Acesso em: 18/09/2018.

> c) ausência de circunstâncias agravantes na prática do crime; e
> d) impacto diferenciado e incrementado da aplicação da pena privativa da liberdade sobre as pessoas sob o seu cuidado.

Tais requisitos foram mencionados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos levando em consideração principalmente as pessoas, sejam elas crianças ou adolescentes, que estão sob a responsabilidade de mulheres antes da decretação da prisão, e a situação de vulnerabilidade as quais serão expostas com o rompimento do vínculo, sob tal situação. O Estado necessariamente precisaria analisar com mais rigor a existência dos requisitos que autorizam a prisão.

Nesse momento, vale a transcrição de um trecho do relatório[93] para complemento do debate:

> No contexto de aplicação das medidas alternativas, os Estados devem proporcionar recursos apropriados e necessários para que as mulheres beneficiárias daquelas possam se integrar à comunidade. Nesse sentido, os Estados devem oferecer várias opções para resolver os problemas mais comuns que provocam o contato destas mulheres com o sistema de justiça criminal, tais como, tratamento psicológico, e programas de educação e capacitação para aumentar suas possibilidades de emprego. Em relação às políticas criminais de combate às drogas, a CIDH recomenda que os Estados adotem medidas integrais que incluam uma perspectiva de gênero, e levem em conta o impacto nos vínculos de cuidado e proteção que o seu encarceramento causará. Especificamente, na aplicação de medidas alternativas de uma denúncia vinculada com o uso problemático de drogas, as mulheres devem ter acesso a serviços comunitários que considerem questões de gênero e forneçam apoio psicológico.

É necessário destacar também que o Estado pode e deve adotar medidas gerais, para evitar o aumento do encarceramento feminino, sendo estas: a) mecanismos de monitoramento eletrônico; b) processos de justiça penal restaurativa; e c) programas de tratamento de drogas supervisionados judicialmente.[94]

Importante mencionar a prisão domiciliar como uma das medidas alternativas mais utilizadas pelo judiciário, podendo substituir tanto a prisão do tipo processual na

93 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. Disponível em: http://www.oas.org/ Acesso em: 18/09/2018.

94 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas. Disponível em: http://www.oas.org/ Acesso em: 18/09/2018.

figura da medida cautelar, prevista no art. 318 do Código de Processo Penal, como a prisão do tipo pena, quando em substituição ao regime semiaberto, na falta de colônia agrícola ou nas hipóteses do art. 117 da Lei de Execuções Penais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a análise realizada sobre o *habeas corpus* 143.641/SP, ficou perceptível a importância de se preservar o caráter excepcional da prisão preventiva, evidenciando a necessidade da aplicação das medidas alternativas à prisão. A hipótese central colocou em questionamento um conflito aparente de interpretação e aplicação das normas constitucionais, de um lado as garantias asseguradas na lei e, de outro, o que revela a prática, o crescimento do número de mulheres encarceradas e a falta de observância dos requisitos que autorizam a prisão cautelar.

Evidenciou-se a seletividade do encarceramento feminino, consubstanciado na discriminação não apenas de gênero, mas principalmente de cor e classe social, e nesse ponto reitera-se a fundamentabilidade da atuação de movimentos sociais, como o feminismo, de maneira interseccional.

A Constituição Federal traz em seu texto, no art.5º, inciso I, que não há distinção entre homens e mulheres no que diz respeito a direitos e obrigações, garantindo desta maneira a igualdade no tratamento de ambos, concretizado na proteção dos direitos humanos. Outrossim, o art. 14 da Lei de Execuções Penais, garante a mulher gestante o direito ao pré-natal e pós- parto, extensivo ao recém-nascido, assegurando, desta maneira, o acesso a saúde à presa e ao bebê.

Com as Regras de Bangkok, que pertencem à lista dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, observa-se uma sequência de normas que regulamentam o tratamento das mulheres submetidas a medidas privativas e não privativas de liberdade, e incentivam a aplicação de medidas alternativas à prisão. O relatório apresentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos traz referências às mencionadas medidas com escopo de incentivar o desencarceramento, levantando a questão da prisão desordenada como um dos principais fatores no cenário da superlotação, o que acarreta aplicação de penas cruéis e degradantes, em sentido contrário ao objetivo da execução penal.

A jurisprudência brasileira, com o julgamento do *habeas corpus* 143.641/SP, demonstra um avanço no reconhecimento das garantias constitucionais das mulheres presas,

e na proteção dos direitos humanos, muito embora muito ainda precise ser feito para a proteção integral dos princípios elencados na Constituição, a fim de proteger o agente do delito de possíveis arbitrariedades que possa vir a sofrer.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Paulo Roberto da Silva. **Criminalidade feminina**: estudo do perfil da população carcerária feminina da Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires – Juiz de Fora/MG, 2009. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis, 2010.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, p. 139, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cartilha da mulher presa.** 2. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.** 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos.** 1. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. **Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 96, de 9 de junho de 2017**: Art. 227. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1998.

BRASIL. **Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002.** Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Brasília: 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres.** 2 ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/. Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 1941.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execuções Penais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 1984.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017.** Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Código Penal: Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Coleção de Leis do Brasil de 1890, Brasília, DF, v. 010, p. 2664, 1890.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 132462.** Relator: Dias Toffoli. Brasília, 10/05/2016. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143641/SP**. Relator Ricardo Lewandowski. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal**. Distrito Federal, 2015. Disponível em: http:/ stf.jus.br/. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 11: limita o uso de algemas e casos excepcionais.** Súmula. Brasília, 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br. Acesso em: 20 dez. 2018.

CASTRO, R. P.; BRONFMAN, M. P. **Teoría feminista y sociología médica: bases para una discusión.** Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 375-394, 1993.

CERQUEIRA, Maria; ARGÔLO, Gabriela; ARRUDA, Jalusa. Entre algemas e silêncios: reflexões feministas sobre gravidez e parto no cárcere**. Revista Enlaçando**, Campina Grande, v. 1 2017. Disponível em: https://www.editorarealize.com.br/. Acesso em: 17 ago. 2018.

COLETIVO DE ADVOGADOS DE DIREITOS HUMANOS. **Habeas Corpus 143641/SP.** Brasília, 8 de maio de 2017. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/. Acesso em: 31 jul 2018.

COLLINS, PATRICIA. Aprendendo com a outsider within: a significação sociológica do pensamento feminista negro**. Sociedade & Estado**, v. 31, n 1, p. 7. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre direitos humanos. Pacto San José da Costa Rica**. San José: 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/. Acesso em: 25 jul. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas.** Disponível em: http:// www.oas.org/. Acesso em: 18 set. 2018.

CRENSHAW, Kimberle. A intersecionalidade na discriminação de raça e gênero. In: VV.AA. **Cruzamento: raça e gênero**. Brasília: Unifem, 2004.

DAVIS, Angela; DENT, Gina. A prisão como fronteira: uma conversa sobre gênero, globalização e punição. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 523-531, 2003.

FACIO, Alda. A partir do feminismo vê-se um outro direito. **Outras Vozes**, Maputo, n. 15, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo*:* **Revista dos Tribunais**, p. 277, 2002.

GERGEN, Mary McCanney. O pensamento feminista e a estrutura do conhecimento. Tradução Angela Melim. Rio de Janeiro: **Rosa dos Tempos**: Edumb, p. 27, 1993.

HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, p. 867. 2014.

LOPES JR, Aury. **Prisão preventiva está para além de gostarmos ou não de Eduardo Cunha**. [Online]. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br. Acesso em: 18 set. 2018.

LOPES, Rosalice. Memórias de Pesquisa: a experiência de uma psicóloga no interior de uma prisão feminina. **Imaginário**, São Paulo, v. 13, n. 14 p. 439-459, 2007.

MALCHER, Beatriz Moreira. Criminologia feminista e estado penal. **Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate**, Natal, v.4, n. 2, 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, p. 1, 2007.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 31, 2007.

PAIVA, Miriam. Teoria feminista: o desafio de tornar-se um paradigma. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 50, n. 4, p. 517-524, 1997.

PUIG MIR, Santiago. **Función de la pena y teoria del delito en el estado social y democrático de derecho**. 2º ed. Barcelona: Casa Editorial, 1982.

RAGO, Margareth. **Epistemologia feminista, gênero e história 1998**. Florianópolis: Mulheres, 1998.

RIOS, Roger; SILVA, Rodrigo da. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 16. Brasília, p. 11-37, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo nº 1001521-57.2017.8.26.0360**. Mococa: Sentença, 5 de outubro de 2017.

SILVA, Eliana Aparecida. Gestação e preparo para o parto: programas de intervenção. **O Mundo da Saúde**, São Paulo, v. 37, n. 2, p. 208-215, 2013.

SILVA, José; CASAGRANDE, Elaine. Os Princípios Constitucionais Incidentes no Direito Penal Brasileiro. **Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania***,* v. 1, nº 1, p. 9. 2010.

SOIHET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: PRIORE, Mary Del. (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Contexto, p. 20, 2000.

AUTOMUTILAÇÃO: O DESENHO COMO FORMA DE TRATAMENTO DIVERSO À LUZ DA LEI Nº 13.819/19

SELF-MUTILATION: DESIGN AS A FORM OF DIFFERENT TREATMENT IN THE LIGHT OF LAW 13.819/19

Irlana de Jesus da França[1]

Matheus Santos Sande[2]

RESUMO: A automutilação é um transtorno psicológico caracterizado pelo sofrimento emocional do indivíduo que não consegue lidar com as mudanças de valores e descobertas que aparecem no decorrer de sua vivência. Ao tempo que este comportamento é utilizado como válvula de escape para aliviar as angústias diárias, também recai, de forma negativa, nas relações profissionais e pessoais, visto que uma de suas consequências é o isolamento. Diante disso, o presente texto, possui por objetivo geral relacionar a automutilação com os tratamentos terapêuticos intermediados pela arte, tendo como enfoque o desenho e, como objetivos específicos, a demonstração da automutilação, desmistificação do pensamento, verificando suas possíveis causas e consequências, bem como a viabilidade de tratamento diverso. E por fim, analisar e aplicar, em conjunto com o Centro de Referência Assistência Social - CRAS, o Centro de Apoio Psicossocial - CAPS e Centro de Referência Especializado de Assistência Social, o método aqui abordado, como forma de efetividade da Lei nº 13.819/19 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a égide da importância da Defensoria Pública na garantia ao acesso à justiça

Palavras-chave: Automutilação. Arteterapia. Direitos. ECA. Justiça

ABSTRACT: *Self-mutilation is a psychological disorder characterized by the emotional distress of the individual who cannot cope with the changes in values and discoveries that appear during his or her experience. while this behavior is used as an escape valve*

1 Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Ciências e Empreendedorismo.

2 Bacharelando em Direito pela Faculdade de Ciências e Empreendedorismo.

to relieve daily anguish, it also falls negatively on professional and personal relationships, since one of its consequences is isolation. Give this, the present text has as its general objective to relate self-mutilation with art-mediated therapeutic treatments, focusing on drawing, and as specific objectives the demonstration of self-mutilation, demystification of thought, verifying its possible causes and consequences, as well as the feasibility of diverse treatment. Finally, to analyze and apply, together with the Social Assistance Reference Center - CRAS, Psychosocial Support Center - CAPS and the Specialized Reference Center of Social Assistance, the method approached here, as a form of effectiveness of Law 13.819/19 and Statute of the Child and Adolescent, under the aegis of importance of the Public Defender's role in ensuring access to justice.

Keywords: *Self-mutilation. Art Terapy. Rights. ECA. Justice.*

INTRODUÇÃO

A transição entre a infância e a adolescência traz para o jovem ressignificações de valores, uma vez que neste momento, o adolescente está redescobrindo o mundo.

"Nesta fase os indivíduos precisam organizar as exigências e expectativas conflitantes oriundas da família, comunidade, amigos e desenvolver percepções das mudanças que estão acontecendo no seu corpo. " (ALMEIDA *et al*, 2018, p. 152).

Esta passagem é marcada por momentos de crises, angústias e agitações, visto que os indivíduos estão passando por uma construção subjetiva do seu eu e quando esses sujeitos não conseguem lidar com as emoções que vem à tona com os questionamentos levantados durante essa fase, ficam suscetíveis a diversos transtornos psicológicos.

O termo transtorno aqui mencionado "é usado para indicar a existência de [...] comportamentos clinicamente reconhecíveis associados, na maioria dos casos, a sofrimento e interferência com funções pessoais" (DUQUE; NEVES, 2004, p. 499).

"O que é certo é que o jovem apresenta uma tal decepção e desespero que se sente impotente diante das dificuldades, não encontrando outra solução para o seu sofrimento que não o suicídio ou o ataque do seu próprio corpo como forma de aliviar o seu sofrimento". (NUNES, 2012, p. 21).

Sob este viés, convém analisar, de forma mais aprofundada, os transtornos psicológicos, especificamente a automutilação, e a eficácia de tratamentos diversos dos tradicionalmente conhecidos.

O presente texto, possui por objetivo geral relacionar a automutilação com os tratamentos terapêuticos intermediados pela arte, tendo como enfoque o desenho e, como objetivos específicos, a demonstração da automutilação, desmistificação do pensamento, verificando suas possíveis causas e consequências à luz da Lei nº 13.819/19, bem como a viabilidade de tratamento diverso.

E por fim, analisar e aplicar, juntamente com o Centro de Referência Assistência Social – CRAS, com o Centro de Apoio Psicossocial – CAPS e Centro de Referência Especializado de Assistência Social, o método aqui abordado.

METODOLOGIA

Caracteriza-se como uma pesquisa de estudo bibliográfico e legislativo.

1. AUTOMUTILAÇÃO

1.1. CONCEITO

A automutilação, também conhecida por *cutting*, é um transtorno mental, identificado pela Classificação Internacional de Doenças na CID 10 – Z91.5 e caracteriza-se pelo ato do indivíduo causar pequenos ferimentos de forma intencional no próprio corpo, ou seja,

> pode ser definida como o impulso ou compulsão auto-agressiva [sic] em que o paciente realiza auto-lesões [sic] voluntárias causando a destruição ou a alteração deliberada de tecidos orgânicos sem intenção suicida consciente, que podem variar de intensidade. (ALMEIDA, 2018, p. 02).

Acentua Oliveira (2016, p. 5) que "a automutilação pode ser entendida como uma forma de se comunicar com o outro, de expressar o sofrimento vivido sem sucumbir. O sujeito exterioriza sobre a pele aquilo que não se consegue elaborar em palavras."

As formas mais comuns de exteriorizações são através de cortes com gilete, arranhões, mordidas, queimaduras e bater-se contra alguma superfície sólida; geralmente as feridas são feitas em áreas que possam ser escondidas. Ratifica-se que, com este comportamento, o indivíduo não possui a intenção de suicidar-se, mas o intento de eliminar ou diminuir alguma dor interna.

1.2. CLASSIFICAÇÃO

Cunha e Lima (2018, p. 5) defendem que a automutilação pode se dar por 2 (dois) vieses sendo por reforço positivo que é caracterizado quando o indivíduo não consegue lidar com as mudanças de valores e descobertas que aparecem no decorrer de sua vivência, trazendo assim à tona um autocriticismo, sendo a automutilação uma forma de chamar atenção para algo que está errado consigo; e por reforço negativo, que é definido quando para minorar os pensamentos negativos, o indivíduo se autoinflige como forma de regular suas emoções.

Quanto a classificação subdivide-se em 4 (quatro) tipos:

> I - "Automutilação do tipo estereotipado – apresenta comportamentos altamente repetitivos, monótonos, fixos, frequentemente ritmados e parecem comandados; com as lesões tendendo a manter um mesmo padrão, podendo variar de leves e graves ferimentos, podendo colocar em risco a vida da pessoa. As pessoas que a praticam não têm vergonha e/ou disfarçam esse comportamento, sendo este comportamento frequente em pessoas com retardo mental, autismo, etc.
>
> II – Automutilação do tipo grave – inclui ferimentos graves, frequentemente colocando a vida da pessoa em risco, ocasionando ferimentos irreversíveis, como castração e amputação de extremidades. Este tipo é acompanhado como sensações e pensamentos de punição, tentação e salvação.
>
> III – Automutilação do tipo compulsivo – inclui comportamentos repetitivos, algumas vezes rítmicos, ocorrendo diariamente e inúmeras vezes num mesmo dia, como na tricotilomania, comportamento mais conhecido desse tipo de automutilação.
>
> IV – Automutilação do tipo impulsivo – é o comportamento conceituado como atos agressivos impulsivos, onde o alvo da agressão é a si mesma. Os episódios podem aparecer após uma vivência traumática de uma forte emoção. (ALMEIDA et al, 2018, p. 149/150, grifamos).

Em síntese, pode-se descrever que o ato "de se cortar é então resultante da possibilidade de alívio da tensão psicológica com a substituição de uma tensão

biológica que acontece com o retorno do impulso de destruição para o próprio corpo", (ALMEIDA *et al*, 2018 p. 147), possuindo duração de alguns minutos, até que se alcance o alívio desejado.

As consequências que este transtorno traz para vida do indivíduo podem ser duradouras e influenciam diretamente na sua vida comportamental, pois são perceptíveis a indiferença e o isolamento social, bem como o olhar autocrítico, a seletividade com as pessoas do seu meio social e a associação dos acontecimentos ruins a sua existência.

Duque e Neves (2004, p. 224) complementa que

> A existência desta perturbação refere-se a graves carências na imagem de si, baixa auto-estima *[sic]*, intensa auto-desvalorização *[sic]* e graves carências na relação que o sujeito auto-mutilado *[sic]* estabelece com o meio, predominando as emoções negativas.

1.3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A SAÚDE MENTAL

Muitas são as sociedades que não discutem a automutilação de forma ostensiva, comparado a outros transtornos psicológicos que inquietam a sociedade e poucos são os países que desenvolvem programas de prevenção acerca do tema, pois argumenta-se que a maioria dos indivíduos quando alcançam a fase adulta tem a tendência de cessar este comportamento.

Porém não perpassa a informação de que

> normalmente *os indivíduos* iniciam estes comportamentos no início da adolescência, continuando-os por mais 10 ou 20 anos, podendo vir a desenvolver, mais tarde, distúrbios alimentares, cleptomania ou abuso de álcool ou outras substâncias. (NUNES apud FAVAZZA, 2012, p. 23, grifamos).

Assim, o Poder Público visando sanar os problemas macros, investe em campanhas, não abordando de forma efetiva a origem, pois comportamentos na adolescência são tratados como mero chamamento de atenção.

Por conta do descaso que circula a problemática, tem-se notado um aumento preocupante deste transtorno, assim como acentua Santos *et al.* (p. 2), "nos últimos

anos, os casos de automutilação têm aumentado consideravelmente principalmente no ambiente escolar onde há a constatação pelos noticiários de verdadeiras epidemias de cutting entre jovens de 12 a 20 anos".

Um estudo realizado em seis países na Europa e Austrália, utilizando adolescentes entre os 14 (quatorze) e os 17 (dezessete) anos demonstrou que 13.5% das mulheres e 4.3% dos homens, sofreram ou sofrem episódios de autodano, utilizando como meio mais frequente cortes na pele, sendo mais comum no sexo feminino do que no sexo masculino.

> A taxa de incidência dos comportamentos de autodano *[sic]* é mais elevada em adolescentes do que em adultos, aproximando-se dos 40% nos indivíduos jovens, apontam a taxa de incidência do auto-dano *[sic]* na adolescência nos 61%. Alguns outros estudos sugerem que 14% a 39% dos adolescentes na comunidade e 40% a 61% dos adolescentes em regime de internato psiquiátrico têm comportamentos auto-lesivos *[sic]*. (NUNES, 2012, p. 22)

Com o alto índice de autodano já citado, e com o grupo feminino apresentando o maior fator autolesivo, pode se afirmar que a manifestação se dá raramente em jovens menores de 12 (doze) anos, demonstrando que antes da adolescência e do período de formação biopsicossocial não expressam os comportamentos autoflagelantes.

Ressalta-se que "o comportamento de se automutilar inicialmente é episódico, porém pode se tornar repetitivo; aumentando em frequência e intensidade, podendo levar à desfiguração física e uma incapacidade de controlar o comportamento", (ALMEIDA, 2018, p. 151), podendo evoluir ao suicídio.

1.4. MEIOS DE TRATAMENTOS TRADICIONAIS

Pode-se acentuar que a automutilação é questão de saúde pública e necessita ser estudada de forma ostensiva, devendo principalmente aplicar tratamentos que, de forma efetiva, venham demonstrar resultados positivos, pois o não tratamento de forma adequada pode transformá-los em adultos deficientes nos âmbitos sociais.

Atualmente, existem alguns métodos utilizados para tratar o indivíduo que apresente este quadro, há de destacar três:

1 – Procedimento de extinção. Este procedimento consiste em sessões terapêuticas, cujo objetivo é o enfraquecimento gradual ou o desaparecimento do comportamento.

2 – Medida restritiva. Nas palavras de Oliveira apud Yang, L., (2004, p. 14), é um método que "requer que o indivíduo use equipamento específico para restringir a movimentação. Esta restrição minimiza ou elimina o risco do comportamento alvo".

3 - Método de interação social. Este consiste em envolver o indivíduo com outros pacientes para que possam falar o que os levam a se automutilar e assim, gradativamente, poder libertar-se dos sentimentos que os aprisionam.

Há de se observar que métodos como estes supracitados, por muitas vezes não possuem eficácia, visto que um dos comportamentos de indivíduos que se automutilam é o isolamento social e, por conseguinte, um retraimento emocional que faz com que este se feche para experiências, e:

> apesar da existência de estudos que demonstram a viabilidade destes tratamentos na regressão da automutilação, a ausência de unanimidade face à definição de regulação emocional pode interferir com a identificação de objetivos específicos, tornando mais complicado desenvolver um tratamento eficaz para a automutilação. (LOURENÇO, 2008, p. 15)

Destarte, há de se discutir em torno de novos meios de tratamentos que visem dar uma liberdade maior ao paciente para que, de forma mais singela, possa expressar todos os sentimentos que lhe encarceram, não sendo necessariamente por intermédio das palavras.

2. DA LEI DE PREVENÇÃO DA AUTOMUTILAÇÃO E SUICÍDIO – LEI Nº 13.819/19

Ratificando tudo quanto exposto nos tópicos anteriores, sancionou-se em 26 de abril de 2019, a Lei nº 13.819, que discorre sobre a prevenção da automutilação e do suicídio, instituindo a implementação de políticas públicas pela União, em cooperação com os estados, Distrito Federal, municípios, sociedade civil e instituições privadas, sendo esta uma forma estratégica de caráter permanente do poder público para prevenção, tratamento, bem como de outros transtornos a eles associados.

Estabelecendo que violência autoprovocada são as formas de suicídio tentado e consumado, bem como o ato da automutilação com ou sem finalidade suicida.

Ciente da problemática, o Governo Federal inseriu em seu art. 3º como objetivo, promover a saúde mental, prevenir a violência autoprovocada e controlar os fatores determinantes e condicionantes da saúde mental, cuja finalidade é sensibilizar a família e sociedade civil sobre a importância e a relevância das lesões autoprovocadas, bem como buscou-se legitimar a atuação dos órgãos de apoio social, CRAS, CREAS e CAPS, em parceria com o Conselho Tutelar.

Como forma de eficácia desta lei, propomos, no presente trabalho, a utilização do desenho como forma de tratamento diverso nos casos laudados na automutilação.

3. ARTE

3.1. BREVE HISTÓRICO DA ARTE

O ser humano é composto de partes que estão conectadas umas às outras, sendo elas: física, psíquica e social e que, para fluírem corretamente precisam estar em sintonia. Sendo a automutilação um desequilíbrio mental e emocional, tem-se a necessidade de implementar métodos diferenciados, propõe-se a terapia por intermédio do desenho, para que assim possa harmonizar uma das áreas mais importantes, a mente, e deste modo proporcionar ao indivíduo uma vivência digna.

Entende-se por Arte, o ramo que estuda a atividade humana nas suas manifestações de seguimento estético ou comunicativo que visa expressar as emoções e percepções sobre o conceito de mundo.

O uso da Arte para fins médicos iniciou-se na década de 70, por criminalistas, com apoio de psiquiatras, no intuito de diagnosticar doenças mentais em criminosos.

No ano de 1906, o desenho foi utilizado como teste na produção de trabalhos elaborados por doentes mentais comparando com os confeccionados por pessoas consideradas normais mentalmente e artistas conhecidos, do teste foi possível reconhecer histórias e conflitos de cada um. Este método deu origem ao que se conhece hoje por testes de motores, de personalidade e de inteligência.

No século XX, a Arte começa a ganhar espaço no mundo psicoterapêutico, sendo as imagens utilizadas como parte essencial para a simbolização do inconsciente pessoal e / ou coletivo.

Ribeiro (2005, p. 43) acentua que as imagens quando associadas às emoções, estabelecem um padrão que possibilita compreender o comportamento humano, a manifestação no tempo e espaço e sua organização, cujas teorias e representações fazem parte da história da humanidade, alocada no inconsciente coletivo.

O inconsciente coletivo é a trajetória material do indivíduo, são as influências que fundam os arquétipos comportamentais, refletindo, segundo o psiquiatra suíço Carl Gustav Jung, a camada mais profunda da psique.

No Brasil, a Arte como terapia é uma discussão nova, sendo utilizada pela primeira vez no período de 1923, por intermédio dos estudos sobre a arte dos alienados no Hospital Juquerí do Rio de Janeiro, carregando o nome de Nise da Silveira, cujo trabalho obteve reconhecimento internacional.

Nise da Silveira defendia que no trabalho do paciente havia uma força curativa, necessária e pertinente ao ato de expressar-se. Alagoana, psiquiatra, trouxe à baila, o olhar sensível sobre pessoas com transtorno esquizofrênico, marcando o renascimento destes indivíduos ao inserir a arte como forma de expressão e tratamento.

Ao trabalhar no Hospital Pedro II, recusou-se a proceder, nos pacientes, os tratamentos tradicionais que incluíam insulínico, tratamento de choque e outros meios cruéis, desta recusa, com o psiquiatra Fábio Sodré, implementou a terapia ocupacional no tratamento psiquiátrico.

Das obras produzidas, os autores exprimem seus sentimentos e hoje encontram-se expostas no Museu de Imagens do Inconsciente, situado no Rio de Janeiro.

> Outros grandes nomes na terapia artística brasileira são Angela Philippini, fundadora da clínica Pomar, e Selma Ciornai, arteterapeuta paulista que faz uso de uma abordagem fenomenológica-existencial.
>
> O primeiro curso de arteterapia e terapias expressivas se deu em 1970 na PUC, ministrado por um norte-americano. No entanto, o curso de pós-graduação só foi desenvolvido anos mais tarde, em 1996. Em 1999 foi criada a Associação Brasileira de Arteterapia, no entanto, está só obteve maior reconhecimento em 2003. (RIBEIRO, 2005, p. 45).

3.2. CONCEITO DA ARTE

Estudiosos pontuam que a Arte é a expressão de saberes, ideias e fatos, exteriorizado em uma linguagem não-verbal, não possuindo a necessidade de se ter uma lógica a quem a observa, pois bem como acentua Ribeiro (2005, p. 47) "a arte é para ser sentida e não pensada".

Nas palavras de Ribeiro (2005, p. 46), a Arte é "a habilidade de desenvolver um conjunto de ações especializadas criadoras de uma visão distinta e peculiar do mundo, associada à imaginação" e caracteriza-se pela capacidade de sensibilidade e personalidade, revelando, de formas variadas, os interesses individuais de cada ser, bem como demonstrando sua relação com a sociedade e mundo.

3.3. ARTETERAPIA

Da Arte, nasce a arteterapia, que é o ramo de estudo da psicoterapia que utiliza recursos artísticos visualizando a expressão dos sentimentos, pensamentos, emoções e atitudes, com o fim de demonstrar detalhes que anteriormente ou que em tratamentos convencionais não foram perceptíveis.

> É uma atividade de estimulação à execução de imagens pela expressão artística, buscando respostas em pacientes para que possam se auto-observar *[sic]*, promovendo reflexões sobre o desenvolvimento pessoal, habilidades, interesses, preocupações e conflitos. (MOREIRA et al, 2011, p. 7).

Deste modo, por intermédio da Arte é possível despertar os sentimentos mais profundos do ser, propiciando visualizar as possíveis causas que levam o indivíduo à automutilação.

Como é notório, as feridas causadas na pele vêm acompanhadas, muitas das vezes, por frases e desenhos, sendo assim, é a manifestação dos sentimentos sobre a superfície epidérmica. Neste ponto, a terapia através do desenho ingressa como um caminho a ser utilizado como rota de fuga para toda angústia sentida e, por consequência, proporciona ao profissional que irá acompanhá-lo um melhor entendimento sobre a "desordem" que ali está presente.

Tendo por finalidade fazer com que o indivíduo que se automutila expresse seus sentimentos, pensamentos e desejos, que por vários motivos fazem as palavras

parecerem insuficientes para explicá-los, sendo o processo terapêutico uma modalidade para demonstrar que é possível reconfigurar as relações consigo e com o mundo.

Esta interação se dará entre paciente e terapeuta, cuja necessidade não se dá em falar, mas na estimulação da criatividade e sensibilidade, cuja crença se desdobrará no fomento à saúde e obtenção da cura.

Há de destacar que:

> o arteterapeuta não é crítico e nem observador, ele é um profissional com saberes acerca psicologia e arte que o capacitam a uma interpretação dos trabalhos obtidos em associação aos transtornos sofridos pelo paciente. Ele centra sobre o sujeito e cujos sintomas surgirão, através do inconsciente, de forma subjetiva em sua arte. Ele ajuda o paciente em sua aventura de descobrimento de si mesmo, e intervém quando necessário para coordenar essa busca. (RIBEIRO, 2005, p. 50).

À medida que o indivíduo não consegue lidar com os questionamentos levantados na fase da adolescência, bem como não os trata, ao sair desta fase torna-se um adulto frustrado, confuso, podendo evoluir o quadro agregando outros transtornos como alimentares, sociopatia, alcoolismo, etc. Assim o papel do arteterapeuta é fundamental, pois este será como um norte para esses indivíduos.

4. DA IMPORTÂNCIA DO TRATAMENTO

Observemos que há uma importância na aplicação de tratamento diverso para pessoas que possuem o transtorno mental acometido pela automutilação, visto que este mexe com a saúde física, social e principalmente mental do paciente.

Entende-se por saúde como "o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença". (DALLARI apud OMS, 1988, p. 58). "*Devendo* ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação". (CIRALINE, 2010, p. 88).

Como a automutilação é tratada como transtorno mental, este recai sobre a subdivisão da saúde, qual seja a saúde mental, sendo esta última, como uma forma de equilíbrio entre a mente e o corpo administrando as suas relações internas com suas vivências exteriores.

Acentua Ribeiro (2005, p. 51) que:

> a saúde mental, física e social são extremamente ligadas e interdependentes. Dessa forma, o desequilíbrio em uma delas compromete o bem estar corporal como um todo. À medida que cresce a compreensão desse relacionamento, torna-se cada vez mais evidente que a saúde mental é indispensável para o bem-estar geral dos indivíduos, das sociedades e países.

Desse modo, visto que a desestruturação do emocional afeta não só o indivíduo, mas a toda a sociedade, se torna caso de saúde pública.

4.1. DAS RELAÇÕES DA SAÚDE PÚBLICA

A saúde pública tem por objetivo promover e garantir o bem-estar da população de forma gratuita e integral. Seguindo as diretrizes da Lei nº 8.080/90 - lei do SUS - em seu art. 2º, discorre que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

O adolescente, estando inserido em um grupo de vulnerabilidade, o tratamento da automutilação deve ser garantido de forma prioritária e o acesso aos tratamentos alternativos.

Segundo Fonseca (*et al*, 2013, p. 259); "a definição sobre vulnerabilidade remete a ideia de fragilidade e de dependência, que se conecta à situação de crianças e adolescentes, principalmente os de menor nível socioeconômico".

4.2. DA VIABILIDADE DO TRATAMENTO DIVERSO

À luz do Direito, podemos discorrer sobre os meios de tratamentos para a automutilação com a fundamentação jurídica constante na Magna Carta, Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA e da lei de prevenção à automutilação e ao suicídio (Lei nº 13.819/19) observando que, os locais já existentes para o tratamento se mostram suficientes, apenas necessitando de uma nova implementação de tratamento.

Órgãos como o CAPS, CRAS e CREAS, possuem a função de tratamento, orientação e auxílio para as famílias dos jovens que se encontram em vulnerabilidade possibilitando assim nas formas já existentes de tratamento apenas uma nova implementação.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.819/19 observa-se a relevância do tema, pois em seu art. 3, Inc. I, intensifica que é o objetivo das políticas públicas promover a saúde mental da criança e adolescente, passando assim a forma de combater o meio e não os fins.

Por se tratar de adolescente, encontra-se em vigor no ordenamento pátrio, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, discorrendo sobre a proteção integral destes e dispondo em seu artigo 2 que criança é o indivíduo que possui de 0 (zero) a 12 (doze) anos de idade incompletos e adolescente entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos.

Tendo em vista tratar-se de saúde mental, a ampla interpretação da norma deve ser aplicada visando o melhor benefício das vítimas da automutilação e de seu maior grupo de risco, qual seja jovens com idades entre 12 (doze) a 17 (dezessete) anos.

Um dos princípios regentes do ECA, é o princípio do melhor interesse da criança, cujo o Brasil adotou instituindo que a lei deve ser invariavelmente interpretada e aplicada buscando formas mais efetivas de assegurar o tratamento das mesmas.

Em respeito à aplicação do princípio do melhor interesse da criança, "*devendo* inspirar não apenas a legislação, mas também todas as medidas concernentes às crianças, tomadas pelas instituições públicas ou privadas de bem-estar social, pelos tribunais, pelas autoridades administrativas (…) ". (PEREIRA, 2000, p. 216).

Em reverência ao referido princípio e se tratando de grupo cuja formação da posição enquanto indivíduo na sociedade ainda está em fase de amadurecimento, encontrando assim dificuldades em compreender-se e alocar-se socialmente, a Administração Pública deve empreender esforços para que este grupo seja inserido de forma menos danosa, em razão do quanto disposto no Art. 4º da Lei nº 8.069/90 – ECA.

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

Dito isto, a forma de alcançar uma maior eficácia para a solução do problema é a municipalização dos tratamentos alternativos, visto que os municípios possuem órgãos cuja finalidade é estreitar o vínculo familiar e tratar os episódios de disfunção mental da criança e do adolescente, deste modo, pode promover de forma mais presente, o tratamento ao transtorno da automutilação.

A municipalização em si refere-se a promover uma maior descentralização política administrativa das ferramentas para a implementação dos meios necessários de tratamentos, entre estes os meios alternativos de forma prioritária à criança e ao adolescente, consoante o parágrafo único c/c alínea a do Art. 4º da Lei nº 8.069/90

> Art. 4º [. . .]
>
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
>
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

Este dispositivo enfatiza que, ao pensar em políticas públicas, a criança e o adolescente devem ser pensados prioritariamente, não competindo apenas a União trazer medidas eficazes, mas a todos os entes federativos e municipais, dispondo tratamentos e promovendo, conjuntamente, com a sociedade e família, campanhas para a prevenção destes comportamentos.

Tendo em vista a obrigatoriedade da garantia de recursos para a implementação e a manutenção dos tratamentos e programas de desenvolvimento para a criança e adolescente, as cidades possuem órgãos que compõe o Sistema Único de Saúde – SUS específicos para o acompanhamento de pacientes com transtornos mentais e locais de apoio psicológico, consoante inteligência do art. 11º do ECA

> Art. 11. É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.
>
> §2º. incumbe ao poder público fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem, medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas.

O Sistema Único de Saúde – SUS, é um sistema de saúde pública previsto na Lei nº 8.080/90, cuja finalidade é promover ações de proteção, recuperação e promoção da saúde, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado.

No âmbito municipal o Centro de Referência da Assistência Social – CRAS, o Centro de Atenção Psicossocial – CAPS e o Centro de Referência Especializado em Assistência Social - CREAS são os responsáveis por fornecer o acompanhamento, tratamento, assistência e medicamentos, bem como estreitar os laços familiares.

Sendo de responsabilidade do CRAS a "organização e oferta dos serviços socioassistenciais da Proteção Social Básica do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) nas áreas de vulnerabilidade e risco social dos municípios e DF, sendo esta uma unidade pública estatal descentralizada da política de assistência social". (Secretaria de Estado da Assistência de Desenvolvimento Social).

O CAPS "por ser um local de referência e tratamento para pessoas que sofrem com transtornos mentais, psicoses, neuroses graves e persistentes". (Secretaria da Saúde do Estado de Goiás).

E o CREAS por centro de atendimento às famílias que se encontram em estado de vulnerabilidade social e em condição de violação dos direitos.

Os trabalhos conjuntos dos órgãos supracitados devolvem a sociedade a sensação de amparo na prevenção e acompanhamento dos males que afligem inúmeros jovens no século XXI.

A Constituição da República Federativa do Brasil – 88, em seu art. 227, dispõe que

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Este artigo prevê a responsabilidade solidária entre família, sociedade e Estado em promover a proteção da saúde para com as crianças e adolescentes. Cujo art. 264 do Código Civil explica que a responsabilidade solidária se dá quando uma mesma obrigação recai sobre mais de um indivíduo ou entidade.

Porém, observando as inúmeras realidades brasileiras em que a prevenção e as múltiplas formas de transtornos mentais são desconhecidas, faz-se necessário a promoção, divulgação e formas alternativas dos tratamentos por intermédio da Administração Pública.

Nunes (2012, p. 15) reforça o aludido afirmando que "muitas sociedades ainda não discutem abertamente os comportamentos auto-lesivos *[sic]*, devido à falta de consciência para tal, e muito poucos países desenvolvem programas de prevenção acerca desta problemática".

Ficando a cargo da Administração Pública, em especial a municipal, efetivar as formas alternativas de tratamento, esta sendo através da arteterapia, faz-se necessário adentrar nas questões orçamentárias.

A reserva do possível é uma limitação orçamentária na atuação do Estado. Ao propor o desenho como forma de tratamento diverso para automutilação, visou-se a viabilidade da aplicação com os órgãos que já estão consolidados e presentes na maioria dos municípios brasileiros, qual seja os já citados CRAS e CAPS.

Por fim, apesar da automutilação ser um transtorno mental, devidamente qualificado pela Classificação Internacional de Doenças na CID 10 – Z91.5, dos direitos aqui trazidos, insere-se o direito de brincar. A arteterapia, nada mais é que a fomentação de brincadeiras, proporcionando momentos de alegria interna para os indivíduos, que por encontrarem-se em uma fase tão complicada, pode ser que não mais a sintam, com um fim médico.

> A criatividade e a sensibilidade funcionam como recursos catalisadores do processo de resgate da qualidade de vida, bem como da vontade de viver em pacientes mais graves. Esta é a contribuição da arteterapia para a saúde mental. (RIBEIRO, 2005, p. 51).

5. DO PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Incumbe à Defensoria Pública o dever de garantir à população o acesso à justiça, consoante inteligência do art. 134 da Constituição da República Federativa do Brasil/88 - CRFB/88,

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

O acesso à justiça que é garantido no artigo supramencionado depende "de políticas públicas concernentes à conscientização e educação da população relativamente a seus direitos, [...] o Estado não pode mais se esquivar desta tarefa". (JÚNIOR, 2011, p. 4)

O que propomos no presente artigo é o chamamento da administração pública para promover e efetivar políticas públicas inerentes a criança e ao adolescente já previstas em lei quais sejam a CRFB/88, o ECA e a recente lei da prevenção à automutilação e suicídio (Lei nº 13.819/19).

Não se debate nada de novo, pois trata-se apenas de concretização dos direitos e acesso à justiça, sendo que esta última ultrapassa a linha jurisdicional, pois garantir o acesso à justiça também é garantir vida digna e saudável, bem como ratifica Rocha (2005, p. 2):

> justiça, por seu turno, exige efetivação de direitos humanos, configuração da verdadeira cidadania, a qual abrange, obrigatoriamente, direitos civis, sociais e políticos; adoção de políticas públicas amplas e eficazes. Justiça não é simplesmente acesso ao Judiciário, o qual por mais estruturado e eficiente que seja, não a promove sozinho.

Para se ter uma vida digna é necessário que o Estado proponha o mínimo existencial. Este mínimo vai além de uma moradia, lazer e alimentação, abrange também a saúde física e mental, assim a "Defensoria Pública torna-se um contribuinte necessário para a formalização do Estado Democrático de Direito no acesso ao mínimo existencial". (JÚNIOR, 2011, p. 3).

Neste contexto, a Defensoria Pública, ao zelar pelo efetivo respeito aos direitos, poderá intervir promovendo ações públicas sempre que verificar ser a melhor opção para a criança e o adolescente, lhes proporcionando amparo e efetiva proteção.

Deste modo, o que é proposto aqui, são intervenções sociais para que a Lei nº 13.819/19 tenha efetividade, promovendo saúde mental para os jovens, bem como prevenindo posteriores episódios do transtorno.

"O Defensor Público tem a missão de carregar sobre seus ombros o insuportável fardo das ilusões perdidas dos assistidos, ele abranda a sede de dignidade dos assistidos". (JÚNIOR, 2011, p. 4).

Assim cabe a este Órgão tão importante para a concretização dos direitos, trazer de volta a dignidade perdida em meios a tantos cortes e reacender os sonhos dos jovens que morreram em meio às ilusões de ter uma vida com a plena eficácia do direito à felicidade.

> Sem Defensoria Pública, parcela substancial, quiçá majoritária, da sociedade estaria condenada à mais execrável sorte de marginalização, além das que já sofre, a econômica e a social: a marginalização política. Condenados, os necessitados, a serem cidadãos de segunda classe, perpetra-se o mais hediondo dos atentados aos direitos, liberdades e garantias constitucionais, impossibilitando que na sociedade brasileira se realize o Estado de Direito – pela ilegalidade sem sanção; se afirme o Estado Democrático – pela cidadania sem ação; e se caminhe para o Estado de Justiça – pela imoralidade sem oposição. (JÚNIOR, 2011, p. 7).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

> Cada vez mais a ciência tem comprovado a necessidade de se utilizar a arte como instrumento auxiliar aos tratamentos clássicos, em função da influência dos aspectos psicoemocionais no ser humano e no "pleno desenvolvimento mente-corpo-espirito", a fim de responder a caminho da saúde. (RIBEIRO, 2005, p. 5)

Observando a fundamentação jurídica prevista na Carta Magna que rege o Estado Democrático de Direito, a legislação especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao qual impõe proteção de forma integral aos direitos destes, e a Lei nº 13.819 de 2019, impondo a prevenção da automutilação e do suicídio, bem como a promoção da saúde mental, cuja discussão deste trabalho se deu em torno destes.

De igual modo, visualizando os órgãos já atuantes nesta proteção, qual seja o CRAS, CAPS e CREAS e as inúmeras e longínquas pesquisas na área de tratamentos alternativos em pacientes com transtornos mentais, propor uma simples implementação de um tratamento não agressivo e humanizado para adolescentes em situação de vulnerabilidade é não só pensar na proteção, que já é devida aos mesmos, mas na evolução dos cuidados, adaptando-os às diversas realidades e inúmeros sofrimentos que estes estão sendo acometidos.

Em ratificação quanto ao discorrido neste trabalho, a Lei nº 13.819/19 vem em consonância com as intervenções aqui propostas, demonstrando que se tratando de saúde mental, parafraseando Maquiavel, "os fins não justificam os meios".

Concluímos que o desenho pode ser perfeitamente inserido como método de tratamento para indivíduos que possuem transtornos psicológicos, em especial

os que se automutilam, pois, a partir da Arte é possível despertar os sentimentos mais profundos do ser, o que propicia visualizar as possíveis causas que levam o indivíduo à automutilação.

Assim sendo dever da Administração Pública propiciar os meios para sua divulgação e implementação do tratamento, com o apoio da Defensoria Pública, na garantia de concretização dos direitos e acesso à justiça, sendo que esta última ultrapassa a linha jurisdicional, pois garantir o acesso à justiça também é garantir vida digna e saudável.

De modo a trazer de volta a dignidade perdida em meios a tantos cortes e reacender os sonhos dos jovens que morreram em meio às ilusões de ter uma vida com a plena eficácia do direito à felicidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rodrigo da Silva; CRISPIM, Maria Sônia da Silva; PEIXOTO, Sandra Patrícia Lamenha. **A prática da automutilação na adolescência: o olhar da psicologia escolar/ educacional**. Ciências Humanas e Sociais. V.4, n. 3., p 147-160, maio 2018.

ALMEIDA, Suellen Santos Lima de. Automutilação e corpo na psicose. **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental**, ISSN 2595-2420, Florianópolis – Santa Catarina, Brasil, 2018.

CUNHA, Jeysson Ricardo Fernandes da; LIMA, Rosana Cristina Alves de. Adolescência e Automutilação. **Centro de Ensino Superior de São Gotardo.** N. XVII, 2018, p. 05 – 08.

BRASIL. **Código Civil**. Planalto, 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Planalto, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Planalto, 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. **Prevenção da Automutilação e do Suicídio**, 2019. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13819.htm>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. **Sistema Único de Saúde**. Planalto, 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 21 out. 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde**. Re. Saúde públ., S. Paulo, 1988.

DUQUE, Alexandra Freches; NEVES, Pedro Gante. Auto-mutilação em meio prisional: avaliação das perturbações da personalidade. **Psicologia, saúde e doenças**, 2004, 5 (2), p. 2015-227.

FONSECA, F; *et all*. As vulnerabilidades na infância e adolescência e as políticas públicas brasileiras de intervenção**. Rev. Paul Pediatr**, 2013.

GOIAS. Centro de Atenção Psicossocial – CAPS. **Secretaria de Estado da Saúde de Goiás.** Disponível em:< http://www.saude.go.gov.br/>. Acesso em: 21 out. 2019.

JÚNIOR, Nelson Gonçalves de Souza. **A Defensoria Pública como fator indispensável para a construção da cidadania brasileira e do mínimo existencial.** 2011.

LOURENÇO, Vanessa Sofia Gonçalves. **Para uma compreensão dos comportamentos de automutilação.** ISPA, 2008.

MOREIRA, Josefa Janiele Lopes; ALMEIDA, Séfora Batista; SANTANA, Valéria de Sá; LIMA, Iury de Sá Barreto; SILVA, João Paulo Xavier Silma**. A arte como recurso terapêutico em pacientes com transtornos mentais.** Revista de Psicologia. Ano 5, nº 13, 2011.

NUNES, Carolina Portugal de Sousa. **Auto-dano e ideação suicida na população adolescente: aferição do questionário de impulso, auto-dano e ideação suicida na adolescência** (QIAIS - A). Universidade ds Açores, Ponta Delgada, 2012.

OLIVEIRA, R. L. de, CONDURU, R.: **'Nas frestas entre a ciência e a arte: uma série de ilustrações de barbeiros do Instituto Oswaldo Cruz'.** História, Ciências, Saúde — Manguinhos, vol. 11(2): 335-84, maio – ago. 2004.

OLIVEIRA, Tainá Almeida de. **Automutilação do corpo entre adolescentes: um sintoma social ou alerta de transtorno mental?**. Faculdade Bahiana, Salvador, 2016.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do "melhor interesse da criança": da teoria à prática**. 2000.

SANTOS, Andreia Maria Alves dos; SANTOS, Carlos Antônio; et al.. **Corpo, injuria e símbolo: a automutilação em jovens.** SÃO PAULO. Centro de Referência da Assistência Social – CRAS. Secretaria de desenvolvimento social.

RIBEIRO, Goulart Simone. **Arte como instrumento auxiliar no tratamento do câncer infantil.** Fundação Oswaldo Cruz. Rio de Janeiro. 2005.

ROCHA, Amélia Soares da Rocha. **Defensoria Pública e transformação social.** Rev. Pen., Fortaleza, CE, Brasil. 2005.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE ACERCA DA MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Hortência Jesus Ferreira de Sousa[1]

SUMÁRIO: Introdução. 1. O princípio da dignidade humana como um princípio fundamental e a evolução do desenvolvimento do seu conceito. 2. Uma breve análise do sistema retributivo de penalização e o surgimento da justiça restaurativa 3. A justiça restaurativa na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Uma breve análise da violência doméstica contra a mulher no Brasil. 5. A justiça restaurativa e a violência doméstica. Considerações Finais. Referências

RESUMO: Este trabalho reflete o processo de apreciação e estudo concretizado pela pesquisa "A justiça restaurativa na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana: Uma análise acerca da mulher vítima de violência doméstica", através do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2015-2016). O princípio da dignidade da pessoa humana, a aplicação da justiça restaurativa no Brasil e no exterior e o procedimento das práticas restaurativas, com ênfase nos casos de violência doméstica contra a mulher, como práticas de igualdade, dignidade e concretização dos direitos fundamentais do indivíduo foram os pilares desta pesquisa, caracterizada como teórica, qualitativa e bibliográfica, baseada nos métodos dedutivos e dialéticos com destaque em análises bibliográficas. O Brasil tem buscado se aprofundar e trabalhar na utilização da justiça restaurativa, como através dos estabelecimentos de metas de gestão com foco nessa nova perspectiva de justiça e da Portaria nº 74 /15 do Conselho Nacional de Justiça, que se propõe a instituir um grupo de trabalho para contribuir com o desenvolvimento desse método de resolução de conflito e da Resolução nº 225/2016, que estabelece as diretrizes para a propagação da justiça restaurativa no Poder Judiciário. É necessário,

1 Graduada em Direito – Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduanda em Direito Civil e Processo Civil - Faculdade 2 de Julho (Centro de Estudos José Aras). Foi bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação científica (PIBIC 2015-2016), orientada pela professora Doutora Selma Pereira de Santana (UFBA). Endereço eletrônico: hortenciasousa.jus@hotmail.com

portanto, analisar de forma específica a sua eficácia e eficiência na aplicação nos casos de violência doméstica contra a mulher e acompanhar o crescimento desse modelo de resolução de conflitos.

PALAVRAS–CHAVE: Justiça Restaurativa. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Violência Doméstica.

ABSTRACT: *This work reflects the process of appreciation and study carried out by the research "Restorative justice in the realization of the principle of the dignity of the human person: An analysis about the woman victim of domestic violence", through the Institutional Program of Scientific Initiation Grants (PIBIC 2015- 2016). The principle of the dignity of the human person, the application of restorative justice in Brazil and Abroad, and the procedure of restorative practices, with emphasis on cases of domestic violence against women, as practices of equality, dignity and fulfillment of the fundamental rights of the individual were The pillars of this research, characterized as theoretical, qualitative and bibliographical based on the deductive and dialectic methods with emphasis in bibliographical analyzes. Brazil has sought to deepen and work on the use of restorative justice, such as through the establishments of management goals focused on this new perspective of justice and n.74 / 15 of the National Council of Justice, which proposes to establish a group To contribute to the development of this method of conflict resolution and resolution 225/2016 which sets out guidelines for the propagation of restorative justice in the judiciary. It is therefore necessary toanalyze in a specific way its effectiveness and efficiency in the application of domestic violence against women and to monitor the growth of this model of conflict resolution.*

KEYWORDS: *Restorative Justice. Principle of the Dignity of the Human Person. Domestic Violence*

INTRODUÇÃO

O homem desde o início de sua existência se deparou com conflitos gerados pela complexidade do seu ser e pela dificuldade de lidar com o outro e respeitar as diferenças. O Estado surge com esse objetivo de controle de poder, contrato social e intermediador na solução de conflitos, como um terceiro imparcial. Após séculos de existência de uma justiça vertical e autoritária, que nunca forneceu respostas mais adequadas para as soluções dos conflitos, a busca por um modelo mais humano e eficaz para resolver as demandas na sociedade proporcionou o surgimento da justiça restaurativa que se realiza através de diversas práticas, sendo a mais conhecida, a mediação. Historicamente, o sistema tradicional, tem se mostrado falho, pois a vítima continua não sendo tratada da forma que necessita e merece e ainda, continua

sentindo a impunidade após passar pelo aparato judicial, por sua vez, o delinquente, em contrapartida, a falta de responsabilização pelo ato praticado e a exclusão social. A análise da justiça restaurativa sobre um viés do princípio da dignidade da pessoa humana gera um aprofundamento nas características particulares e intrínsecas das práticas restaurativas, o que faz ela se diferenciar das práticas tradicionais. É necessário compreender as diferenciações entre esses modelos de justiça e as novas perspectivas que a justiça restaurativa traz, rompendo com o trinômio retributivo que compreende: o crime, o criminoso e a pena.

A mediação, por sua vez, tem se mostrado uma excelente prática restaurativa, pois, é a que mais se afasta desse trinômio e viabiliza o empoderamento da vítima, além da participação da comunidade, elemento importante para a eficiência da mediação. A partir dessa compreensão, esta pesquisa teve como base estudar e analisar a possibilidade da aplicação da mediação nos casos de violência doméstica e familiar.

A violência doméstica veio à tona, de forma cruel, e adquiriu uma grande auxiliar no seu combate no Brasil, através da Lei Maria da Penha, gerada por um sistema penal punitivo. O objetivo de entender a possibilidade e a forma de efetivação das práticas restaurativas em crimes como esses é compreender o sentimento da mulher violentada, desrespeitada, suas expectativas e tentar solucionar os conflitos que repercutem na comunidade das partes, inclusive, nos filhos. É preciso refletir a melhor forma de aplicar a mediação em crimes que são, infelizmente, cada vez mais comuns e atingem todo o ambiente familiar.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO UM PRINCÍPIO FUNDAMENTAL E A EVOLUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO DO SEU CONCEITO

O princípio da dignidade humana é atualmente um dos princípios mais discutidos nas diversas ramificações do Direito. É base das relações jurídicas, decisões judiciais e aplicação do Direito. Tem sido o foco das Constituições e legislações contemporâneas e do Estado Democrático de Direito. É considerado um valor que lastreia outros valores e que direciona os direitos fundamentais. Além de uma dimensão de princípio estabelecido na ordem normativa, mas também como valor humano que valoriza a individualidade do homem, como titular de direitos. Na Constituição brasileira de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana tem um papel estrutural, considerado um direito fundamental e uma diretriz material

para identificação de direitos implícitos, previsto no art.1º, inciso III da Carta Magna de 1988, fruto da sua consolidação na Declaração Universal dos direitos do homem e do cidadão:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> III - a dignidade da pessoa humana;

Esta foi a pioneira a prever no constitucionalismo pátrio um título destinado aos princípios fundamentais. Os direitos implícitos são aqueles direitos que não estão previstos expressamente na constituição, mas pela sua essencialidade em relação à efetivação do princípio da dignidade humana também são considerados princípios fundamentais:

> Art. 5º (...)
>
> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

De acordo com o Dicionário Aurélio a palavra "dignidade" tem, como sinônimo a palavra "honraria". Significa que é um conjunto de atribuições que contribui para o bem-estar do indivíduo, sua liberdade e qualidade de vida.

Como direito fundamental a dignidade da pessoa humana é inalienável e indisponível. Não pode ser vendida e nem ser abdicada pelo seu titular, pois é de extrema importância para a proteção da integridade da saúde física, mental e da própria liberdade do indivíduo, construindo um grupo de direitos que compõem o nível máximo na hierarquia da normatividade jurídica. Este princípio evidencia um direito em sentido material estabelecendo um conjunto de direitos fundamentais que não estão no catálogo constitucional. Este é aplicado de acordo com as circunstâncias culturais, econômicas, políticas e sociais.

Ele impõe deveres de abstenção e prestação para o Estado. O Estado deve criar mecanismos que viabilizem com que as pessoas vivam com dignidade e remova os obstáculos para a concretização desse direito fundamental. Dentro do âmbito conceitual desse princípio fundamental é possível perceber, de acordo com os estudos sobre o mesmo, que ele possui duas dimensões que são importantes destacar: a positiva e a negativa. Este princípio basilar é responsável por impulsionar

o Estado e a sociedade a criarem mecanismos de defesa da dignidade do indivíduo, dos seus direitos intrínsecos, como o direito à integridade física e moral. Ele também impulsiona o Estado, através do seu poder intervencionista, o dever de estabelecer medidas para impedir que a dignidade do indivíduo seja infringida. Ingo Sarlet entende que a dignidade humana, expressa que este é um limite para a tarefa do Estado, da comunidade e dos particulares. Este princípio tem um aspecto intersubjetivo, todas as relações sociais e jurídicas estão baseadas nele, além das relações intrínsecas dos sujeitos:

> (...) O Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, podendo-se sustentar, na esteira luminosa proposta de Clémerson Cléve, a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Com efeito, de acordo com a lição de Pérez Luño, "A dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. (SARLET, 2012, p. 110).

De acordo com o entendimento de Sarlet sobre a concepção defendida por Pérez Luño, a dignidade da pessoa humana representa também o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo (SARLET, 2012, p.108).

Apesar dessa convicção consolidada a respeito da característica fundamental desse princípio, ainda existe uma discussão acerca do seu caráter absoluto ao refletir a possibilidade de sua relativização. A dignidade da pessoa humana numa concepção principiológica estabelece uma discussão em hipóteses de conflitos de princípios. O princípio como norma geral aplicada no caso concreto e em critério de prevalência, exclui a ideia de absoluto, pois a base conceitual do princípio é a relativização.

Entretanto, o princípio da dignidade humana não pode ser relativizado, pois ele tem uma característica de primazia e fundamentação de direitos imprescindíveis ao ser humano. Se ele for relativizado perderá sua conjuntura basilar e essencial.

A dignidade é compreendida como uma qualidade intrínseca do indivíduo. Ela faz parte de sua formação. A formação do Estado Democrático de Direito no Brasil, no que diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais, principalmente no que tange ao direito à igualdade entre os homens e mulheres, à defesa dos direitos da criança e do adolescente, à qualidade de vida para os pobres, se deu de forma mais

lenta, em relação aos países da Europa. A atual Constituição, considerada como uma Constituição social se propôs a ser um referencial normativo, como Carta Magna na exposição dos direitos sociais e fundamentais, o que impulsionou o surgimento de conjuntos de legislações extravagantes, reformas legais e estatutos, com a finalidade de ampliar a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana com o auxílio, sobretudo, do Poder Judiciário, e ainda pelo Poder Executivo que, como um poder administrativo se dedicou à criação de órgãos de defesa de determinados grupos, que anteriormente tinham seus direitos e dignidade fragilizados, como as delegacias da mulher, idoso e secretarias de políticas públicas.

Em relação à sua origem histórica, o princípio da dignidade da pessoa humana tem uma trajetória antiga e longa até receber o grau de importância dos dias atuais. O constitucionalista Ingo Sarlet, em sua obra que analisa este princípio, expõe que Immanuel Kant foi um dos primeiros pensadores a discutir a definição do princípio da dignidade da pessoa humana. Para ele, a dignidade é um valor que não tem preço. Não pode ser calculado. Um dos conceitos, de acordo com Sarlet, que tem uma grande praticidade nos dias atuais é o do Dieter Grimm, que afirma que a dignidade é um valor interno ao ser humano, garante autonomia ao indivíduo para decidir sobre seus projetos existenciais e felicidade. E também, o do filósofo e sociólogo alemão moderno Habermas, que estabeleceu um parecer comunicativo e relacional do princípio da dignidade da pessoa analisando o mesmo na conjuntura das relações sociais (SARLET, 2012, p. 100).

UMA BREVE ANÁLISE DO SISTEMA RETRIBUTIVO DE PENALIZAÇÃO E O SURGIMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O direito penal tem sua construção desde que o homem começou a ter noção sobre suas condutas, a se reconhecer como ser social. Tinha sua individualidade e convivia com outros indivíduos que, da mesma forma, também como ele, tinha seus particulares. Essas relações foram se desenvolvendo com o passar do tempo, conforme o homem foi construindo sua linguagem, seus instrumentos de trabalho, seus projetos de vida e elegendo seus valores primordiais. Com esse crescimento, surge o espírito competitivo entre os homens, os conflitos de convivência e a necessidade de lidar com as diferenças e de respeitar o outro como indivíduo, com suas específicas particularidades. A ideia da pena perpassou por um longo período de construção de objetivos. No período da pré-modernidade, a ideia da sanção tinha uma denotação de vingança, não possuía um teor racional e era aplicada pela vítima, não existindo a concepção de proporcionalidade entre conduta repudiada e resposta à ela. Na modernidade existe uma institucionalização da pena e o Estado,

como terceiro imparcial, passa a ser o responsável pela aplicação dessa sanção. Na pós-modernidade começa a se discutir a legitimidade da aplicação por esse terceiro imparcial, e a eficácia da aplicação da pena em si.

O Estado como forma de administração pública aparece com a finalidade de controlar o poder dos indivíduos, estabelecer diretrizes para as suas condutas, criar uma normatividade, um conjunto de regras de convívio social. O direito passou a visar, diante desse processo de organização social, estabelecer o mínimo ético social através de uma dinâmica de normatização. O direito penal será um ramo dentro desse conjunto genérico que é o direito, preocupado com a aplicação de sanções, e resguardar os bens jurídicos primordiais do indivíduo.

O desenvolvimento dessas normas que sancionam condutas proibidas pela lei, sejam estas condutas que infringem o sistema, conhecido como crime, passou por um longo processo. E isso é perceptível ao observar analiticamente essas normas, desde o Código de Hamurabi até as legislações, constituições e códigos do direito contemporâneo. Como pode ser visto nesse artigo, expresso no supracitado Código, que apoiava a ideia da dominação da mulher pelo homem:

> Art. 129 – Se a esposa de alguém for surpreendida em flagrante com outro homem, ambos devem ser amarrados e jogados dentro d'água, mas o marido pode perdoar a sua esposa, assim como o rei perdoa a seus escravos (HAMURABI, XVIII a.C).

A construção do direito penal como o ramo do direito se propõe a sancionar a ilicitude como a tutelar os bens jurídicos mais essenciais do indivíduo e da sociedade, segundo Claus Roxin. Sua teoria estabeleceu duas características do direito penal: da fragmentariedade e o da subsidiariedade. Esta última significa dizer que o direito penal é a *ultima ratio*, ou seja, última esfera de controle e proteção. Em outras palavras somente se justifica a intervenção do direito penal, quando os outros ramos do direito não são suficientes para proteger determinado bem jurídico-penal (QUEIROZ, 2008, p. 72).

No Brasil ainda se percebe uma grande influência das teorias retributivas. A pena é destacada como um elemento essencial de justiça. E isso é fruto de uma construção histórica doutrinária. A concepção de punição, sanção com o intuito de restaurar a harmonia social destruída pelo crime foi diretriz para a formulação das teorias e aplicação das penas. Este pensamento idealiza a pena como inibidora de novos delitos e padronização do comportamento humano.

É necessário, portanto, uma nova concepção da pena e do próprio direito penal. O garantismo penal foi uma teoria de extrema importância para a concepção em seu aspecto humano, aplicação social, observando não apenas o conceito e o objetivo da pena em sim mesma, mas analisando-a como um elemento que está incluído em relações subjetivas e refletindo as consequências da pena no sujeito que cometeu o delito.

Sobre essa ótica garantista se fala da justiça restaurativa, que se propõe a ser uma nova forma de pensar a ideia de justiça e de resolução de conflitos. O garantismo penal procurou fomentar os princípios que hoje estão consolidados e ingressaram no sistema normativista penal, como princípios que regem as legislações penais, no sentido geral e estrito interpretativo. Nenhuma norma penal pode ser instituída e aplicada de forma a ferir os direitos individuais e essenciais das partes. Os princípios que direcionam essa concepção garantista são os princípios da legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, irretroatividade da lei penal, adequação social, insignificância, ofensividade, culpabilidade, proporcionalidade e humanidade. Esses princípios ao serem analisados na sua essência demonstram que consolidam o objetivo do Estado Democrático de Direito, com ênfase na valorização da dignidade humana (BITTENCOURT, 2012, p. 40).

O princípio atualmente se entende que faz parte do âmbito normativista. Diretrizes que direcionam o comportamento do indivíduo na sociedade. São mandados de otimização e é da própria essência dos princípios serem analisados no caso concreto.

Em relação aos princípios que regem as práticas restaurativas, o da legalidade é o que dá início à discussão e é o direcionador da construção normativa. O sujeito somente pode ser punido por um delito que ele cometeu e este delito como sua pena deve estar prevista na lei. Outro princípio importante para a construção teórica é o da proporcionalidade. Nenhum indivíduo, apesar de ter infringido, cometido um delito, não pode ser punido arbitrariamente. A sua pena deve ser a necessária para trazer a conscientização da sua conduta e também sua ressocialização. Não cabendo uma pena arbitrária, desproporcional ao delito.

A respeito deste princípio, muitos têm questionado se ele é um princípio ou postulado. Entretanto, a grande parte dos doutrinadores entendem que é um princípio. A proporcionalidade da pena é baseada em três critérios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma pena adequada é aquela idônea para resolver os problemas gerados pelo crime. Necessária é aquela menos

gravosa e a proporcional em sentido estrito, é aquela que existe um custo benefício. Um sujeito que cometeu um crime de ameaça não pode ser punido com uma pena de lesão corporal ou vice-versa.

A pena tem que ser justa e ter, como objetivo, o respeito ao indivíduo como ser titular de direitos e garantias (BECCARIA, 2000, p. 12). Esse pensamento foi fruto das ideias iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade que influenciaram concretamente o princípio dos direitos humanos e as declarações do direito moderno.

Uma das citações de Beccaria (2000) que se apresenta de forma objetiva sobre a concepção do princípio da proporcionalidade é a seguinte: "Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime".

É importante não confundir o princípio da proporcionalidade com a razoabilidade, eles têm concepções muito parecidas, mas não são a mesma coisa. A razoabilidade se refere à previsibilidade, o que se esperar de uma determinada situação. Diferentemente, a intervenção mínima tem como fundamento que o direito penal e a aplicação sancionatória devem ser efetivados nos casos extremos, os quais, os outros ramos do direito e medidas de resolução de conflitos já tenham tido a oportunidade de ser utilizados. A pena como último recurso a ser utilizado. Nem toda conduta está sujeita a uma sanção penal, mas, apenas aquelas que agridem aos bens essenciais do indivíduo. Cesar Bitencourt assim dispõe:

> Assim, o Direito Penal assume uma feição subsidiária, e a sua intervenção se justifica quando — no dizer de Muñoz Conde — "fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito". A razão desse princípio — afirma Roxin — "radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com também um dano social. (BITTENCOURT, 2012, p. 97)

Por sua vez, Leonardo Sica reflete sobre o sistema retributivo dizendo:

> A justiça penal "coisifica" ofensores e vítimas, transformando-os em meros e repetidos réus e testemunhas, de um paradigma que pressupõe que cada caso pode e deve ser igual aos casos anteriores, daí as decisões pasteurizadas, Súmulas Vinculantes, etc. (SICA, 2007, p. 31).

A justiça restaurativa se propõe a ser um processo que quebra essa coisificação e impulsiona as partes a refletirem sobre o delito cometido. A justiça retributiva tradicional não cria um espaço de empoderamento da vítima e essa será uma forte característica nas medidas restaurativas. A justiça restaurativa se constitui como um processo, pois, é formado por um conjunto de fases de restauração como também de práticas. Diferentemente, do modelo tradicional, fruto de um sistema punitivo, retributivo e sancionatório, o olhar não estará focado no crime em si, mas na repercussão dele na vítima, principalmente no seu psicológico e emocional. A justiça restaurativa não impulsiona o fim do processo criminal, mas estimula uma nova discussão sobre as consequências do delito, analisando, de forma focalizada, as partes envolvidas no conflito. Será viabilizada uma solução consensual, para qual as partes serão ouvidas e respeitadas na sua expressividade. É um considerado um modelo alternativo de justiça.

No sistema retributivo, o Estado é vítima mediata do delito e essa vitimização acaba se sobrepondo à preocupação com a vítima direta do delito. Se entende que, quando um bem jurídico tutelado pelo Estado é atingido, o Estado é vitimizado, mas existe uma vítima maior nesse conflito e ela deve ser preservada e ter sua dignidade como parte respeitada na sua individualidade e complexidade.

Os Estados Unidos foi pioneiro nesse procedimento e atualmente, principalmente na Nova Zelândia, as práticas restaurativas são muito fortes. Essa repercussão influenciou a propagação na Europa, em especial na Espanha, país este que tem estudado e produzido muitas análises sobre a temática, refletindo a aplicação da justiça restaurativa em diversos crimes.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Justiça Restaurativa, como uma nova forma de justiça, se propõe a realizar um trabalho focado no restabelecimento da harmonia social e principalmente na vítima. A estrutura que forma esse modelo alternativo de resolução de conflitos, constituído de diversas práticas, é baseada na restauração da paz jurídica e das relações sociais. Com isso, se possibilita uma maior segurança para a vítima. Em contrapartida, o modelo tradicional retributivo visa a aplicação de uma pena, o modelo alternativo pensa no bem-estar da vítima e na percepção pelo próprio delinquente da sua responsabilização. Através dos mecanismos utilizados nas práticas restaurativas, é possível a criação de uma mútua compreensão dos

sentimentos. A justiça restaurativa é um legítimo processo de comunicação e a voluntariedade das partes é essencial para sua aplicação, aumentando com isso a autonomia de ambos.

A mediação é o principal instrumento da justiça restaurativa, pois seus critérios de aplicação proporcionam o empoderamento da vítima e a igualdade de tratamento, tanto para a vítima como para o delinquente. Durante o processo de resolução dos conflitos, o mediador visa a confidencialidade, a imparcialidade e a criatividade, criando um ambiente de harmonia e tranquilidade durante a mediação. É essencial que as partes estejam bem informadas sobre a mediação, mantendo um critério de respeito ao indivíduo.

No processo restaurativo, os envolvidos no conflito que são a vítima, o ofensor e a comunidade, vão ter o seu papel específico no processo, tendo seu espaço e oportunidade de reflexão, diferente do que ocorre no sistema retributivo, no qual o processo se centraliza na discussão do crime em si; o processo será dirigido por um juiz imparcial, que irá julgar e resolver o dilema gerado pelo crime. No modelo restaurativo, a condução da resolução será muito mais aproximada dos posicionamentos das partes, sendo mediada por facilitadores capacitados para este tipo de situação. No sistema retributivo, as partes se distanciam da situação que as envolvem, participam de um procedimento; o qual não permitem a análise da vítima sobre o caso. No procedimento restaurativo, as partes são observadas como seres psicológicos e sociais. Elas deixam de serem apenas espectadores e passam a serem realmente envolvidos do processo (CNJ, 2016, p. 76).

A mediação ocorre de forma multidisciplinar, portanto, não apenas profissionais do direito estão participando deste processo, mas psicólogos, assistentes sociais, profissionais de diversas áreas, com o intuito de não pôr fim ao conflito, de forma impositiva e vertical, mas de auxiliar as partes, em especial, a vítima, na resolução dos problemas gerados pelo delito, inclusive, o vínculo relacional, promovendo a comunicação entre a vítima, o ofensor e a comunidade.

Em uma briga de vizinhos por exemplo, as partes sujeitas ao processo de mediação, irão passar por fases de diálogo e análise do infrator, o que motivou a briga, tentando restabelecer a paz. Observa-se que a justiça restaurativa, diante determinados conflitos como esse, tem se mostrado mais eficaz do que o processo penal tradicional, o qual poderá ser precedido de um boletim de ocorrência, e com isso existirá uma grande chance de aumentar a desarmonia e tornar a convivência difícil.

A mediação não se confunde com a conciliação, são métodos distintos. A mediação tem uma perspectiva de restabelecer, restaurar, reequilibrar as relações. Consiste em um processo que pode ser longo, uma vez que não há preocupação com a brevidade, mas com a eficácia. O tempo varia de acordo com cada conflito e sua complexidade. A conciliação, por outro lado, objetiva o fim do conflito; e a justiça tradicional, a penalização. O conciliador diferentemente do mediador, irá ser um intermediador que interfere diretamente na aceleração e reconstrução da harmonia entre as partes. Ele irá direcionar o processo de resolução da problematização. Na conciliação, o conciliador será o instrumentador do processo disciplinar, baseado estritamente na regulamentação jurídica. O mediador será um terceiro imparcial e a neutralidade é uma característica imprescindível no exercício da sua atividade. A mediação é uma técnica de restabelecimento da paz e do bem-estar através da reflexão dos seus próprios conflitos.

Isto, consequentemente, poderá gerar na vítima um empoderamento, o domínio sobre o fato, pois será ela que decidirá livremente aquela situação, ninguém irá tomar essa decisão por elas. Isso é de profunda importância para a dignidade de ambas as partes, principalmente, para vítima, pois as partes são titulares do conflito e são elas que irão colocar um fim no conflito interpessoal.

O estudo sobre as técnicas utilizadas nas práticas restaurativas ressalta essa valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, analisando sua interface intrínseca, valorativa dos elementos imprescindíveis ao ser humano. A confidencialidade, autonomia das partes, imparcialidade e voluntariedade são as características principais do processo restaurativo. Todo mediador capacitado para exercer a prática de mediação deverá impulsionar a presença desses elementos em toda a mediação (CNJ, 2016, p. 99).

A confidencialidade se refere ao sigilo das informações que as partes irão expressar no momento da mediação, os relatos devem ficar restritos àquele específico momento, para preservar sua integridade e confiança no mediador, como em todo processo restaurativo. A voluntariedade destaca a não obrigatoriedade das partes em participar da mediação, expressando a espontaneidade, isto irá favorecer principalmente a vítima, que não vai se sentir obrigada a participar do procedimento. A imparcialidade ressalta o mediador como um terceiro capacitado em curso de mediação, treinado para ser neutro e imparcial, não realizando nenhum comentário persuasivo e pessoal para influenciar as partes. Outra característica é a autonomia das partes que irão ser incentivadas a dialogarem e se comunicarem sem nenhuma pressão de punição. O mediador precisa estar tecnicamente preparado para saber agir de forma neutra e isso requer um preparo, inclusive psicológico. O indivíduo

tem uma essência julgadora muito grande e isso na capacitação da mediação tem que ser trabalhado ,pois o papel do mediador não é julgar, muito menos, tomar para si o conflito das partes, mas facilitar a comunicação para que elas resolvam o conflito entre si e que a vítima se sinta empoderada e consiga superar suas dificuldades geradas pelo delito, como problemas de confiança, de socialização, sendo isso, muito frequente em caso de violência doméstica contra a mulher. A mulher agredida sofre diversos traumas, frustrações e isso se reflete em todas as suas esferas, seja familiar, profissional, psicológica, emocional.

Para uma mediação mais eficiente é necessário que o mediador seja bem capacitado, como explicado, pois o mesmo irá ser o responsável pelo incentivo do processo comunicativo e expressivo, além de ser flexível, se adaptando de acordo com o caminho percorrido pelos mediados (CNJ, 2016, p. 243).

UMA BREVE ANÁLISE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL

A violência doméstica passou a ficar em maior evidência no Brasil depois da Lei Maria da Penha, oriunda de um sistema penal retributivo. Apesar disso, esse tema por muito tempo foi tido como "tabu", fruto do pensamento da sociedade a respeito da dominação do homem sobre a mulher e da sua dependência em relação ao mesmo. Isso perpassa uma herança histórica de divisão de tarefas no lar, na qual a mulher tinha que cuidar dos filhos, do marido e das atividades domésticas. E ao homem, competia trabalhar e prover a família. Essa divisão de obrigações padronizadas trouxe ideologias de preconceito para a mulher, que se dispôs a quebrar esse padrão e se inseriu no mercado de trabalho. Esse rompimento foi imprescindível para a independência da mulher e a conquista do seu espaço como detentora de opinião, valores e objetivos. A atividade da mulher não se restringia mais ao ambiente doméstico, mas conciliável ao seu ambiente de prática e qualificação profissional. No entanto, em relação à violência doméstica essa mudança não impactou no seu desaparecimento. Muitas mulheres atualmente ainda continuam sendo agredidas.

Primeiramente, é necessário compreender que a violência doméstica tem sido muito discutida atualmente, tanto no Brasil, como no exterior. Ela envolve questões de relação de poder e tem como objetivo a efetivação da dominação. A relação entre o homem e a mulher se dá no campo social, mais precisamente no campo familiar, pelo menos no que se refere à violência doméstica. A ideia de papéis exclusivos para a mulher e para o homem reforçou a propagação da violência de gênero, inclusive, no ambiente doméstico.

Na ordem internacional, os direitos fundamentais da mulher começaram a ser defendidos através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, através da qual, o princípio da dignidade da pessoa humana foi a base das medidas de defesa dos direitos da mulher. A Lei Maria da Penha (nº 11.340/06) repercutiu como o auge do sistema retributivo na defesa da mulher e no combate à violência doméstica e familiar no Brasil. De acordo com a lei, a violência doméstica é considerada como aquela que ocorre no ambiente doméstico, ou em relação de familiaridade, afetividade ou coabitação. A familiar é aquela que ocorre dentro da família, nas relações entre os membros da comunidade familiar, vinculados pelo parentesco natural, afinidade ou afetividade e a de gênero é toda violência que uma mulher sofre pelo fato de ser mulher. A violência pode ser tanto física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Esses crimes no Brasil, após a Lei Maria da Penha, passaram ser julgados nos juizados especializados de violência doméstica contra a mulher, além de criar diversas medidas protetivas para a mesma. Ela é considerada como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento da violência contra as mulheres e, com esta, a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos. Além disso, impulsionou a criação de delegacias de atendimento à mulher, delegacias especializadas para recepcionar as mulheres que sofreram violência. O juiz poderá, segundo esta ordem normativa, decretar a prisão preventiva do agressor em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal e isso foi um grande passo que a justiça retributiva deu para a proteção dos direitos da mulher. Entretanto, mesmo com a Lei Maria da Penha, a violência doméstica continuou existindo e acontecendo com mulheres de diversas classes sociais e níveis de instrução. A violência doméstica é acompanhada de muitas atitudes que evidenciam o ato, como a humilhação, proibição da mulher para trabalhar e estudar e destruição de objetos pessoais e de valor sentimental da mulher.

O processo de violência é construído por três fases: a primeira que é a fase da ameaça, violência psicológica e moral, e, com o tempo, vem a segunda fase que é o momento das agressões físicas, e a última fase que alguns psicólogos e especialistas denominam de fase da "lua de mel", na qual o agressor tenta fazer com que a mulher violentada, perdoe-o, esqueça a agressão e acredite que a violência não vai mais acontecer. Mas as agressões continuam e, muitas vezes, durante muitos anos. A maioria das mulheres tem medo de denunciar o crime ou de procurar algum órgão de política pública de defesa da mulher por diversos motivos, pela dependência financeira que ela tem do agressor, pelos filhos, medo de futuras agressões quando o agressor sair da prisão ou até mesmo por amor ao agressor.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Esse sistema retributivo tem se mostrado insuficiente para a reparação dos danos causados pelo delito. E, com isso, tem sido defendida a mediação nesses casos de violência doméstica. A maioria das mulheres agredidas pelos seus cônjuges não deseja a prisão deles, mas apenas um pedido de "perdão". A justiça retributiva, em muitos casos, tem sido um reforço para a relação de dominação que tem como vítima, a mulher. A mediação não exclui o processo tradicional, ela pode ser realizada desde a fase pré-processual até a execução. A mediação propõe ser um instrumento de recuperação dos vínculos sociais.

A grande questão da aplicação das práticas restaurativas em casos de violência doméstica e familiar é a ponderação do tipo de delito que foi cometido mediante a violência doméstica e, principalmente, a voluntariedade e disponibilidade da mulher vítima de participar do processo restaurativo. Dependendo do tipo de agressão e do trauma, a mulher não se sentirá apta a participar da mediação. As práticas restaurativas como um processo que visa respeitar as particularidades e liberdade do indivíduo focam em respeitar isso.

Segundo as autoras espanholas Cristina Alonso Salgado e Cristina Torrado Tarrío, a mediação nos casos de violência doméstica e familiar abre espaço para que a vítima e o delinquente participem de forma ativa, reparando os danos psicológicos da vítima causados pelo crime, evitando uma vitimização secundária além de oferecer um cenário de conscientização e responsabilização para o agressor, muitas vezes, cônjuge da vítima (BENAVENTE, 2011, p. 80). A mediação, além disso, reinsere socialmente este indivíduo, diferentemente do aparato judicial, que cria uma estigmatização, pois, durante o processo de solução, a comunidade tem participação estabelecida.

Em relação à possibilidade da aplicação da mediação nos casos de violência doméstica e familiar, algumas controvérsias são presentes, principalmente no ordenamento jurídico espanhol. O legislador espanhol optou por proibir a mediação penal nesses casos, mediante o art. 44.5 da Lei Orgânica nº 1/2004. Os argumentos utilizados são a ausência de igualdade entre as partes e a consideração de que diante de situações de violência, a mediação seria inadequada. Em contraposição a esse posicionamento, as autoras Cristina Alonso Salgado e Cristina Torrado Tarrío falam que em relação ao primeiro argumento, a desigualdade somente seria merecedora de proibição, nos casos em que a

desigualdade invalide qualquer tipo de diálogo. Em relação ao segundo, elas relatam que a normativa internacional espanhola não limita a tipologia de delitos de aplicação da mediação (BENAVENTE, 2011, p. 65).

Diante dessa análise acerca da violência doméstica, é essencial comentar sobre a mediação familiar, esta surgida nos Estados Unidos da América. As suposições de separação e divórcio são exemplos de assuntos tratados na mediação familiar. Mesmo existindo controvérsias sobre a aplicação da mediação, nos casos que envolvem esse tipo de violência, os defensores da sua aplicação ainda argumentam que a violência é um dos motivos de pedidos de divórcio e dos conflitos entre os pais e os filhos, pois estes presenciam a violência.

No que se refere à preparação dos mediadores para resolver esses tipos de conflitos, de acordo com as autoras Cristina Alonso Salgado e Ana Rodrigues Alvares, eles devem ter uma preparação técnica especial, serem especializados em conflitos de família e ter ampla experiência no tema da violência familiar. Devem preparar formulários básicos e separados para ambos, respeitando a confidencialidade. A vítima de violência doméstica, antes da mediação, sofre de um alto de grau de insegurança e capacidade, além do bloqueio emocional e cabe ao mediador capacitado, trabalhar a autonomia e expressão dos sentimentos dela (BENAVENTE, 2011, p. 120).

CONCLUSÃO

A justiça restaurativa tem se mostrado um procedimento alternativo de muita eficácia na resolução dos conflitos que envolvem a violência doméstica contra a mulher, além de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana por meio das técnicas utilizadas no procedimento mediático, como a imparcialidade, autonomia das partes, comunicação e a reflexão das consequências do delito. Essas práticas não surgiram com o intuito de abolir a pena, mas trabalhar juntamente com elas e em determinados casos, fazer com que a pena seja desnecessária, ou menos, atenuada. Nos casos de violência doméstica contra a mulher ainda existem grandes controvérsias para sua aplicação, como a questão da disparidade de emoções e posições, após a agressão entre o homem e a mulher, no entanto, isso não tem impedido sua aplicação.

O importante é ponderar e usar a razoabilidade para saber em quais casos a mediação poderá ser aplicada, visando a preservação da integridade da mulher. Apenas a aplicação da Lei Maria da Penha não é suficiente para gerar uma reflexão

sobre o delito e restaurar a segurança e autoestima da mulher. Ela necessita ser ouvida e se apoderar a respeito das soluções que podem ser apresentadas para a resolução do conflito interpessoal.

O ordenamento jurídico brasileiro tem refletido novas perspectivas dos modelos de justiça, através da percepção dos pontos positivos e eficiência das práticas restaurativas. Como ratificação disso, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Justiça Restaurativa como diretriz da sua gestão, através da Portaria nº. 16 de 26 de fevereiro de 2015, decidiu no art.1º, inciso VII, o incentivo à contribuição com o desenvolvimento da Justiça Restaurativa.

Além dessa Portaria, o Conselho Nacional de Justiça, através da Portaria nº 74 de 12 de agosto de 2015, também estabelecida pelo ministro Ricardo Lewandowski, resolveu instituir Grupo de Trabalho para desenvolver estudos e propor medidas visando contribuir com o desenvolvimento da Justiça Restaurativa.

E, em 2016, a Resolução nº 225/2016 do CNJ fomentou mais esse trabalho, estabelecendo as diretrizes para a implementação e difusão da prática restaurativa no Poder Judiciário.

Apesar das controvérsias sobre a temática da aplicação das práticas restaurativas neste tipo de conflito, é necessário um acompanhamento contínuo sobre esses casos e as demais áreas de debates a respeito da aplicação das práticas restaurativas.

O Brasil tem buscado investir e trabalhar nelas, com intuito de trazer uma maior dignidade para as partes envolvidas nos conflitos e revitalizar a segurança da sociedade, através do processo de socialização. A resistência e a ignorância das pessoas sobre esse tipo de procedimento ainda é o que tem dificultado sua maior propagação. Mas, o incentivo nos estudos e conscientização do Poder Judiciário sobre sua importância social e humana já é um grande passo para a sua efetivação no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**.2 ed. São Paulo: Malheiros,2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, 7ª Ed. São Paulo, Martin Claret, 2000.

BENAVENTE, M.ª Ángeles Catalina (coord.). **Violencia de género, Justicia Restaurativa y Mediación**, 1ª Ed. Las Rozas (Madrid), La Ley, 2011.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17º Ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código de Hamurabi**, conjunto de leis escritas do século XVIII a.C oriunda da mesopotâmia. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 13 abr. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BULOS,Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPOS, Carmen hein de. **Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídica-feminista**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2011.

CID, José; LARRAURI, Elena. **La Delincuencia Violenta:** Prevenir, Castigar o Rehabilitar, Valencia, Tirant Lo Banch, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Mediação Penal**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Acesso em: 24 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portarias**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/portaria/portaria_74_12082015_18082015170434.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portarias**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/portaria/portaria_74_12082015_18082015170434.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portarias**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2855>. Acesso em: 20 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

DINIZ, Fernando Martín (coord.). **La Mediación em Materia de Família y Derecho Penal**: Estudios y análisis,1ª Ed. Santiago de Compostela, Andavira, 2011.

NERY, Déa Cniversidarla Pereira. **A justiça restaurativa como alternativa de controle social sobre a ótica do direito penal do cidadão**. São Paulo, 2011, tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Uade Católica de São Paulo.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3 ed.São Paulo: Saraiva, 2010.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à pratica. 1ª Edição, São Paulo, IBCCRIM, 2009.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal**. 3ª Ed. São Paulo. Revista dos tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 9ª Ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da Pessoa humana**: Construindo uma compreensão jurídico – constitucional necessária e possível. São Paulo, Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2007.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. 1ª Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

SISTEMA CARCERÁRIO E LEI DE EXECUÇÃO PENAL: A CADEIA PÚBLICA HILDEBRANDO DE SOUZA COMO DESDOBRAMENTO DA (IN)EFICIÊNCIA ESTATAL

PRISON SYSTEM AND PENAL EXECUTION LAW: THE HILDEBRANDO DE SOUZA'S PUBLIC JAIL AS A DEPLOYMENT OF STATE (IN)EFFICIENCY

Evaristo Tomasoni Neto[1]

Rafael Adriano Monteiro[2]

Resumo: Um dos principais paradigmas da sociedade moderna se refere ao sistema prisional, tanto como forma de controle social, quanto mecanismo estruturado de legitimação do poder estatal, em contraponto à realidade prática vivenciada nos estabelecimentos carcerários e o papel das instituições e detentores do poder na efetividade das garantias positivadas nos documentos normativos. O presente artigo traz uma análise crítica relacionando os dispositivos legais em matéria penal, a problemática da ineficiência e descaso do Estado, a situação atual da Cadeia Pública Hildebrando de Souza, e os reflexos que tais atuações podem ocasionar. Para isso, busca-se apresentar os diplomas legais e seu ideal principiológico que vincula a atuação estatal, demonstrar a incapacidade do Estado em resolver o problema das prisões brasileiras, trazendo como exemplo a Cadeia Pública Hildebrando de Souza, e por fim, estabelecer a reincidência como resultado dessa ineficiência estatal. Tem-se como conclusão o fato de que os estabelecimentos prisionais, devido às suas péssimas condições e descaso por parte do Estado, não são aptos a ensejar uma mudança positiva no indivíduo, revelando-se, portanto, apenas como espaço de segregação e exclusão social.

1 Estagiário - Defensoria Pública do Estado do Paraná.

2 Estagiário - Defensoria Pública do Estado do Paraná.

Palavras-chave: Política criminal. Poder estatal. Punitivismo. Ruptura paradigmática. Sistema prisional.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar a eficiência do Sistema Prisional Brasileiro, bem como o caráter ressocializador da sanção penal. Diante disso, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, do estudo de caso e de revisões bibliográficas indiretas, pretende-se comprovar que apesar do Direito evoluir constantemente, alguns de seus ramos demonstram que uma maior morosidade frente ao progressismo, alterando-se muito pouco em um considerável lapso temporal, em outras palavras, algumas searas, a exemplo do próprio sistema carcerário brasileiro, se mostram medievais e incompatíveis com a contemporaneidade.

Tal problemática impacta diretamente no corpo social do Estado que em um primeiro momento descumpre normativas positivadas que objetivam o tratamento digno aos apenados integrantes do sistema penitenciário, a exemplo da Lei de Execuções Penais e da própria Constituição Federal de 1998; e, em um segundo momento, cria um ambiente de criminalidade sem cura, ora, pois, sem a devida ressocialização, o apenado tem grandes chances de voltar a delinquir.

Tendo isso em vista, no primeiro tópico deste trabalho será feita uma análise histórico-cronológica da evolução punitiva no Brasil, a fim de explicitar que a pena privativa de liberdade continua sendo a principal solução do Direito Penal pátrio e que, apesar das suas inovações, a mesma continua ineficaz.

A Lei de Execuções Penais como normativa símbolo de evolução no tocante ao cumprimento da pena, bem como sua aplicabilidade prática, serão a principal temática do segundo capítulo desta obra.

Por sua vez, o terceiro capítulo trará a análise casuística da Cadeia Pública Hildebrando de Souza, localizada na cidade de Ponta Grossa – Paraná, com o intuito de realizar uma abordagem fática entre as principais normativas reguladoras do Sistema Prisional e seu cotidiano prático.

Por fim, o quarto capítulo deste artigo realizará uma correlação entre a realidade percebida no interior dos estabelecimentos prisionais, tendo como exemplo a Cadeia Pública supracitada, a reincidência e o ciclo vicioso alimentado pelo descaso estatal.

BREVE HISTÓRICO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

Muito antes da chegada das caravelas portuguesas em território tupiniquim, aqui já se havia registro da aplicação de sanções corporais como forma de punição entre os povos nativos, conforme explica Gonzaga[3]:

> As penas corporais foram comumente empregadas, embora não se tenha notícias de métodos torturantes. A pena de morte era executada com o uso do tacape, recorrendo-se também a venenos, sepultamento de pessoas vivas, especialmente crianças, e enforcamento. Menciona ainda como forma de execução capital o enforcamento. A pena de açoites é também referida, mas a privação da liberdade existia como forma de prisão semelhante à atual "prisão processual", destinando-se à detenção de inimigos, em seguida à captura, ou como recolhimento que antecipava a execução da morte.

Após a colonização portuguesa, o direito punitivo brasileiro, vigente a época em muito se assemelhou ao luso direito das Ordenações Filipinas de 1603, as quais dentre as três Ordenações portuguesas, foram as que tiveram maior aplicabilidade no Brasil, muito em detrimento dos governos gerais que aqui se instituíram no mesmo período. As penas neste espaço revelaram um obscuro lado do direito penal. A exemplo disso, temos como máxima o sentenciamento de Tiradentes[4].

Com a proclamação da República em 1889 adveio o Código Penal de 1890, que trouxe consigo um maior leque de penas, dentre as quais se destacam:

> a) prisão celular, aplicável a quase todos os crimes e algumas contravenções, tendo como característica o isolamento celular com obrigação de trabalho, a ser cumprida "em estabelecimento especial"; b) reclusão, executada em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares; c) prisão com trabalho obrigatório, cominada para os vadios e capoeiras a serem recolhidos às penitenciárias agrícolas destinadas para tal fim ou aos presídios militares; d) prisão disciplinar destinada aos menores até a idade de 21 anos, a ser executada em estabelecimentos industriais especiais[5].

3 GONZAGA, João Bernardino. O Direito penal indígena: à época dos descobrimentos do Brasil. São Paulo: Max Limonad, 1971, p. 171.

4 Joaquim Jose da Silva Xavier, o Tiradentes, foi um dos líderes da Inconfidência Mineira e o único, dentre os inconfidentes, a receber pena de morte por ter sido condenado a traição à coroa portuguesa.

5 DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 55.

Tal instituto imperou até o ano de 1940, quando foi redigido o novo Código Penal brasileiro, que veio simplificar seu antecessor, à medida que classificou as penas enquanto principais e acessórias. As principais divididas em reclusão, detenção e multa e as acessórias em perda da função pública, interdição de direitos e publicação das sentenças. É importante ressaltar que, neste período, já existiam em alguns Estados, estruturas prisionais capazes de suportar tal mudança legislativa e, além disso, de estabelecer o sistema progressivo em quatro períodos: isolamento, trabalho, remoção para a Colônia Agrícola e livramento condicional; enquanto em outros, porém, não. Questão que, em verdade, se reflete até os dias atuais[6].

Paulatinamente, o Código Penal de 1940 foi se desatualizando e diante do não preparo do sistema prisional da época, inúmeras foram as tentativas de melhorar a legislação tipificada; a exemplo disso tem-se em 1957 a edição da Lei nº 3.274, de 02 de outubro. Tal normativa revolucionou o sistema ao prescrever a individualização da pena, a separação dos presos, a concessão de trabalho, de salário, de educação e de assistência social ao egresso e à sua família.

Em 1984, foi promulgada a Lei nº 7.209, de 11 de julho, que remodelou a Parte Geral do Código Penal brasileiro. Tal lei manteve a pena privativa de liberdade, nas suas modalidades de detenção e reclusão, bem como modificou alguns aspectos, tais quais: hipótese de novas penas patrimoniais, extinção de penas acessórias, repúdio à pena de morte, dentre outras modificações que vieram trazer um ar progressista ao Direito Penal brasileiro.

No mesmo dia, foi promulgada a Lei nº 7.210 (Lei de Execução Penal), que buscava trazer avanços no que diz respeito ao tratamento dado aos apenados, coadunando-se às mudanças feitas no Código Penal.

Ou seja, as disposições legais evoluíram através dos tempos, adequando-se sempre às realidades sociais e políticas de cada época. Ainda, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, diversas outras prerrogativas e garantias vieram a se consolidar, introduzindo ainda mais um caráter garantidor de direitos no ordenamento, que se remodelou e evolui até os dias de hoje.

Tais documentos normativos balizam a atividade jurisdicional, limitando o poder punitivo estatal frente ao indivíduo, e orientando as práticas institucionais e pautando a execução de políticas públicas e política criminal.

6 FALCONI, Romeu. *Sistema presidial:* reinserção social. São Paulo: Ícone, 1998. p 55.

Hodiernamente, a Lei de Execução Penal e a Constituição Federal de 1988 são os principais marcos normativos para se objetivar uma aplicação coerente com o ordenamento e com a realidade social de uma pena privativa de liberdade, e pautam diretamente a atividade dos juízes em se tratando desse cumprimento de sanção estabelecida.

A LEI DE EXECUÇÃO PENAL COMO EVOLUÇÃO NORMATIVA E A REINTEGRAÇÃO SOCIAL

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou Lei de Execução Penal, trouxe uma carga axiológica e instrumental bastante elevada em se tratando de matéria penal, alterando consideravelmente a maneira com que o Estado trata o sistema carcerário brasileiro, bem como assegurando direitos que posteriormente viriam a se reafirmar com a promulgação da Constituição Federal, em 1988.

Amparados por um arcabouço principiológico bastante expressivo, alguns dispositivos dessa lei, além de regularem diretamente os interesses ou direitos do indivíduo, traçam diretrizes que balizam (e obrigam) o exercício da atividade estatal, tal como as normas programáticas presentes na nossa Carta Magna.

Logo no início, em seu artigo 1º, a lei explicita o objetivo da execução penal dentro dos liames do ordenamento jurídico brasileiro, dispondo de maneira pontual: art. 1º "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

Percebe-se então, que a referida norma possui dois objetivos principais: o primeiro, versando sobre a efetivação jurídico-normativa das sentenças proferidas, bem como das decisões criminais; e o segundo, de uma maior complexidade, pois tange sobre as condições proporcionadas pelos órgãos públicos, através deste instrumento legal, que resultem numa integração social harmônica do condenado e do internado.

No que diz respeito à efetivação das sentenças e decisões criminais, o jurista Paulo Lúcio Nogueira afirma:

> A execução é a mais importante fase do direito punitivo, pois de nada adianta a condenação sem a qual haja a respectiva execução da pena

> imposta. Daí o objetivo da execução penal, que é justamente tornar exequível ou efetiva a sentença criminal que impôs ao condenado determinada sanção pelo crime praticado.[7]

Embora abstrata, se faz necessária uma fundamentação que conceitue a referida integração social harmônica, pensando para além da situação do indivíduo como apenado, mas também em como se faz essa relação entre sujeito e sociedade no contexto contemporâneo. Neste sentido, pontua Romeu Falconi:

> [...] reinserção social é um instituto do Direito Penal, que se insere no espaço próprio da Política Criminal (pós-cárcere), voltada para a reintrodução do ex-convicto no contexto social, visando a criar um *modus vivendi* entre este e a sociedade. Não é preciso que o reinserido se curva, apenas que aceite limitações mínimas, o mesmo se cobrando da sociedade em que ele reingressa. Daí em diante, espera-se a diminuição da reincidência e do preconceito, tanto de uma parte como de outra. Reitere-se: coexistência pacífica.[8]

Na mesma linha, aliando a ideia da defesa social como um dos objetivos compactuados na Lei de Execução Penal, sustenta Mirabete:

> Além de tentar proporcionar condições para a harmônica integração social do preso ou do internado, procura-se no diplome legal não só cuidar do sujeito passivo da execução, como também da defesa social, dando guarita, ainda, à declaração universal dos direitos do preso comum que é constituída das Regras Mínimas para Tratamento dos Presos, da Organização das Nações Unidas, editadas em 1958.[9]

Decorre desta análise, perante uma fundamentação que verse sobre a defesa social, a importância para além do sujeito passivo da execução, incorrendo nisto uma visão mais ampla do que a mera individualização genérica do sujeito que vai cumprir a pena.

Portanto, pode se observar que o objeto da pena, segundo a fundamentação já exposta, não é unitário, nem individualizado, pois decorre de um sistema que compreende tanto a afirmação das sentenças e decisões, como a integração social do sujeito e também a defesa social, demonstrando esse caráter complexo e imprescindível para a sociedade.

7 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à lei de execução penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.33.

8 FALCONI, Romeu. Sistema presidial: reinserção social. São Paulo: Ícone, 1998. p 122.

9 MIRABETE, Julio Fabrinni. Execução penal: comentário a Lei n. 7.210. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 28.

Delimitado este aspecto quanto ao objetivo da Lei de Execução Penal, passa-se a tratar de maneira breve sobre os princípios que balizam esse instrumento normativo, mas antes se faz necessário uma rápida introdução quanto à conceituação principiológica dentro do nosso ordenamento e sua aplicação na esfera da execução da pena.

Uma definição bastante conhecida de princípio, feita por Miguel Reale, versa de maneira densa e didática sobre a força normativa que estes possuem, sendo utilizada no presente trabalho para demonstrar a importância dessa ferramenta de interpretação do direito. Para Reale:

> Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.[10]

Neste sentido, princípio, para Mauricio Godinho Delgado, é aquilo que:

> [...] traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade".[11]

A importância dos princípios para nortear a interpretação e aplicação do direito e consequentemente da execução penal, é firmada de maneira patente pela nossa Constituição Federal, promulgada em 1988, que trouxe consigo um imenso rol de garantias e assentou o Estado Democrático de Direito no nosso sistema pátrio.

Dentre os diversos princípios orientadores da execução penal, mostra-se importante ressaltar o princípio da legalidade, presente tanto na Carta Magna e tratados internacionais, como no Código Penal, além de estar explicitado em dispositivos da Lei de Execução Penal, sendo estes os artigos 2 e 3.

10 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

11 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho – 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p.180.

Este princípio, enunciado nos textos normativos e na doutrina pela renomada fórmula derivada da elaboração de Feuerbach[12], datada do início do século XIX, tem hoje o condão de sustentar as bases do ordenamento penal, tanto na sua aplicação pelo Poder Judiciário, como na sua evolução estrutural que causa reflexos nas políticas criminais adotadas em determinados momentos históricos.

Vê-se tal fundamento disposto na própria Constituição Federal, demonstrando a importância que o legislador pátrio deu para este princípio, revestindo-o de um caráter basilar para o ordenamento jurídico, como pode se analisar no seguinte dispositivo da nossa Carta Magna:

> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> XXXIX – Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Também no Código Penal se faz presente tal princípio, de maneira muito semelhante com o texto constitucional, em seus artigos 1º e 2º, que prescrevem:

> Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.
>
> Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.
>
> Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Na Lei de Execução Penal, o princípio da legalidade se encontra presente de maneira mais evidente no seu artigo 3º, que prescreve: "Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei." Ou seja, as limitações da pena instituídas por este princípio se dão tanto pela

12 Cabe aqui ressaltar o conhecido brocardo elaborado pelo jurista: nullum crimen, nulla poena sine legge. Em tradução livre: não há crime, não há pena, sem lei.

lei como pela sentença, evidenciando o caráter de conformidade necessária entre o ordenamento jurídico e os atos processuais, bem como vinculando a sentença proferida pelo magistrado.

Na execução penal, amplia-se tal ideia através de outro princípio, qual seja, *nulla poena sine judicio*[13], que reforça a concepção já elencada de limitação ao poder punitivo estatal, exigindo clareza e taxatividade tanto na lei como também na sentença, revestida de um caráter de título executivo.

Ainda concernente aos princípios basilares da referida Lei de Execução Penal, está o princípio da dignidade da pessoa humana, que talvez seja o mais importante preceito constitucional, do qual decorre toda o ideal principiológico do ordenamento jurídico moderno.

Inspira-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, sendo garantida na Constituição Federal de 1988 logo no artigo 1º, como se vê:

> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> [...]
>
> III - a dignidade da pessoa humana;

Nesta senda, decorrendo dos princípios elencados, faz-se imperiosa a análise dos efeitos diretos da efetivação destes institutos jurídicos, com a finalidade de se avaliar se houve ao término da pena, o cumprimento de sua finalidade, qual seja, a ressocialização do apenado.

Para que ocorra a reintegração do apenado ao seio social de maneira adequada, o Estado, ao tempo do cumprimento da pena, deve manter um ambiente minimamente apto a ensejar uma mudança comportamental no indivíduo nos estabelecimentos prisionais. Tais condições, como condições sanitárias, estruturais, psicológicas e médicas, refletem significativamente na maneira em que o sujeito

13 Em tradução livre: não há pena sem processo judicial. Em outras palavras, a sanção penal só se concretiza no mundo dos fatos por meio da norma processual, onde o axioma exposto serve tanto como autolimitação da função punitiva do Estado, como garantidora de um devido processo legal ao indivíduo.

percebe e se comporta durante a segregação na prisão, bem como balizam seu comportamento pós cumprimento, que deveria ser de maneira harmônica após uma ressocialização.

Contudo, o que se vê nos estabelecimentos prisionais brasileiros é completamente o contrário. Os apenados são submetidos a condições deploráveis, em espaços de confinamento superlotados e sujos, às vezes sem assistência médica necessária, em um ambiente degradante, escuro e apertado, que não respeita qualquer diretriz legal ou recomendações internacionais.

Tais circunstâncias só nos permite afirmar que a privação de liberdade no Brasil dentro destes estabelecimentos é flagrantemente ilegal[14].

A CADEIA PÚBLICA HILDEBRANDO DE SOUZA

Localizada na cidade de Ponta Grossa, no interior do Paraná, a cadeia pública Hildebrando de Souza foi inaugurada em meados de abril de 1986, tendo como destinação o recolhimento de presos provisórios[15], abarcando tanto indivíduos do sexo masculino, quanto feminino[16].

Em tese, a destinação é dada conforme previsão legal, disposta no artigo 300, do Código de Processo Penal, que prescreve: art. 300 - "As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal", bem como o artigo 84, da Lei de Execução Penal que dispõe: art. 84 - "O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado".

Porém, não é o que ocorre na prática, pois grande parte dos detentos alocados neste estabelecimento já cumpre pena definitiva, subvertendo completamente o que dispõe as codificações normativas, sendo tais dispositivos mera ficção legislativa estatal que não se coadunam com a realidade.

A Lei de Execução Penal também dispõe em seu artigo 85: "O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade", e ainda traz no artigo 88: "O condenado será alojado em cela individual que conterá

14 VALOIS, Luís Carlos. Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional. Belo Horizonte: Editoria D'Plácido, 2019, p.45.

15 Entende-se como preso provisório o indivíduo que teve sua prisão decretada antes do seu efetivo julgamento, atendendo sempre ao princípio da legalidade, como nos casos de prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

16 Informação obtida no site do Departamento Penitenciário do Paraná (DEPEN-PR), disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=131>. Acesso em: 24 jul. 2019.

dormitório, aparelho sanitário e lavatório". Contudo, ao analisarmos tais disposições percebemos que tais diretrizes estão muito longe de serem aplicadas na realidade prática inserida nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

A cadeia pública Hildebrando de Souza, conforme dados oficiais do DEPEN, possui a capacidade para abrigar 207 detentos[17]. Entretanto, são raros os momentos em que se vê lotação inferior a 900 pessoas no local, o que demonstra um excedente de mais de quatro vezes da capacidade permitida.

Com isso, pode-se afirmar que o estabelecimento em questão, pouco se diferencia da maioria esmagadora de cadeias e penitenciárias que tal qual se encontram superlotadas e com péssimas condições sanitárias; não atingindo de maneira concreta seu objetivo fim: a ressocialização do apenado.

No ano de 2017, foi ajuizada ação civil pública pelo Ministério Público do Paraná pugnando pela transferência dos presos com condenação definitiva na Cadeia Pública Hildebrando de Souza. Em primeiro momento, o governo conseguiu a suspensão da liminar concedida ao Ministério Público, contudo, tal determinação foi revertida, estabelecendo-se prazo de 180 dias para que a cadeia se adequasse.

Escoado o prazo estipulado, a decisão ainda não se cumpriu até os dias de hoje, demonstrando ainda mais o descaso do Estado, que se exime até de cumprir decisões judiciais, com fundamento, na impossibilidade das transferências neste momento. Ainda em 8 de julho desse ano, ocorreu um incêndio em uma das galerias da cadeia, causado por um curto-circuito, demonstrando falhas estruturais elétricas, que ensejaram uma realocação de detentos dentro do estabelecimento[18].

Tal fato ensejou a participação da Defensoria Pública do Estado do Paraná, por meio do Núcleo de Política Criminal e Execução Penal (NUPEP) que, ingressando na ação civil pública proposta pelo Ministério Público como *custos vulnerabilis*[19], pugnou pelo cumprimento da liminar não atendida pelo Estado, para que se efetivem as transferências e permaneçam na cadeia pública apenas os presos com prisão temporária ou provisória, como dispõe a lei[20].

17 Informação obtida no site do Departamento Penitenciário do Paraná (DEPEN-PR), disponível em: http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=131. Acesso em: 24 de jul. 2019.

18 Informação obtida no site do jornal Diário dos Campos, disponível em: https://www.diariodoscampos.com.br/noticia/bombeiros-combatem-incendio-na-cadeia-de-pg. Acesso em: 25 jul. 2019.

19 Função atribuída à Defensoria Pública em qualquer processo que se discuta interesses dos vulneráveis, possibilitando a intervenção da instituição.

20 DPE-PR pede transferência de presos com condenação definitiva. Disponível em: http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2019/07/1473/DPE-PR-pede-transferencia-de-presos-com-condenacao-definitiva.html> Acesso em: 25 jul. 2019.

Vê-se, portanto, que a Cadeia Pública Hildebrando de Souza, trazida aqui como um dos diversos exemplos de atuação estatal, não atende as diretrizes determinadas pela lei, mostrando-se flagrantemente ilegal, motivo pelo qual podemos concluir que tal estabelecimento não está apto a produzir um reflexo positivo nos apenados, mesmo com projetos determinados a alterar essa realidade.

A pretendida ressocialização e a efetivação dos princípios elencados nos dispositivos normativos, jamais serão alcançadas em ambientes como este, que se revela meramente como um espaço (superlotado) de exclusão e segregação social, contrariando, de maneira gritante, toda a construção jurídica advinda das lutas por direitos através dos tempos.

A REINCIDÊNCIA COMO REFLEXO DO DESCASO ESTATAL

A atuação estatal em matéria criminal não deve se basear somente nas práticas legislativas e judiciárias, prescrevendo e determinando sanções. Pelo contrário, devem ser pontuais no sentido de se estabelecer políticas públicas voltadas a assegurar garantias fundamentais, bem como dar aos apenados um espaço digno para cumprimento das suas penas. Tais condições estão intimamente ligadas ao aspecto da ressocialização e da vida pós-cárcere dos indivíduos, que só será favorável caso essas atuações sejam pensadas e estruturadas a partir de um viés crítico.

A reincidência é o indicativo mais sensível da deficiência no papel jurídico-social da pena, pois, a partir dela, possibilita-se perceber que as carências outrora demonstradas pelos apenados, como por exemplo, a ausência de qualificação profissional e deficiência na escolaridade, independentemente do tempo que estes se sujeitam ao sistema prisional, ao final do cumprimento da pena, em nada se alteram.

O Código Penal, em seu artigo 63, estabelece que: "Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior", determinando a conceituação legal para esse instituto.

Tem-se conhecimento que muitos dos apenados, ao saírem da prisão tendem a cometer novo delito em um curto espaço temporal, ou seja, cria-se um círculo vicioso, já que o indivíduo uma vez preso e não devidamente ressocializado, possuiu grandes chances de retornar a sua realidade anterior, a de delinquente.

Segundo alguns estudos sobre a reincidência no Brasil, vemos que a evolução do número de análises e taxas de resultados nas pesquisas, crescem de maneira alarmante no nosso país.

Em 1989, Eliana Bordini e Sérgio Adorno realizaram um levantamento com os sentenciados libertados da penitenciária do Estado de São Paulo no período compreendido entre 1974 e 1976, e chegaram a uma taxa de reincidência de 46,03%. O Censo Penitenciário Nacional apontou, em 1994, uma taxa de 34,4%, sem estabelecer os critérios práticos de análise. Já em 2001, o sociólogo Túlio Kahn apontou em suas pesquisas que a taxa de reincidência, em 1994, havia sido de 50%, caindo para 45,2% em 1995 e subindo para 47% em 1996. Também em 2001, o relatório do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, afirmou que a taxa era de 70% em 1998, estipulando como meta a redução para 50% até 2003. Em 2008, o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do sistema carcerário expôs que a taxa de reincidência figurava entre a exorbitante marca de 70% e 80%, dependendo da unidade de federação.[21]

Em que pese os estudos acerca da reincidência não possuírem um maior aprofundamento, podemos constatar claramente que o índice só tende a crescer cada vez mais. No Paraná, dados oficiais do próprio DEPEN estão completamente desatualizados e as últimas pesquisas divulgadas são datadas de mais de 10 anos atrás.

Conforme já tratado exaustivamente nesta obra, a LEP, em seu art. 10º preceitua o dever do Estado em "orientar e propiciar ao preso e ao internado o retorno e a convivência em sociedade", entretanto a grande incógnita por trás desta normativa é: como fazê-lo?

Atualmente, pode-se dizer que as condições deploráveis a que são submetidos, bem como a ausência de uma atividade lícita para se extrair o sustento após o cumprimento, são as principais forças geradoras da reincidência entre os egressos que tentam se adequar à nova realidade social pós-cárcere. Soma-se a isso, o fato de que grande parte das empresas não contrata o serviço laboral de pessoas que passaram pelo sistema prisional, bem como a falta e incentivo governamental e auxílio aos egressos, mesmo estipulado em lei, que só contribui para a volta do sujeito à criminalidade.

Tendo a presente problemática como norte e sendo fruto de incessante luta, principalmente acadêmica, hoje, a Cadeia Pública Hildebrando de Souza possui uma sala de aula adaptada aos detentos, que objetiva ensinar matérias escolares

21 Informação disponível em: https://www.politize.com.br/reincidencia-criminal-entenda/ Acesso em: 25 jul. 2019.

básicas como português, matemática e ciências, para aqueles que não concluíram o ensino fundamental e médio; bem como profissionalizar os que optem em garantir uma possível vaga no mercado de trabalho que ainda se mostra extremamente conservador no tocante à contratação de egressos.

Ademais, o projeto de remissão da pena pelo estudo através da leitura, que teve sua gênese em meados de 2014 e até os dias atuais propicia aos apenados reduzirem suas penas por meio de resenhas de livros, também se faz presente na instituição em questão. Cada relatório de leitura entregue pelo detento e aprovado pela comissão avaliadora, reduz sua pena em quatro dias, de modo a ser um incentivo positivo para o indivíduo.

Por fim, deve-se ressaltar o Programa Patronato que atua no atendimento, encaminhamento e acompanhamento do processo de cumprimento de pena de Prestação de Serviço Comunitário (PSC) de indivíduos beneficiados por medidas alternativas em crimes de menor potencial ofensivo e egressos do sistema penitenciário. As atividades são desenvolvidas numa perspectiva humanizadora, promovendo ações de prevenção da reincidência criminal e a melhoria da qualidade da execução das decisões judiciais[22].

Apesar de existirem programas que se preocupem com o retorno do delinquente a sociedade; pode-se afirmar que a quantidade de detentos na cadeia pública em questão, cumulada com a falta de material humano e espaço físico que a maioria dos projetos supracitados enfrentam, torna muito difícil (ou impossível) a atuação do projeto ao nível de comportar todos os detentos inseridos no estabelecimento. Com isso, o ciclo vicioso se ameniza, porém, não se extingue, uma vez que a problemática da reincidência ainda é uma realidade evidente não somente na Cadeia Pública Hildebrando de Souza, mas sim, em todo o país. Isso nos leva a concluir que a política estatal brasileira, em matéria prisional, prefere enjaular pessoas do que ressocializá-las.

Ante o exposto, percebe-se claramente que a Lei de Execução Penal, a Constituição Federal, o Código Penal e o Código de Processo Penal não possuem qualquer efetividade na realidade fática dos apenados, mesmo estando plenamente positivados seus direitos no ordenamento jurídico. Isso denota que o ordenamento não é capaz de limitar o poder punitivo estatal, muito menos proteger o indivíduo frente ao Estado, nem mesmo garantir seus direitos constitucionalmente consagrados.

22 MONGRUEL, Ângela de Quadros. et al. O Programa Patronato e suas práticas de justiça restaurativa no ambiente prisional no Município de Ponta Grossa. In SEMINÁRIO DE EXTENSÃO UNIVESITÁRIA DA REGIÃO SUL, 2017, Foz do Iguaçu, Anais... SEURS, 2017. P. 3.

Diante disso, temos uma inversão principiológica de todo o elencado acima, no que tange ao contexto garantidor de direitos do indivíduo, pois uma vez que o Estado se mostra inerte diante de tal problemática - ora por falta de interesse ou até mesmo por receio do Poder Executivo em destinar demasiada verba ao sistema prisional, que causaria uma insatisfação na população – temos a violação de diversos direitos fundamentais instituídos constitucionalmente.

Por conseguinte, tal prática estatal só demonstra o descaso com que o Estado, detentor do *ius puniendi,* trata a política carcerária brasileira, bem como suscita questionamentos quanto ao tratamento dado pelas classes políticas em matéria penal e processual penal.

Tal indiferença e descaso, tanto por parte da população como do Estado, remete-se à ideia da banalização do mal, assemelhando-se tal como Adolf Eichmann agia perante os judeus, durante a Segunda Guerra Mundial[23], desvelando um punitivismo e sadismo inserido no seio social que só se reafirmam em tempos de crise política e institucional.

CONCLUSÃO

Podemos perceber que o direito, principalmente em matéria penal, é construído e modificado a partir da maneira em que a sociedade e os detentores do poder estatal se relacionam com os indivíduos e instituições que estão inseridos dentro de um contexto de relações intersubjetivas.

Toda a construção do ordenamento em assunto criminal sempre se balizou nas realidades fáticas, jurídicas e políticas de determinado período, que estiveram em tensão constante com as lutas por direitos advindas dos grupos mais vulneráveis. Estes embates tiveram, como consequência, a detenção do poder punitivo centralizado na figura do Estado, bem como o controle e gestão dos espaços de confinamento a que são submetidos os indivíduos, que têm como fundamento (em tese) ser um ambiente de ressocialização e reeducação moral do apenado.

Contudo, em que pese toda uma carga instrumental jurídica, que se propõe em trazer um ideal garantidor de direitos por meio das codificações e princípios voltados

23 Hannah Arendt, filósofa contemporânea de grande renome, em seu livro "Eichmann em Jerusalém: Um Relato Sobre a Banalidade do Mal" traz à tona a realidade de Adolf Eichmann, nazista responsável pela logística dos judeus enviados aos campos de concentração alemães durante a Segunda Guerra Mundial. O clímax desta obra é a conclusão que a autora exprime em relação à Eichmann, sendo este uma pessoa normal que, em seu subjetivo, apenas seguia as leis pátrias as quais era subordinado. A indiferença com os similares é a real mensagem trazida pela obra, o que ela adjetiva como 'a banalização do mal', que se mostra a cada dia mais presente em nossa realidade atual.

à proteção do indivíduo frente ao poder soberano estatal, vemos que a realidade prática dos estabelecimentos prisionais brasileiros só revela uma flagrante ilegalidade e violação diária desses direitos fundamentais conquistados através dos tempos.

A situação carcerária brasileira está à beira do colapso. Segundo dados divulgados pelo Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a população carcerária no Brasil ultrapassa 812 mil presos, sendo considerada a terceira maior do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e China. Dentro dessa estatística os dados revelam que 41,5% dos encarcerados são presos provisórios, e segundo diagnóstico do DEPEN, o número de presos em 2025 pode chegar a quase 1,5 milhão[24].

Tais fatores, aliados ao descaso estatal, que se preocupa a cada vez mais encarcerar do que ressocializar, só denota o fato de que o fracasso institucional em matéria prisional é iminente, senão realidade.

Um exemplo claro disso é a análise da superlotação das prisões, que contraria completamente o disposto na Lei de Execução Penal, e a cada dia só aumenta mais e mais. Como exposto, não há como se reeducar um indivíduo em um ambiente completamente cheio e em condições estruturais e sanitárias degradantes.

As ações estatais, que deveriam por si só serem aplicadas com o escopo de se garantir a dignidade do apenado, não são cumpridas nem mediante determinações judiciais e se eximem de maneiras insustentáveis e apoiadas pela população com anseios punitivistas e cruéis.

Reflexo disto, além do exemplo da Cadeia Pública Hildebrando de Souza trazido no trabalho, são os índices de reincidência que demonstram como a pretendida ressocialização dentro destes espaços é mera ficção, apesar dos diversos projetos que tentam minimamente e sem estrutura reverter esse quadro.

As instituições, tal como o Ministério Público e a Defensoria Pública, devem ser protagonistas na proteção dos direitos dos indivíduos, pressionando a atuação estatal com a finalidade de se garantir as prerrogativas constitucionais e legais, sob pena de estarmos adentrando em um regime de exceção, que se autolegitima à violar direitos conquistados e não se preocupa com a dignidade da pessoa humana.

24 Informação disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml. Acesso em: 25 jul.de 2019.

Ainda, cabe ressaltar que o contexto político social da sociedade brasileira, beirando à uma crise institucional, ressalta cada vez mais os discursos punitivistas e eleitoreiros da classe política, que deixa de lado a questão penitenciária sem pensar que, algum tempo depois, o indivíduo que estava cumprindo pena, deverá se reintegrar à sociedade.

A discussão deve ser travada tanto no contexto fático em que vivem os apenados, por meio dos diversos atores do processo, tal como membros do judiciário, advogados, conselhos municipais, entre outros; como no âmbito legislativo e executivo, onde as decisões e mudanças nas codificações refletem significativamente na vida social dos indivíduos que se encontram inseridos nessas instituições e nas condições retro mencionadas.

Portanto, devemos repensar, de maneira crítica, o modo que o Estado e a população se comportam diante dessa problemática, bem como repensar o papel das instituições dentro desse contexto caótico, sempre de maneira embasada e orientada em um ideal de proteção de garantias, fugindo do senso comum e das práticas punitivistas que assolam a sociedade nos dias atuais, para que esse colapso iminente não tenha reflexos trágicos no seio social.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal.** 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARENDT, Hannah: **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência de Pena de Prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOMBEIROS combatem incêndio na cadeia de Ponta Grossa. **Jornal Diário dos Campos,** Ponta-Grossa, 08 de Julho de 2019. Disponível em: <https://www.diariodoscampos.com.br/noticia/bombeiros-combatem-incendio-na-cadeia-de-pg>. Acesso em: 25 jul. 2019.

CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. **Jornal Globo.** Brasília, 17 de julho de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.html>. Acesso em: 25 jul. 2019.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** – 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DPE-PR pede transferência de presos com condenação definitiva. **Defensoria Pública do Estado do Paraná.** c2019. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2019/07/1473/DPE-PR-pede-transferencia-de-presos-com-condenacao-definitiva.html>. Acesso em: 25 jul. 2019.

FALCONI, Romeu. **Sistema presidial:** reinserção social. São Paulo: Ícone, 1998.

GONZAGA, João Bernardino. **O Direito penal indígena**: à época dos descobrimentos do Brasil. São Paulo: Max Limonad, 1971.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Execução penal:** comentário a Lei n. 7.210. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOLINA, Antonio García-Pablos y. apud. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas.** São Paulo: Saraiva, 1999.

MONGRUEL, Ângela de Quadros. et al**. O Programa Patronato e suas práticas de justiça restaurativa no ambiente prisional no Município de Ponta Grossa**. In SEMINÁRIO DE EXTENSÃO UNIVESITÁRIA DA REGIÃO SUL, 2017, Foz do Iguaçu, Anais... SEURS, 2017.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

QUATRO pontos para entender a reincidência criminal. **Politize.** c2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/reincidencia-criminal-entenda/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SECRETARIA de Segurança Pública e Administração Penitenciária. **Depen-PR**, Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=131>. Acesso em: 25 jul. 2019.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional.** Belo Horizonte: Editoria D'Plácido, 2019.

Defensoria Pública
BAHIA

ISSN 2358-0100