FRANCISCO IASLEY LOPES DE ALMEIDA
VALFREDO DE ANDRADE AGUIAR FILHO
(Organizadores)

A CONSTRUÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS

EDITORA CESREI

A CONSTRUÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS

FRANCISCO IASLEY LOPES DE ALMEIDA
VALFREDO DE ANDRADE AGUIAR FILHO
(Organizadores)

A CONSTRUÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS

Campina Grande/PB
2017

EDITORA CESREI
Editora do Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI

EDITOR CHEFE
Cleumberto Reinaldo Ramos

CONSELHO EDITORIAL
Francisco Iasley Lopes de Almeida
Juaceli Araújo de Lima
Lênio Assis de Barros
Maria Zita Almeida Batista dos Santos

CONSELHO CIENTÍFICO
Aécio de Souza Melo Filho
Alberto Jorge Santos Lima Carvalho
Cleoneide Moura do Nascimento
Olívia Maria Cardoso Gomes
Sabrinna de Sousa Correia Cavalcanti
Valfredo de Andrade Aguiar Filho

CAPA E EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
Daniel de Sousa Silva
João Henrique de Medeiros Silva

REVISÃO
Maria do Carmo de Carvalho Melo

NORMALIZAÇÃO TÉCNICA
Severina Sueli da Silva Oliveira CRB-15/225

ENDEREÇO DA EDITORA
Av. Almeida Barreto, 242 – Centro
Campina Grande-PB
CEP: 58400-328
Fone: (83) 3341-7997

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

C758 A construção contemporânea em direitos humanos / Francisco Iasley Lopes de Almeida, Valfredo Andrade de Aguiar Filho (Organizadores). – Campina Grande: CESREI, 2017.
148 p. : il. color.

ISBN 978-85-94448-00-2

1. Direitos Humanos. 2. Direitos Fundamentais. I. Almeida, Francisco Iasley Lopes de. II. Aguiar Filho, Valfredo Andrade de. III. Título.

CDU 342.7

PREFÁCIO

Nesta obra, intitulada A Construção Contemporânea em Direitos Humanos, a Faculdade Reinaldo Ramos(FARR) apresenta à comunidade acadêmica e à sociedade o resultado de pesquisas científicas desenvolvidas nessa IES. A publicação de trabalhos científicos produzidos na academia tem sido um desafio para todas as instituições de ensino superior no Brasil, pois não é fácil manter dentro da estrutura acadêmica uma atividade consistente de pesquisa que garanta a formação de recursos humanos e que atenda às necessidades da vida contemporânea, contribuindo, dessa forma, para o avanço científico e tecnológico do país.

A escolha do tema justifica-se pela organização da matriz curricular do Curso de Direito da FARR, uma vez que os Direitos Humanos não constam apenas na oferta de disciplina própria e autônoma, mas há uma inserção transversal do tema nas disciplinas oferecidas durante todo curso, o que torna o ensino atrelado à pesquisa e às atividades de extensão voltadas para as discussões e ações acerca do assunto.

Dessa forma, toda a formação jurídica oferecida aos nossos alunos tem, de forma transversal, uma reflexão ancorada nos Direitos Humanos, formando, assim, estudantes e futuros profissionais sensíveis aos direitos básicos, que devem estar presentes e protegidos em todas as relações sociais e jurídicas.

Por sua vez, o termo construção, utilizado no título da obra, evidencia a certeza dos organizadores e autores de que os Direitos Humanos, como integrantes da Ciência Jurídica, estão em constante transformação, adaptando-se às mudanças sociais, buscando respostas para novos problemas, desmistificando antigos conceitos e permitindo a ampliação das reflexões sobre as relações sociais.

Construção, portanto, indica ação no sentido arentiano, uma práxis política estruturada em um ambiente de liberdade. Parte-se da ideia de que vivemos em um mundo em que, ao nascermos, começamos a receber todo um conjunto de informações e conceitos, e, pela razão própria da natureza humana, começamos a participar da sociedade através de uma ação política, permitindo as transformações de alguns padrões culturais que serão, no fim de nossa existência, repassados para as gerações vindouras.

Na teoria de Hannah Arendt, o termo ação é o que faz surgir o novo, pois através dele e da linguagem o ser humano desenvolve suas relações sociais. Diferentemente do mundo contemplativo, é pela ação que podemos construir novas perspectivas sociais. Ação, portanto, é a base da atividade política e da construção do senso comum, essencial para a subsistência humana.

A obra ora apresentada é composta de 11(onze) artigos produzidos nos últimos anos pelo corpo docente da instituição, resultado de pesquisas desenvolvidas sobre questões gerais dos direitos humanos, formação conceitual e disciplinamentos nacional e internacional. Cada uma das pesquisas apresenta método, problemática e fontes de pesquisa individuais. No entanto, todos os capítulos tratam da construção, no sentido de ação política, dos Direitos Humanos como forma de garantia de direitos, utilizando para isso conceitos e elementos da ciência do Direito, da História, da Sociologia e da Filosofia.

Com a certeza de que os leitores terão uma agradável e proveitosa leitura, espera-se que esta obra sirva de reflexão para uma ação política de garantia de direitos.

Campina Grande/PB, 27/09/2017
Francisco Iasley Lopes de Almeida
Valfredo Andrade de Aguiar Filho

SUMÁRIO

1 DIREITO, UNIVERSALISMO E COMPLEXIDADE CULTURAL 10

Vinícius Lúcio de Andrade

2 A PRISÃO E OS PROCESSOS DE MARGINALIZAÇÃO SOCIAL 17

Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti

3 REGULAMENTAÇÃO DO USO DE ALGEMAS E ATIVISMO JUDICIAL 26

Francisco Iasley Lopes de Almeida

4 POLÍTICAS PÚBLICAS E ASSISTENCIALISMO: O DIREITO AO MÍNIMO PARA UMA EXISTÊNCIA DIGNA 43

Gustavo Giorggio Fonsêca Mendoza
Renata T. Villarim Mendoza

5 A PROTEÇÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: ANÁLISE DA DECISÃO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO SOBRE O CASO DA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL 55

Renata Maria Brasileiro Sobral Soares
Olívia Maria Cardoso Gomes

6 AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE: DIREITOS E PERSPECTIVAS 71

Vyrna Lopes Torres de Farias Bem

7 TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: AFRONTA À DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR 83

Silvia Paiva Serafim Gadelha Campos

8 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE INOCÊNCIA 96

Felipe Augusto de Melo e Torres

9 DE VÍTIMA A ALGOZ: UMA ANÁLISE DO DISCURSO DE RÉUS ACUSADOS DE FEMINICÍDIO 108

Ângela Paula Nunes Ferreira

10 ALÉM DOS MUROS: O SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO E O SISTEMA CARCERÁRIO 125

Valdeci Feliciano Gomes

11 A ATUAÇÃO DOS PEACEKEEPING NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS INTERNACIONAIS: O CONFLITO NA MACEDÔNIA, A INTERVENÇÃO PREVENTIVA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. 140

Olívia Maria Cardoso Gomes

SUMÁRIO

CAPÍTULO

01

DIREITO, UNIVERSALISMO E COMPLEXIDADE CULTURAL

Vinícius Lúcio de Andrade

1 DIREITO, UNIVERSALISMO E COMPLEXIDADE CULTURAL

Vinícius Lúcio de Andrade[1]

1.1 Introdução

O presente artigo tem por fim discutir as relações entre direitos humanos, universalismo e multiplicidade cultural. São sugeridos vários questionamentos a fim balizar as discussões em torno do tema. Primeiramente, qual a fundamentação racional dos direitos humanos, de modo a evitar que a universalidade não sirva de estratégia ideológica ou política imperialista? Quais as fragilidades da fundamentação jusnaturalista para os direitos humanos? Posteriormente, discute-se se há possibilidade de compatibilizar: relativismo cultural, peculiaridades jurídico-culturais locais e efetivação de direitos humanos no plano internacional. Em quais premissas é possível desenvolver um projeto cosmopolita de direitos? Como partir do consenso para as diferenças culturais e criar uma zona de confluências jurídicas e anteparo proteção para os choques culturais?

A articulação das ideias busca superar o dualismo entre universalismo e relativismo e, apesar de realizar desconstruções argumentativas de base universalista, procura compatibilizar o núcleo central do apelo moral e ético da universalidade dos direitos ao projeto cosmopolita de forte inspiração comunitarista e relativista.

1.2 Fundamentação Jurídica dos Direitos Humanos

A proteção dos direitos humanos como direitos fundamentais é um dos grandes objetivos das democracias constitucionais modernas. Segundo Hesse (1996, p. 89), há uma relação estreita entre direitos fundamentais, liberdade individual e liberdade em sociedade, sendo que estas duas últimas devem ser garantidas em igual medida. Por sua vez, é exatamente a materialização dos direitos fundamentais de maneira ampla que poderá garantir essas duas perspectivas de liberdade, além da própria dignidade humana.

Estão relacionados à própria condição humana, na visão do jusnaturalismo, são inerentes à própria existência humana. Na verdade, foram direitos "naturalizados", construídos discursivamente a partir de um processo histórico, pois não há uma moral "natural" aliada a esse processo.

A perspectiva de historicidade e uma reflexão filosófica desconstroem este conceito do direito natural, ou seja, o discurso dos direitos naturais provocou a construção de Direitos, quanto à "naturalidade" dessesdireitos, o argumento está ligado a uma construção discursiva do mundo jurídico.Ora, "as práticas e os discursos determinam os objetos dos discursos. Os objetos existem como objetivações que se dão por meio de práticas e discursos que posicionam estes objetos como objetos de discursos" (VEYNE, 2012). Portanto, essa construção dos jusnaturalistas acerca dos direitos do homem, enquanto intrínsecos ao ser humano, é fruto dos discursos jurídicos construídos ao longo da história, assim como o constitucionalismo, a força normativa da constituição e a supremacia normativa da constituição. Desta forma, os direitos naturais não existem enquanto uma "consciência jurídica geral" como afirma Castanheira Neves (2007, p. 19).

Andrade (2006, p. 19) possui compreensão semelhante a esta, ao afirmar que os direitos humanos são, na dimensão natural, direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus

1 Professor da Faculdade Reinaldo Ramos-FARR. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN. Especialista em Direitos Fundamentais e Democracia pela Universidade Estadual da Paraíba-UEPB. Advogado.

titulares, e que constituem um núcleo restrito a qualquer ordem jurídica.

Dimoulis e Martins (2009) expõem que apenas na constituição biológica se encontra exclusivamente a natureza do homem. Portanto, nenhuma regra de convivência social, direito ou obrigação pode ser implicitamente obtida da natureza humana. Essa concepção de direitos humanos como naturais ou imanentes à condição humana contraria a própria racionalidade histórica de construção dos direitos e suas dimensões ao longo dos movimentos constitucionais, inclusive do papel que a normatização e a sua inserção em textos constitucionais assumem na contemporaneidade.

Todavia, não se afirma com isto que se situam no campo das puras abstrações, mas refuta-se a ideia acrítica do caráter "natural" desses direitos. Daí a grande virada sócio-jurídica oferecida pelo Constitucionalismo através da normatização constitucional desses direitos, a possibilidade de inserção de valores éticos e morais sob a roupagem de direito na ordem jurídica das democracias constitucionais.

É interessante observar no contexto do pós-positivismo o neoconstitucionalismo. Luís Roberto Barroso afirma que os direitos fundamentais são simultaneamente direitos positivos e direitos naturais (morais). Essa suposta confluência entre positivismo e jusnaturalismo, com influxos do realismo jurídico, geram exatamente as bases teóricas do pós-positivismo (BARROSO, 1996, p. 22).

Nesse contexto, o neoconstitucionalismo arvora-se como inovador ao "transformar" direitos humanos em direitos fundamentais, devido à sua inserção no texto normativo constitucional. Entretanto, quando se dialoga com as ideias de Novais (2004, p. 35-40) é possível constatar que a construção e concretização de um catálogo de direitos fundamentais não é exclusividade da segunda metade século XX, mas ocorreu em outros períodos da história, inclusive nos movimentos constitucionais dos séculos XVIII e XIX.

Assim, os direitos fundamentais serão postos na perspectiva da positivação constitucional, ou seja, serão direitos constitucionais, dotados de força, eficácia e validade sobre todo o ordenamento jurídico. Pois, "sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob normas e princípios" (CANOTILHO, 2003, p. 377).

1.3. Paradoxos do Universalismo e Complexidade Multicultural

O século XX foi considerado por historiadores marxistas como a Era dos Extremos: crise do capitalismo em 1929; duas grandes guerras no mundo ocidental; regimes totalitários (nazismo e fascismo); uso de armas nucleares, guerra fria (HOBSBAWN, 1994). No entanto, das tensões culturais provêm os maiores medos, receios e incertezas. É o choque entre civilizações, preconizado por Huntington (2000), enquanto no século passado os atritos estabeleceram-se entre Estados-nações, no século XXI a fonte de discórdias seria entre o ocidente e as demais civilizações.

As diferenças aprofundam-se notadamente entre o Ocidente e os países árabes de culturas islâmicas. Essa necessidade de coexistência de diversas culturas no planeta turva, de certo modo, o avanço da globalização conduzida pelos países ricos ocidentais. Enquanto o capitalismo molda seus produtos, adapta-se dentro das limitações lógicas produtivas, a cultura local, objeto do ataque globalizador, sofre "canibalização cultural". Porém, em determinadas culturas mais "sensíveis" ou "fechadas", esse processo de corrosão cultural é fortemente rechaçado, surgindo assim atritos inconciliáveis sobre os quais se debruçam juristas, diplomatas, sociólogos, filósofos e teólogos, a fim de procurar vias de pacificação, integração, colmatação,

compatibilização, pelo menos, caminhos de diálogo.

O caráter de universalidade outorgado aos direitos humanos na perspectiva ocidental, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, é realizado de forma parcial, afinal as guerras do século XX foram majoritariamente entre países ocidentais, inclusive o uso de armas nucleares, ou seja, quem precisava, precipuamente, naquele momento, de instrumentos jurídicos e filosóficos para uma retomada moral e ética de valorização da vida e do ser humano era o ocidente. Ainda mais quando a declaração restringiu-se a 51 países (incluindo oito abstenções), o que não representava nem sequer um terço das nações do globo (PEIXOTO, 2013).

Outro ponto crítico é que o conceito de direitos humanos possui um viés fortemente antropocêntrico, não abraçado por outras culturas como a cultura hindu e a cultura islâmica. Na visão do corão, por exemplo, opõe-se a do "homem como medida de todas as coisas", o ser humano não é maior autoridade espiritual de si mesmo por isto seriam a admissão de egoísmo e ganâncias desmedidas, afinal, para o islã, o relacionamento do homem com Deus (Khalifah Allah) tendo a verdade, a justiça e a compaixão como valores essenciais, são pré-requisitos para compreensão da própria existência humana (MUZAFFAR, 2004, p. 315).

Essa pretensão de direitos universais choca-se com noções aparentemente simples no mundo ocidental de influência judaico-cristã, a exemplo do casamento. Ou seja, como reconhecer universalidade dos direitos da mulher diante de práticas culturais que compreendem o casamento como uma aliança entre famílias e não um acordo entre dois indivíduos (RAMOS, 2005, p. 186-187)? Esses choques culturais solapam as bases filosóficas onde foram construídos estes conceitos, quando lançados numa perspectiva multiculturalista. Direitos humanos são concepções ocidentais concebidas sob cosmovisão cristã, em contexto cultural próprio, nada impede que alguns desses direitos encontrem penetração em determinadas culturas não-ocidentais, principalmente no esteio das transformações da globalização, ou ao aproveitarem das próprias "contradições culturais"[2] presentes nessas sociedades

Ao afirmar isto não significa que está penetração da cosmovisão ocidental nas sociedades ocidentais ocorra de modo sereno e sem atritos, pelo contrário, o choque cultural constante produz arestas e diferenças. Estas, por sua vez, impedem a construção do diálogo intercultural com finalidade do aprimoramento jurídico. A cultura ocidental, apesar de mais afeita a intensas mudanças, numa perspectiva de "sociedade da velocidade", é refratária a influências das culturas não-ocidentais, principalmente devido ao antropocentrismo e à concepção de superioridade moral cultivada de forma subjacente.

No entanto, o argumento relativista mais forte está na observação de que o discurso dos direitos humanos está sempre vinculado a pretensões geopolíticas e econômicas. Na verdade, estas vontades dos países-potência pautarão a necessidade de tais direitos. Uma seletividade absolutamente duvidosa do que se pretende universal. As intervenções aparentemente humanitárias não possuem nenhum traço de altruísmo, mas estão diretamente ligadas aos interesses políticos e econômicos das grandes potências. Essa duplicidade de critérios leva a situações paradoxais, efetivamente contraditórias, ou seja, ora uma "política de invisibilidade", ora uma "política de supervisibilidade" (SANTOS, 2003, p. 440).

O tratamento dos Estados Unidos a respeito das violações de direitos humanos em Cuba e na China, ambos regimes autoritários, no mínimo semidemocracias, recebe intervenção de maneira absolutamente injusta e desproporcional, ainda mais pelo fato de que as violações na China possuem uma proporção maior

2 Em alguns países árabes (do Islã) as mulheres desempenham papéis sociais de relevância pública e possuem uma plêiade de direitos, todavia não é um traço comum às estas culturas de modo geral.

e não recebem nenhuma sanção ou repreensão americana. A visibilidade dada aos presos políticos cubanos é diametralmente oposta àquela dada as condições desumanas de trabalhadores chineses de subsidiárias de empresas americanas na China.

1.4 Entre o Direito Global e os Diálogos Interculturais

O desafio mais premente exigido ao Direito é como compatibilizar multiculturalismo e direitos humanos, ou seja, de que forma o discurso jurídico pode abrir-se para realizar uma adaptação de garantias essenciais à vida sem que sejam maculadas cláusulas culturais pétreas para estas sociedades.

De forma ideal, esta inserção deveria ocorrer através dos sistemas jurídicos nacionais, da Constituição, da Lei fundamental ou algum parâmetro normativo que concedesse força cogente aos direitos humanos, ainda que a área de proteção normativa desses direitos não fosse claramente delimitada[3]. Ora, não se propõe a ocidentalização dos sistemas jurídicos não-ocidentais, sendo assim se voltariam às mesmas incongruências dos discursos universalistas.

Santos (2003, p. 440) propõe algumas premissas para o projeto cosmopolita de direitos humanos em superação à globalização hegemônica: a superação do debate entre universalismo e relativismo, pois considera um debate falso que parte de conceitos estanques igualmente prejudiciais as peculiaridades emancipatórias dos direitos humanos; a segunda premissa é a de que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas concebem em termos de direitos humanos; a terceira, todas as culturas são incompletas e problemáticas; em seguida, ele afirma que todas as culturas têm visões diferentes de dignidade da pessoa humana, algumas mais amplas, outras mais restritas.

A pauta jurídica intercultural deve partir daquilo que aproxima as sociedades e culturas diversas, os valores semelhantes e as compreensões de mundo que se compatibilizam. Representa um perigo partir de um "núcleo mínimo" de direitos porque esta é uma agenda pronta e impositiva do mundo ocidental. Um grande desafio é convencer os atores institucionais envolvidos nesta interação da necessidade de estudo e aprofundamento antropológico. Isto é, antropologia jurídica como mecanismo teórico de superação da tentação antropocentrista.

Outra necessidade é procurar afastar as pretensões econômicas das aproximações interculturais. Apesar da impossibilidade total desse afastamento, é razoável desvincular o imperativo ético e moral dos direitos humanos das imposições globalizantes das grandes potências econômicas. O diálogo mantido sob influência do capitalismo sofre distorções, pois o negócio dá-se entre desiguais, grandes corporações movem-se segundo suas lógicas próprias, afinal determinam o perfil dos mercados. Apesar de inexistir blindagem eficiente para que intermediações culturais não aconteçam entre agentes econômicos, não devem ser os condutores mais abalizados do discurso cosmopolita, senão os Estados, de forma precípua, as organizações não-governamentais, as redes de sociabilidade, os institutos de pesquisa.

Contudo, para que os direitos humanos, na perspectiva de um projeto cosmopolita, tenha discurso de poder[4], deve haver um acoplamento entre a palavra e o ato, ou seja, as palavras não devem ser vazias

3 O próprio conceito de dignidade da pessoa humana no direito ocidental é pobre de conteúdo jurídico, na verdade, é extraída nos casos concretos através do contraste, daquilo que não é.

4 Poder no sentido preconizado por Michel Foucault que produz coisas e induz ao prazer, forma conhecimento, produz e legitima discursos.

e os atos não podem ser brutais, assim, "as palavras não são empregadas para velar intenções, mas para revelar realidades, e os atos não são usados para violar e destruir, mas para criar relações e novas realidades" (ARENDT, 2001 apud MARTINS, 2008).

Retomando a questão das grandes corporações e dos agentes econômicos, torna-se vital o papel do direito internacional como mecanismo de contenção das manobras econômicas e mercadológicas, uma espécie de limitação de ações vis ou nocivas que possam provocar tensões culturais e rupturas nos diálogos interculturais. Considerar parâmetros mínimos de relacionamento entre corporações ocidentais e países não-ocidentais é absolutamente importante para a estabilidade dessas relações inclusive no plano pragmático-institucional.

A criação dessas novas realidades jurídico-culturais deverá servir de anteparo de proteção global para os choques entre civilizações. Criação de zonas de despressurização das tensões produzidas pelas diferenças culturais a fim de impedir uma distensão permanente entre civilizações, o que representaria uma completa subversão propositiva do caráter nobre e ético dos direitos humanos.

Finalmente, a compreensão reiterada do ponto de partida comum, o ser humano, o projeto cultural não pode inferiorizar o ser humano a irracionalidade e a mera condição de objeto, manifestações amparadas sob particularidades culturais nesse sentido retomam a dicotomia entre dominantes e dominados (PEIXOTO, 2007). Por isso, conceber a tortura e a escravidão como práticas culturais extrapolam as fronteiras desse projeto multicultural.

1.5 Considerações Finais

A fundamentação racional dos direitos humanos não pode ser delegada integralmente ao direito natural ou aos argumentos simplistas dos direitos humanos "inerentes" aos homens. Essa naturalização é processo histórico-cultural e de afirmação discursiva para a qual o jusnaturalismo também contribuiu, apesar do fator determinante ter sido o conteúdo moral e filosófico desses direitos.

Todavia, é na ordem jurídica, notadamente a partir da constituição, apesar da crise dogmática, que a ordem constitucional possibilitou o maior nível de racionalização e legitimação já obtido pelos direitos humanos, através da sistematização e proteção dos direitos fundamentais, concedeu-se força cogente ao que era apenas declaração internacional ou mera carta de boas intenções.

Entretanto, a globalização produziu choques culturais inevitáveis e lançou uma carga de exigências sobre a "necessidade" de universalização desses direitos, mas daí surge uma ponderação nessa pretensão de universalidade, por possuir muitas limitações e contradições. Nesse ponto, as palavras (os discursos dos direitos humanos) e atos (ações autoritárias das grandes potências ocidentais) devem ser compatibilizados. Faz-se necessária uma nova lógica para que o conceito de universalidade desses direitos se dispa do caráter autoritário, demasiadamente antropocêntrico e canibal de culturas não ocidentais.

Os diálogos interculturais devem ser capazes de proporcionar interações muito ricas e de provocarem viradas dogmáticas, a fim de dotar de força jurídica um projeto cosmopolita nas diferentes sociedades e culturas. Para isso, os direitos humanos devem fornecer instrumentos específicos adaptados às realidades culturais distintas, transitando do consenso para a divergência, da compatibilidade para as incompatibilidades, ou seja, num exercício dialético de compreensão das diferenças.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades a Constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: SANTOS, Luciano Nascimento (Coord.). **Estudos jurídicos de Coimbra.** Curitiba: Juruá, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

HESSE, Conrado et al. **Significado de los derechos fundamentales manual de derecho constitucional.** Madrid: Instituto Vasco de Administracion Pública, 1996.

HOBSBAWN, Eric. **A era dos extremos:** o breve século XX (1914-1991)**.** 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

HUNTINGTON, Samuel. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2000.

MARTINS, Tatiana Azambuja Ujacow. Diálogo intercultural e direito índigena. **Ciência e Cultura**, v. 60, n. 4, out. 2008. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252008000400014 >. Acesso em: 10 abr. 2016.

MUZAFFAR, Chandra. Islã e direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 315.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa.** Coimbra: Coimbra, 2004.

PEIXOTO, Érica de Souza Pessanha. Universalismo e relativismo cultural. **Revista da Faculdade de Direito de Campos,** ano 8, n. 10, jun. 2007. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/EricaPeixoto.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Boaventura Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

VEYNE, Paul. **Foucault revoluciona a história.** 2012. Disponível em: <http://gefuem.blogspot.com.br/2012/06/foucault-revoluciona-historia.html>. Acesso em: 30 out. 2016.

CAPÍTULO

02

A PRISÃO E OS PROCESSOS DE MARGINALIZAÇÃO SOCIAL

Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti

2 A PRISÃO E OS PROCESSOS DE MARGINALIZAÇÃO SOCIAL

Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti[5]

2.1 Introdução

É comum a confusão sobre termos estruturantes do tema das iniquidades sociais: desigualdade, pobreza e exclusão. O conceito de desigualdade social refere-se à distribuição diferenciada, numa escala de mais para menos, das riquezas materiais ou simbólicas produzidas por determinada sociedade entre seus integrantes. Pobreza, por sua vez, significa a situação vivida pelos membros de determinada sociedade, os quais não possuem recursos suficientes para viver dignamente, ou que não têm condições mínimas de suprir suas necessidades básicas. Assim, desigualdade e pobreza são conceitos diferentes entre si e igualmente distintos do de exclusão social.

A exclusão social pode ocorrer como resultado de uma rede de rupturas dos vínculos sociais sejam eles econômicos, familiares, afetivos, religiosos ou trabalhistas. A Constituição Brasileira assegura a todos os cidadãos valores como igualdade, liberdade, bem-estar e justiça. No entanto, vemos uma estrutura formal incapaz de respeitar o núcleo de direitos e deveres fundamentais da dignidade humana. Entre os vários tipos de exclusão social, em seus diversos graus, está a dirigida aos reclusos, tutelados pelo Estado, cumprindo penas privativas de liberdade.

Atualmente, o recolhimento celular gera mais problemas éticos, sociais, psicológicos e econômicos do que na realidade os resolve. Na prática, a reabilitação desejada por muitos sistemas penais no mundo termina em desilusão e revolta também a sociedade, que cerra as suas portas ao ex-condenado. O tema tem sido amplamente discutido e há setores que defendem inclusive a privatização das prisões. Deste modo, o presente artigo se propõe a analisar a relação existente entre a prisão e as populações socialmente marginalizadas no Brasil.

2.2 Os Efeitos Dessocializadores da Prisão

A prisão moderna representa um aparelho disciplinar oficial, que prescreve princípios de isolamento em relação ao mundo exterior, como consequência pelos delitos praticados contra a segurança e a paz em sociedade. O isolamento busca levar o recluso a um estágio de reflexão, mas também a experimentar o remorso e a submissão total ao domínio do Estado, que lhe é imposto através da Administração Penitenciária. Constitui-se como um processo que tem como objetivo regular, acabar com a agitação, impor hierarquia, vigiar, estabelecendo assim uma relação de poder que extrapola a simples privação de liberdade, ao tornar-se um instrumento de execução do cumprimento da pena.

Segundo Foucault (1991) a prisão é "uma empresa de modificar indivíduos" e ainda que não se recorra a castigos físicos violentos ou sangrentos para trancar ou corrigir é sempre do corpo e das forças do recluso que se trata. As relações de poder têm alcance imediato sobre ele, marcando-o, sujeitando-o a trabalhos e submetendo-o a cerimônias, a fim de deixá-lo dócil e útil. A pena consiste sempre na supressão de um bem jurídico, podendo tal bem ser a vida, a integridade física, a liberdade ou a privação de um direito específico ligado ao crime praticado, estes dois últimos mais usados atualmente nos países ocidentais.

5 Professora da Faculdade Reinaldo Ramos-FARR. Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca-USAL. Advogada.

O criminologista Gresham Sykes autor do livro "Sofrimentos no Cárcere", enumera as aflições proporcionadas pela pena privativa de liberdade e afirma que o primeiro sofrimento do preso está na própria privação da liberdade. O segundo sofrimento consiste em estar impedido de desfrutar de todos os bons serviços que o "outro lado do mundo" oferece. O terceiro e maior sofrimento estaria na abstenção de relações sexuais, o quarto sofrimento é o fato de o preso estar submetido a regras institucionais designadas a controlar todos os seus movimentos e o quinto e último sofrimento enumerado por Sykes (1969) é aquele causado por outros reclusos, ou seja, a cultura da prisão que refletirá no interno recém-chegado e, consequentemente, na cultura da sociedade, quando o egresso levar consigo as lições aprendidas para fora do estabelecimento penal.

Relatando as suas memórias do cárcere, na intensidade de seus sofrimentos, Dostoiévski (2006) escreveu que:

> O famoso sistema celular só atinge, estou disto convencido, um fim enganador, aparente. Suga a seiva vital do indivíduo, enfraquece-lhe a alma, amesquinha-o, aterroriza-o, e, no fim, apresenta-no-lo como modelo de correção, de arrependimento, uma múmia moralmente dissecada e semi-louca. (DOSTOIÉVSKI, 2006, p. 48).

Com efeito, resulta paradoxal pretender educar para a liberdade em uma situação de confinamento que desumaniza e estigmatiza o indivíduo. A deterioração do cárcere, resultante da influência corruptora da subcultura criminal, o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde, são consequências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como "sementeiras de reincidência", dados os seus efeitos criminógenos. O encarceramento em centros penitenciários durante anos deixa nos internos, sequelas permanentes e, muitas vezes, estas marcas anulam qualquer possibilidade de reabilitação social (BENITO DURÁ, 2009).

A busca pela reinserção ou reeducação social do indivíduo está no código penal e em leis penitenciárias, no entanto, a execução prática das medidas a este respeito não tem correspondido às expectativas de recuperação que a sociedade imaginou e, não raramente, se exaurem na literalidade dos textos.

As legislações e tratados pertinentes ao tema em análise costumam assegurar aos presos direitos que não sejam anulados pela perda da liberdade, mas eles vivem em um mundo real em que desaparecem os valores que costumavam conhecer e, inevitavelmente, são prejudicados, pela condição em que se encontram, no que diz respeito à sua intimidade, à unidade familiar, e terão tolhida qualquer iniciativa pessoal que não se enquadre nos restritos limites de um regulamento que tem como objetivo castrar, inibir. Segundo Carvalho Filho (2002, p. 69), “A condição de encarceramento pode até ser melhorada, mas na essência, a prisão continuará a mesma, um atentado à condição humana, uma vez que qualquer modalidade de prisão envolve distorções”.

Assim, é essencial buscar a paulatina minimização da pena privativa de liberdade para os delitos de menor potencial lesivo, ampliando significativamente as hipóteses de implementação de penas alternativas (SANZ MULAS, 2010). Não obstante, para os casos de maior gravidade, em que o encarceramento é uma medida inevitável, que o período de prisão, através do tratamento penitenciário, evite ao menos os efeitos dessocializadores do cárcere.

2.3 Prisão e Exclusão Social

A Lei de Execuções Penais (LEP), vigente no Brasil, enumera os direitos do preso. O direito ao tratamento reeducativo é direito fundamental, do qual derivam os demais direitos. Relativamente aos direitos sociais, deve ser resguardado o direito à educação e ao trabalho remunerado, juntamente com os benefícios da seguridade social, descanso, pecúlio e recreação. Ainda é resguardado o direito do egresso à assistência pós-penal, que decorre da obrigação do Estado de assistir moral e materialmente o recluso na sua volta ao meio livre. (BRASIL, 1984).

O recluso, teoricamente, não está privado da atuação do Direito, pois se encontra em uma relação jurídica em face do Estado, e exceto pelos direitos perdidos e limitados por sua condenação, sua condição jurídica é semelhante à das pessoas não condenadas. Seus direitos e deveres, portanto, são regulados, temporariamente, a partir da sentença condenatória e da posterior relação com a administração penitenciária.

Na realidade experimentada hodiernamente, os prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma periculosidade e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento) para os quais é um mito, no caso, a presunção de inocência. De acordo com o último relatório divulgado pelo Ministério da Justiça sobre o Sistema Penitenciário, dos 607.731 presos no Brasil, cerca de 250.000 (41%) são presos provisórios (BRASIL, 2015). Na maioria dos casos, a Justiça prende e abandona. A agilidade da polícia e do Poder Judiciário no tocante ao aprisionamento é inversamente proporcional aos esforços gastos para a soltura dos presos sem condenação definitiva.

É flagrante a ausência das entidades sociais no interior do Sistema, salvo a participação isolada de algumas organizações sociais. Os órgãos responsáveis pela fiscalização e inspeção nos presídios são, na sua maioria, omissos e descomprometidos. Em parte, isso se deve ao fato de não sofrerem nenhuma cobrança da sociedade ou das autoridades competentes. São comuns tais organismos se fazerem presentes somente nos momentos de rebeliões ou de motins, ignorando sua função preventiva.

Os Juízes da Execução Penal, de acordo com o artigo 66, inciso VII, da LEP, deveriam realizar visitas mensais aos presídios sob sua responsabilidade, a fim de fiscalizar as unidades e verificar as necessidades dos presos. Infelizmente esta prática é quase inexistente. O artigo 68, parágrafo único, da LEP, exige do Ministério Público o mesmo dever dos magistrados de visitar mensalmente a população carcerária. Lamentavelmente, verificamos semelhante ausência. (BRASIL, 1984).

As lacunas deixadas pelo Estado, pelos órgãos responsáveis por aplicar integralmente a Lei de Execução Penal, possibilitam o desenvolvimento de organizações criminosas, suprindo as necessidades, a seu modo, da população carcerária extremamente carente.

A forte atuação das facções no sentido de valorizar o indivíduo com autoestima deficiente, à margem da sociedade, tornando-o parte de um grupo maior, dotado de "ideais" e objetivos, transforma a "filiação" em algo praticamente irresistível. O fenômeno conhecido como "o quartel general do crime", onde se detectam práticas diversas de crueldade e violência, de acordo com a forma de pensar de cada integrante, já se estruturou segundo suas próprias leis (ALVES, 2003). O poder paralelo, então, atua sem falhas, obrigando os apenados a obedecer àquelas ordens, num espaço administrado pelo Estado. Sobre as regras vigentes no cotidiano do cárcere, assevera Carvalho Filho (2002):

> O equilíbrio das penitenciárias é mantido por força de concessões de privilégios e tolerância que acabam estabelecendo focos de poder capazes de submeter todos a uma nova e inevitável rede de violência. A corrupção funcional encontra campo para se desenvolver. O abuso sexual alcança os mais jovens. Grupos rivais dividem os territórios, delimitados sob pena de morte: exigem lealdade e pagamentos. Cultiva-se, sobretudo, o ódio (CARVALHO FILHO, 2002, p. 70-71).

O conjunto de irregularidades do Sistema Prisional representa contundente violação do princípio constitucional da dignidade humana, destruindo gradativamente a personalidade do indivíduo. Não seria exagero classificar o cumprimento das penas privativas de liberdade, nas condições em que se apresentam em nosso país, como tratamento cruel.

O Relatório 2014/2015 da Anistia Internacional reconhece que as pessoas reclusas seguem sendo submetidas a condições desumanas ou degradantes no Brasil. A tortura se emprega de forma habitual como método de interrogatório, castigo, controle, extorsão e humilhação, segundo o informe anual da organização internacional de proteção de direitos humanos (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p. 74). Este conjunto de abandono, descaso, ausências decorre, em parte, do fato de as prisões serem utilizadas também como forma de segregação social.

Segundo o sociólogo espanhol Fernando Gil Villa, em sua obra, "La exclusión social", não existe uma espécie de exclusão, mas muitas delas, apesar de todas possuírem características classificadas a partir de determinados critérios. O sociólogo espanhol Fernando Gil Villa, professor da Universidade de Salamanca, observa que, na discussão sobre exclusão social, nem sempre estará diretamente inserido o debate sobre desigualdade. Pode haver igualdade perante a lei e não existir igualdade de oportunidades, o que, ferindo a democracia plena, leva à exclusão. Nas palavras de Villa (2002):

> En nuestro mundo actual, el número de personas que se desvían de la norma y son sancionadas por su conducta, convirtiéndose en excluidos sociales, aumenta constantemente. Nos encontramos aquí con tres tipos de hechos: el incremento del número de delitos, la aparición de nuevos delitos tipificados en los códigos penales, y el aumento de la población encarcelada (VILLA, 2002, p. 15).

O aprisionamento tornou-se expediente utilizado para reafirmação inconsciente da exclusão social. Reflexo e prova disso é o perfil da população carcerária, formada em sua maioria por jovens, pardos ou negros, de baixa escolaridade, provenientes das regiões onde há maior pobreza. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), coletados até junho de 2014, dos mais de 600.000 presos nas instituições carcerárias do país 56% têm entre 18 e 29 anos. Também conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, do total de pessoas privadas de liberdade, 67% é de negros e 53% só possui o ensino fundamental incompleto (BRASIL, 2015).

No que diz respeito às espécies de delitos cometidos, na distribuição de crimes tentados ou consumados, entre os registros de pessoas privadas de liberdade, prevalecem os tipos penais que lesam o patrimônio e as práticas ilícitas que envolvem o tráfico de drogas. As porcentagens dos tipos penais de furto, roubo, latrocínio e receptação, somados, configuram 38% de todos os crimes, enquanto o tráfico de drogas representa 27% do total das infrações penais, com números inclusive superiores aos da ocorrência de homicídios, responsáveis por apenas 14% deste montante. Em contrapartida, crimes praticados por funcionários públicos contra Administração, que ferem o interesse coletivo, a exemplo da Corrupção Passiva

e do Peculato que, claramente, ocorrem com bastante frequência no Brasil, não chegam sequer a 1% nas estatísticas oficiais (BRASIL, 2015).

Assim, no campo prático, existe uma surpreendente incoerência entre a gravidade das condutas reconhecidas como insuportáveis à vida harmônica em sociedade e a aplicação das políticas penais de prevenção e repressão aos delitos. Esta dinâmica perversa de relativizar a gravidade dos bens jurídicos violados de acordo com o perfil de quem pratica a infração às normas estatais demonstra a seletividade penal presente em nosso país, segregando as parcelas da população que são consideradas problemáticas ou indesejáveis, ainda que grande parte dos problemas que originaram o aumento da violência e da criminalidade resida exatamente na falta de políticas públicas de inclusão dessas pessoas (CAVALCANTI, 2013).

A sanção penal e o sistema carcerário, da maneira como estão concebidos atualmente, somente reproduzem as desigualdades econômicas e culturais de uma sociedade extremamente dividida em classes antagônicas, reforçando ainda mais o processo de exclusão social dos cidadãos mais desassistidos rotineiramente de direitos, garantias e oportunidades (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2009).

Não há perspectiva visível de emprego e o tempo perdido atrás das grades aprofunda ainda mais o abismo entre aquele que tenta recomeçar, após ter pagado sua pena, e o indivíduo comum. É preciso lembrar, inclusive, que os apenados em vias de liberação sofrem a pressão de já deverem saber as regras de um mundo estranho ao de costume, de se manterem no seu “devido lugar”.

Por sua vez, as famílias dos indivíduos egressos da prisão convivem com a responsabilidade de não serem um fator de regressão para o ex-apenado. Segundo Goffman (1999) essa incerteza é vivida por todos os participantes desse processo. Há uma preocupação em como dominar as impressões a respeito do outro, principalmente quanto ao agente que é estigmatizado, porque não sabe ao certo que lugar ocupa nas representações e nos temores sentidos pelo outro.

De forma preocupante, aumenta a cada dia a quantidade de pessoas nas ruas que acreditam ainda que "preso bom é preso morto", um pensamento de eliminação absoluta destes indivíduos que são também produto do corpo social que muitas vezes lhes negou direitos fundamentais.

2.4 Considerações Finais

O aumento da criminalidade e a superlotação de nossos presídios vêm denunciar que o Estado falhou mais uma vez na sua missão garantidora do bem comum. Cenário comum dos noticiários dos últimos anos, as rebeliões dos presos são sintomas inconfundíveis de que o sistema penal atingiu o seu limite.

A estigmatização do preso e a escassa perspectiva de reintegração efetiva à sociedade, causadas pelo preconceito social de que o interno é vítima, contribuem diretamente para os altos índices de reincidência, bem como para a postura desprovida de esperança para o apenado.

O egresso retornará a uma sociedade impregnada por uma concepção de dualismo social de bem/mal, onde o mal é sempre o apenado. Em que pesem os esforços legislativos, a realidade do egresso brasileiro é oposta ao preconizado, haja vista que este normalmente se vê só e impossibilitado de conviver em sociedade como uma pessoa “normal”, pois a rotulação social da pessoa e a ação da instituição total se combinam para levá-lo a assumir o rol desviado.

A verdadeira reinserção passa pelo aprimoramento sociocultural do condenado, enquanto naquela condição de encarceramento. Ali, deveria receber tratamento para as eventuais doenças psicossomáticas,

treinamento profissional e condicionamentos elementares à vida em uma sociedade aberta. Quando libertado, deveria ter à sua disposição ampla e eficaz infraestrutura para que materialmente se realize tudo aquilo que formalmente lhe foi transmitido. É preciso atingir a compreensão de que a oportunidade de reinserção do condenado deverá estar decididamente voltada para uma preparação, desde sua chegada à penitenciária.

Para tanto, nunca é demais repetir, torna-se imperiosa a estruturação efetiva dos órgãos já previstos na legislação penitenciária, mas não devidamente implantados, apesar de devido e pago por nós, sociedade e contribuintes.

Por outro lado, é preciso refrear a onda de punitivismo que vem crescendo junto às pessoas comuns, aplicar de fato as penas legalmente expressas diversas da prisão e elaborar uma política criminal predominantemente preventiva, agregada a políticas públicas de inclusão social, conforme as diretrizes estabelecidas por nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Deques. **Do tratamento penal à reinserção social do criminoso.** 2003. 66 f. Monografia. (Especialização em Tratamento Penal e Gestão Prisional)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2014/2015:** o estado dos direitos humanos no mundo. Rio de Janeiro: Editorial Anistia Internacional, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Bauru: Edipro, 2000.

BENITO DURÁ, Mauricio. **Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica, análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 13 de jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Censo das unidades prisionais e dados agregados.** Brasília: MJ/DEPEN, 2015. Disponível em: <http://www.portal.mj.gov.br/infopen>. Acesso em: 30 out. 2016.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão.** São Paulo: Publifolha, 2002.

CAVALCANTI, Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti. **Libertad condicional y reinserción social:** um análisis comparado entre Brasil y Espãna. 2013. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de Salamanca, Salamanca, 2013.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Recordações da casa dos mortos.** São Paulo: Martin Claret, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** São Paulo: Perspectiva, 1999.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANZ MULAS, Nieves. La pena privativa de libertad y sus alternativas. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coord.). **Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal:** derecho penitenciario. Madrid: Iustel, 2010.

SYKES, G. M. **Crime e sociedade.** Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1969.

VILLA, Fernando Gil. **La exclusión social.** Barcelona: Editora Ariel, 2002.

ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura. P**olítica criminal y prevención del delito:** el denotado restablecimiento de la pena de prisión en españa o la construcción social del delincuente/enemigo, víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente. Granada: Comares, 2009.

CAPÍTULO

03

REGULAMENTAÇÃO DO USO DE ALGEMAS E ATIVISMO JUDICIAL

Francisco Iasley Lopes de Almeida

3 REGULAMENTAÇÃO DO USO DE ALGEMAS E ATIVISMO JUDICIAL

Francisco Iasley Lopes de Almeida[6]

3.1 Introdução

Inicialmente, será estudado o uso das algemas, descrevendo o panorama histórico, desde sua criação, a razão de sua origem e o processo evolutivo de seu uso ao longo do tempo e as modalidades de instrumentos utilizados como tal, para então incursionar sobre sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro. Até porque seria impossível ter o exato conhecimento de um instituto jurídico sem realizar seu exame histórico.

A preocupação de se estudar tal campo de conhecimento justifica-se pela necessidade de se compreender o uso das algemas, e como esse uso está disciplinado no campo jurídico e jurisprudencial, perfazendo uma reflexão dialética entre os dispositivos legais que regem o instituto "algemas" e as relações jurídicas decorrentes de seu emprego.

O estudo do tema justifica-se pela possibilidade de proporcionar aos cidadãos uma resposta sobre os dispositivos legais que norteiam o uso das algemas como uma medida de proteção ao próprio preso, à população e aos executores da prisão, além de verificar a proibição do uso arbitrário que provoque humilhação, perseguição, pré-julgamento e discriminação do preso ou conduzido, em detrimento da preservação de sua dignidade. O uso de algemas é um tema importante, bastante discutido nos meios acadêmicos e pelos policiais que se deparam diariamente com situações de flagrâncias, ou cumprimento de mandados de prisão, e se perguntam se devem ou não fazer uso das algemas.

As algemas são instrumentos restritivos da liberdade humana e as hipóteses permissivas de seu uso devem estar expressamente previstas em lei, sob pena de se incorrer em violação do direito constitucional à dignidade da pessoa. A palavra algemas vem do árabe al-jemme ou al-jemma que significa pulseira, tornando-se mais difundida a partir do século XVI, apesar de serem também usados grilhões, ou simplesmente ferros. Todavia, algemas como instrumento de imobilização e contenção é o termo mais usado e sempre no plural. Ao longo dos séculos, vários instrumentos foram criados e usados como algemas, a despeito de grilhetas, em formato do algarismo oito ou da letra "U", ou do tipo borboleta. Para chegarmos aos dias atuais com sistemas de travamento para impedir lesões e algemas para uso emergencial, como fitas plásticas de grande dureza material.

Desta forma, no presente trabalho serão demonstrados os resquícios legais da previsão do uso de algemas no ordenamento jurídico brasileiro e discutida a Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal que disciplinou a utilização das algemas. (BRASIL, 2008c).

Em uma análise do sistema jurídico-penal brasileiro pode ser verificado que não existem normas que estabeleçam as hipóteses permissivas do uso de algemas, mas meros indicativos de seu emprego, resultando em questionamentos a respeito da legitimidade e sobre quem deteria o poder de decisão de seu uso. Sendo assim, diante da análise do instituto "algemas", surge a seguinte indagação: existe regulamentação do uso de algemas no ordenamento jurídico brasileiro?

---

6 Professor de Faculdade Reinaldo Ramos-FARR. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual da Paraíba-UEPB. Delegado de Polícia Civil da Paraíba.

A presente pesquisa é descritiva e tem por finalidade demonstrar os dispositivos legais que preveem o uso de algemas, e, ao mesmo tempo, verificar se tal uso provoca castigo ou tratamento cruel violadores da dignidade da pessoa humana e, principalmente, demonstrar o ativismo judicial na produção e publicação da Súmula Vinculante nº 11. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, desenvolvida com base em estudos publicados sobre a temática, como doutrinas, artigos científicos e livros e demais produções científicas.

3.2 Etimologia e Panorama Histórico das Algemas

A etimologia da palavra algema vem do árabe al-jemme ou al-jemma, que significa pulseira, sendo uma herança da ocupação árabe da Península Ibérica. Esse nome se tornou conhecido por volta do século XVI, apesar de já ser utilizado o nome de grilhões ou ferros, que tinha a mesma função de prender o braço do detido.

Segundo o Dicionário Aurélio "o termo algema pode ser definido como um par de argolas metálicas, com fechaduras, ligadas entre si, para prender alguém pelo pulso". Elas também, atualmente, podem ser feitas de plásticos resistentes além das metálicas, destinadas a manter presos os pulsos dos conduzidos. "Para esse mesmo autor, tem-se por sinônimo a sucessão de anéis ou de elos de metal ligados uns aos outros; corrente, grilhão." (FERREEIRA, 2001). Contudo, o emprego de instrumento restritivo dos movimentos do ser humano remonta à antiguidade, prendendo mãos e pés, como bem assevera Herbella (2008):

> Diz a lenda que Sísifo gostava muito de falar sobre a vida alheia e que em um de seus contos proferiu o nome de Zeus (deus do céu e da terra), comentando que este havia fugido com a filha de Asopus, pois estava apaixonado. Injuriado Zeus pede que Hades (deus do mundo dos mortos) carregue Sísifo para o inferno. Atendendo ao pedido de Zeus, Hades foi ao encontro de Sísifo carregando um par de algemas a mostra. Ao vê-las Sísifo, espertamente pede para Hades demonstrar o mecanismo daquele objeto. Então Hades coloca as algemas em seus próprios punhos em atenção ao pedido de Sísifo que astutamente fecha as algemas e o mantém prisioneiro, fazendo um bem a todos, pois enquanto Hades estivesse preso ninguém seria morto. (HERBELLA, 2008, p. 23).

Na Bíblia Sagrada, nos livros de Timóteo 2, 1:16 e de Ato dos Apóstolos 12:41, há passagens que mencionam a palavra algemas tal como é conhecida nos dias atuais.

> Timóteo 2, 1:16 [...] porque muitas vezes me deu ânimo e nunca se envergonhou das minhas algemas. 2,29: "e pelo qual sofro, a ponto de estar acorrentando como um malfeitor. Mas a palavra de Deus não está acorrentada!
> [...]
> Ato dos Apóstolos, 12:4: Mandou prendê-lo e lançou no cárcere, entregando-o a guarda [...]
> Ato dos Apóstolos 12:6: [...] Naquela mesma noite dormia Pedro entre dois soldados, ligado com duas cadeias. Os 'guardas, a porta, vigiando o cárcere (BÍBLIA..., 2000, p. 1428-1522).

Veja que a Bíblia nomeava, indistintamente, os termos grilhões, cadeias e algemas, e segundo Herbella (2008):

> Desses grilhões foi se aperfeiçoando o instrumento contentor das mãos até os presentes modelos, modernos e sofisticados, das algemas, que passaram a ser usadas por todas as outras sociedades e estão presentes até a atualidade, sem qualquer indício de abolição. (HERBELLA, 2008, p. 25).

Além disso, não podemos esquecer a época escravocrata, na qual os escravos, considerados propriedade de seus donos, eram inicialmente imobilizados com cordas em seus pulsos e açoitados como punição quando tentavam fugir. Mas, como as cordas começaram a trazer alguns problemas por poderem ser rompidas pelos próprios prisioneiros, causando insegurança, começaram a ser usados os grilhões, por serem mais seguros e prenderem os pulsos e tornozelos, tornando mais difícil a fuga dos prisioneiros. Porém, os grilhões possuíam um só tamanho, permitindo que as pessoas que tivessem os pulsos mais finos que o normal fugissem, e, quando tinham os braços mais grossos, esse instrumento não poderia ser utilizado. Nessa ótica, Machado (2012) lembra que:

> No direito antigo e medieval, utilizavam-se largamente as argolas para a contenção dos presos, dos fugidos, dos negros, dos escravos. Esse aparato era mesmo de uso público, quando se pretendia não apenas conter, mas, sobretudo humilhar o réu ou negro fugido, como acontecia, por exemplo, quando o primeiro era atado pelas argolas ao pelourinho, em praça pública; ou quando o escravo era conduzido de volta à senzala pelo capitão do mato. Não se utilizam mais as argolas nos tempos modernos, o seu sucedâneo é a algema, que cumpre as mesmas funções, com idêntica carga de humilhação. (MACHADO, 2012, p. 665).

No início do século passado começaram a surgir algemas de tipos bem mais modernos, como as apresentadas na (Figura 1), a seguir. Nessas, o semiarco fixo e duplo é formado por duas peças de metal recurvo por entre as quais a parte móvel, dentada, pode passar. Cada uma delas possui uma parte móvel, dentada que, ao ser introduzida no corpo da algema, passa por uma catraca que não permite que se abra, salvo através do uso da chave.

Figura 1: Algemas modernas

Fonte: Dados da pesquisa, 2016.

O modelo atual de algemas, apesar de manter sua finalidade constritiva, impede que os pulsos do preso sejam lesionados, garantindo a integridade física, pois o sistema de travamento permite que sua utilização se amolde a espessura do pulso. Por isso, ela é atualmente usada pelas polícias, sem que isso implique, necessariamente, em lesões ao preso.

3.3 Uso de Algemas no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Analisando-se detidamente os diplomas legais brasileiros não foi encontrada nenhuma norma que preveja expressamente regramento sobre o uso de algemas.

O Código de Processo Penal, datado de 03 de outubro de 1941, em seus artigos 284 e 292 traz escoras

que possibilitam a utilização de algemas, apesar de não estabelecer expressamente o seu uso, ao admitir emprego de força indispensável para cessar a resistência ou impedir a tentativa de fuga do preso, in verbis:

> Art. 284. Não será permitido o emprego de força salvo a indispensável no caso de resistência ou tentativa de fuga do preso.
> (...)
> Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer resistência, do que tudo se lavrara auto, subscrito também por duas testemunhas. (BRASIL, 1941).

Dessa forma, o estatuto adjetivo deixou lacunas quanto aos meios contentores de força e as hipóteses do uso de algemas, provocando discussões jurídicas e jurisprudenciais que tentavam suprir aquele vácuo deixado pelo próprio legislador.

É obvio que a acepção da palavra força, usada no dispositivo legal, tem sentido geral e amplo, para estabelecer domínio necessário para deter a possível insubordinação ou tentativas de fuga.

De modo que, caberá ao agente estabelecer proporcionalmente à gravidade da reação que necessite ser estancada, os instrumentos e meios que sirvam para evitar a fuga e reverter a resistência. Tanto para não se colocar em risco quanto para resguardar a ordem dada na condição de autoridade.

Para Gomes (2011), o uso da força física e também de algemas, deve ser proporcionalmente avaliado diante da necessidade e adequação da medida contendora:

> Indispensabilidade da medida, necessidade do meio e justificação teleológica são os três requisitos essenciais que devem estar presentes concomitantemente para justificar o uso da força física e também, quando o caso com muito mais razão, de algemas. Tudo se resume consequentemente, no princípio da proporcionalidade, que exige adequação, necessidade e ponderação na medida e vale no Direito Processual Penal por força do artigo 3º do Código de Processo Penal (GOMES, 2011, p. 53).

No ano de 2008, com a reforma do procedimento do júri, através da Lei n° 11.689, de 9 de junho de 2008, a palavra 'algemas' veio aparecer expressamente no texto do Código de Processo Penal, em seus arts. 474, § 3º e 478, inciso I. Previsão esta que veio para evitar que o seu uso influenciasse os jurados durante o julgamento, interferindo na convicção desses juízes leigos. Segue esses dispositivos legais, in verbis:

> art. 474. (omissis)
> § 3º - Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.
> Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:
> I - à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou a determinação do uso das algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;
> II - (omissis). (BRASIL, 2008b).

Paralelamente, o Código de Processo Penal Militar, instituído através do Decreto-Lei n° 1.002/1969, trouxe em seu corpo o mesmo sentido para o emprego de força em caso de resistência ou tentativa de fuga. Mas, foi além, e previu expressamente o uso de algemas, estabelecendo que seu uso é excepcional e deverá ser evitado quando não evidenciado perigo de fuga ou agressão por parte do preso. Vejamos o que dispõe o

artigo 234, e § 1º, do Código de Processo Penal Militar, in verbis:

> Art. 234. O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas.
> 1º O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242. (BRASIL, 1969).

Segundo Lima (2011) essas hipóteses do uso de algemas previstas no Código de Processo Penal Militar já podiam ser aplicadas no processo criminal comum, por força de aplicação analógica admitida pela lei processual penal. Nesses termos assevera:

> Ademais, admitindo a lei processual penal a aplicação analógica, por força do art. 3º, caput, do CPP, mesmo antes das alterações produzidas pela Lei nº 11.689/2008, já deveria incidir no processo penal comum o art. 234, § 1º, do Código de Processo Penal Militar, segundo o qual o emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão (LIMA, 2011, p. 1247-48).

Nesse ínterim, o artigo 199 da Lei nº 7.210 que instituiu a Lei de Execução penal prevê em seu art. 199 que "o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal", de maneira que o seu uso exige regulamentação complementar (BRASIL, 1984). Mais de 20 anos se passaram e o decreto federal que deveria regulamentar o uso legítimo de algemas dentro das hipóteses permissivas não entrou em vigor castrando, de certa forma, a aplicabilidade legal na prática.

Nesse sentido, Mirabete (2002) assevera que:

> Não há dúvida sobre a necessidade da regulamentação, pois o uso desnecessário e abusivo de algemas fere não só o artigo 40 da Lei de Execução Penal, como também o artigo 5°, XLIX, da Constituição Federal, que impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do preso. (MIRABETE, 2002, p. 776).

Resumidamente, bem preconizou Lima (2011) sobre o panorama legal do uso de algemas no Brasil:

> Durante anos, silenciou o Código de Processo Penal acerca do uso de algemas no momento da prisão, limitando-se a Lei de Execução Penal a dispor que o emprego de algemas seria disciplinado por Decreto Federal (LEP, art. 199), o qual até o presente momento não foi editado. Só mais recentemente é que o CPP passou a prever, no âmbito do procedimento do júri, que não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes (CPP, art. 474, § 3º, com redação dada pela Lei nº 11.689/2008). Ademais, segundo o art. 478, inc. I, do CPP, durante os debates, as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficie ou prejudique o acusado. (LIMA, 2011, p. 1247).

Diante dessa lacuna legal relativa à regulamentação do uso de algemas foram propostos diversos projetos de lei. Dentre os mais significativos e recentes pode ser citado o projeto de lei do Senado nº 185/04, de autoria do ex-senador Demóstenes Torres, o qual apresentou como justificativa a necessidade de regulamentação do emprego de algemas, em razão de não ter sido promovida por decreto presidencial nos

termos do art. 199 da Lei de Execução Penal, face a omissão do Poder Executivo que passados mais de 20 anos de publicação da LEP não promulgou o decreto regulamentar, além da constante violação dos direitos fundamentais dos presos por serem frequentemente expostos pelos meios de imprensa usando algemas.

Assim, o PL 185/04 trouxe as hipóteses do uso legítimo de algemas em seu art. 2º, in verbis:

> Art. 2º As algemas somente poderão ser empregadas nos seguintes casos:
> I – durante o deslocamento do preso, quando oferecer resistência ou houver fundado receio de tentativa de fuga;
> II – quando o preso em flagrante delito oferecer resistência ou tentar fugir;
> III – durante audiência perante autoridade judiciária ou administrativa, se houver fundado receio, com base em elementos concretos demonstrativos da periculosidade do preso, de que possa perturbar a ordem dos trabalhos, tentar fugir ou ameaçar a segurança e a integridade física dos presentes;
> IV – em circunstâncias excepcionais, quando julgado indispensável pela autoridade competente;
> V - quando não houver outros meios idôneos para atingir o fim a que se destinam. (BRASIL, 2004b).

Doravante, esse projeto no seu art. 3º, ainda estabeleceu situações em que fica proibido o uso de algemas como forma de castigo ou sanção disciplinar, por tempo excessivo e quando o investigado ou acusado se apresentar espontaneamente à autoridade policial ou judiciária. (BRASIL, 2004b).

No julgamento do Habeas Corpus n. 91.952-9/SP, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre a legalidade do uso de algemas em réu durante toda a sessão de julgamento do tribunal do Júri (BRASIL, 2008d). Decisão está que serviu de fundamento para publicação da Súmula Vinculante nº 11, cujo tema falaremos com maiores detalhes no capítulo seguinte.

Posteriormente, o Deputado Federal do PMDB/RJ Marcelo Itagiba em posição diametralmente oposta, inclusive contrariando o estabelecido na Súmula Vinculante nº 11 do STF, propôs o Projeto de Lei n. 3.887/08. Este projeto buscou regulamentar o uso de algemas determinando que toda pessoa presa por decisão judicial ou em flagrante delito fosse conduzida algemada à prisão. (BRASIL, 2008a).

O Projeto de Lei nº 3.887/08 dá nova redação ao art. 199 da Lei nº 7.210, que passaria a vigora com a seguinte redação: "Art. 199. A condução do preso se dará com uso de algemas". Assim, percebemos que o artigo 199 da Lei de Execução Penal permanece ainda carente da necessária regulamentação complementar, apesar de todos os projetos que foram apresentados ao curso dos anos. (BRASIL, 1984; 2008a).

Agora, o que não se pode conceber é a falta de regulamentação ou regulamentação que se sobreponha aos direitos constitucionais. Porém, essa regulamentação não deve partir do Poder Judiciário, o qual na teoria da divisão dos poderes é o poder inerte, que terá atribuição como legislador negativo a fim de expurgar do ordenamento normas que afrontem a Constituição Federal, e não com função legiferante de criar normas.

Contudo, observando as regras insculpidas no ordenamento jurídico-penal brasileiro surge a pergunta: a quem caberá a avaliação do uso da força ou de algemas?

Observando as hipóteses permissivas, caberá à autoridade policial decidir se na situação concreta se faz necessário o uso da força ou de algemas para conter a reação do preso para afastar a resistência ou evitar sua fuga. Nesse sentir, preconiza Capez (2014):

> O emprego de algemas, portanto, representa importante instrumento da atuação prática policial, uma vez que possui tríplice função: proteger a autoridade contra a reação do preso;

> garantir a ordem pública ao obstaculizar a fuga do preso; e até mesmo tutelar a integridade física do próprio preso, a qual poderia ser colocada em risco com sua posterior captura pelos policiais em caso de fuga (CAPEZ, 2014, p 258).

Muito embora não seja concebível que a utilização de algemas constitua consequência natural de toda e qualquer prisão, pois paralelamente haverá direitos que deverão ser igualmente respeitados e protegidos pelos agentes policiais. E o emprego de algemas só deverá ocorrer quando houver resistência ou perigo de fuga, sob pena do cometimento do crime de abuso de autoridade. Nesse sentido, preleciona Machado (2012):

> O emprego desnecessário desse aparato, sem que esteja configurado qualquer tipo de resistência ou possibilidade de fuga, viola direitos fundamentais do acusado e caracteriza mesmo verdadeiro crime de abuso de autoridade, aliás, crime previsto no art. 4º, b, da lei nº 4.898/65, que é o fato de 'submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei. (MACHADO, 2012, p. 666).

O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus Nº 89.429/RO (BRASIL, 2006b), já havia se pronunciado sobre o emprego legítimo de algemas a despeito da ausência de regras legais próprias, conforme explica Lima (2011):

> Em face da lacuna legal referente ao uso de algemas quando do momento da prisão, mesmo antes da reforma processual de 2008, o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado no sentido de que o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nas seguintes hipóteses: a) com a finalidade de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer; b) com a finalidade de evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. (LIMA, 2011, p. 1248).

Em verdade, o que não se pode admitir é que o sensacionalismo midiático sirva como fundamento impeditivo do uso de algemas. Haja vista tratar-se de instrumento imprescindível para atuação policial com o fim de preservar a incolumidade física das pessoas envolvidas na abordagem e diligência, tanto a dos policiais quanto do próprio preso, além de preservar a ordem pública impedindo que ele fuja.

3.4 Regulamentação do Uso de Algemas pelo STF

3.4.1 Supremo Tribunal Federal e a Súmula Vinculante

Com a reforma constitucional implementada pela Emenda nº 45/2004, foi instituída a Súmula Vinculante no sistema jurídico brasileiro para consolidação de decisões reiteradas por um tribunal para a interpretação, a validade, a eficácia ou a aplicação de normas determinadas, cujo enunciado vincula em razão de seu caráter de imperatividade os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta. (BRASIL, 2004a).

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004 foi inserido o novel art. 103-A criando a Súmula Vinculante que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para editá-la, in verbis:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em

> relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
> § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.
> § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.
> § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (BRASIL, 2004a).

E mais, em razão de seu cunho de obrigatoriedade, qualquer interessado poderá interpor reclamação diretamente a Suprema Corte diante do descumprimento da orientação enunciada na súmula, sem necessidade de interpor recurso ao órgão jurisdicional hierarquicamente superior.

Em 2006, foi publicada a Lei nº 11.417, que regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2006a). Atualmente, o STF já editou 32 súmulas vinculantes sobre diversos temas e com reflexos em vários ramos do direito. Segundo Novelino (2014):

> Dentre os aspectos favoráveis ao enunciado de súmula com efeito vinculante podem ser destacadas a segurança jurídica, a celeridade e a previsibilidade das decisões judiciais. A uniformização da atividade interpretativa evita a multiplicação de opiniões dissonantes entre os distintos órgãos jurisprudenciais e, por consequência, asseguraria a manutenção do princípio da igualdade. (NOVELINO, 2014, p. 911).

Muito embora, não caiba ao Supremo Tribunal Federal suprir os atrasos na publicação de atos normativos pelo Poder Legislativo, que na maioria das vezes demanda uma discussão aprofundada dos representantes populares, com a edição de súmulas com efeitos vinculantes aos demais órgãos do Judiciário e da administração pública.

Na verdade, a admissão da crescente edição de súmulas vinculantes permitirá a construção de um texto constitucional fora da Constituição Federal, a despeito da Súmula Vinculante Nº 11, o que implicará em inconstitucionalidades pela própria corte suprema. O renomado jurista José Joaquim Gomes Canotilho, em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, demonstrou sua preocupação com o alargamento da atuação do Poder Judiciário na construção do sistema normativo. Chegando a concluir que no Brasil, em decorrência do ativismo judiciário, se formou uma segunda Constituição com base nas súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, que, segundo ele, tem competências e poderes que nenhum outro na Europa possui. Assim, pondera Canotilho (2013):

> É o que tenho eu dito: o Brasil tem uma outra Constituição feita pela jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal". O que eu entendo é que a Constituição que tem todos esses anos, 25 anos, não aprofundou as divergências, os dissensos no Brasil. Houve muita contestação, mas não podemos dizer que ela dividiu o Brasil. Já teve uma revisão. E ela tem se adaptado, na medida em que surgem os problemas. O grande êxito é que depois de muitas convulsões, acabou de ser um instrumento de pacificação. E já há uma outra constituição, muito rica em termos de sugestões, o ativismo judiciário, completada pela jurisprudência rica dos tribunais. (CANOTILHO, 2013).

É uma realidade no Brasil. O Supremo Tribunal Federal, utilizando-se das súmulas vinculantes cria uma segunda constituição, como bem frisou o renomado jurista Canotilho (2013), estabelece normas imperativas a serem obedecidas pelos órgãos do Poder Judiciário e de toda a administração pública.

Mas, até que ponto o STF poderá regular situações sob o pretexto de concretizar valores e fins constitucionais. A súmula vinculante não teve por fim servir de instrumento de suprimento de omissão legislativa. Se assim o for, estaremos permitindo que esse tribunal legisle e construa uma nova ordem jurídica, o que não é concebível em um estado democrático de direito que consagra o princípio da separação dos poderes e as competências do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, impedindo que um invada o âmbito de competência do outro, mas, ao mesmo tempo, admitindo que todos se fiscalizem reciprocamente.

3.4.2 Requisitos para Edição de Súmula Vinculante

No dizer de Novelino (2014, p. 912) "o enunciado de súmula com efeito vinculante tem como características a generalidade, abstração e imperatividade, impondo-se com força cogente sobre seus destinatários", além de possuir caráter eminentemente de natureza constitucional, apesar de não ficar restrita à matéria constitucional, podendo tratar de qualquer outro ramo jurídico.

A edição de súmula vinculante está, no entanto, condicionada ao preenchimento de requisitos estabelecidos pelo art. 103-A da Constituição Federal e art. 2º da lei nº 11.417/2006. São eles:

a) normas sobre as quais haja controvérsia quanto à matéria constitucional;

b) existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública;

c) decisões reiteradas sobre matéria constitucional controvertida;

d) controvérsia que acarrete grave insegurança jurídica;

e) relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica decorrente dessa controvérsia. (BRASIL, 1988; 2006a).

Portanto, não será qualquer matéria que repercuta no âmbito constitucional que permitirá a edição de súmula vinculante. Na verdade, além de controvérsia que sobre a matéria pese, é necessário que haja reiteradas decisões judiciais, permitindo ao STF, para afastar o clima de insegurança jurídica que advém dessa situação, publicar enunciado que servirá de fundamento na resolução de casos semelhantes.

A propositura de súmula vinculante poderá ser feita, de ofício, por 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, ou por provocação, dos legitimados a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição da República. (BRASIL, 1988).

3.4.3 Da Edição da Súmula Vinculante N°11 - STF

Como dito alhures, a aprovação da Súmula Vinculante Nº 11 se deu em decorrência do julgamento do Habeas Corpus n. 91.952-9/SP pelo Supremo Tribunal Federal, no qual foi declarada a nulidade da decisão que condenou o réu Antônio Sérgio da Silva, pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista, no ano de 2005, pelo fato do réu ter sido mantido algemado durante a sessão de julgamento, sem que a juíza-presidente apresentasse motivos que justificassem tal medida.

Nesse julgamento, o Ministro Relator Marco Aurélio apontou que o uso de algemas no réu durante toda sessão do júri resultou em ofensa à dignidade da pessoa humana, por não ter sido apresentada justificativa plausível e fundamentada para a permanência dele algemado por horas durante o julgamento. Permitindo, assim, a influência dos jurados na formulação de um pré-julgamento de que o réu era culpado e que se tratava de criminoso de alta periculosidade.

O Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de acabar com abusos relacionados ao uso de algemas, aprovou, por unanimidade, em sua composição plenária realizada em 13 de agosto de 2008, a Súmula Vinculante nº 11, assim editada:

> Só é lícito o uso de algemas em caso 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, como também é de responsabilidade do Estado. (BRASIL, 2008c).

Em análise aos requisitos estabelecidos no art. 103-A da Constituição Federal chega-se à conclusão que o Supremo Tribunal Federal não deveria ter editado e aprovado a súmula com efeito vinculante relativa ao emprego de algemas. Primeiro porque fundamentou-se em fato ensejador isolado, e, segundo, pelo fato de não existirem decisões reiteradas que resulte controvérsia atual que provoque grave insegurança jurídica. Ausentes esses requisitos a súmula padece de vício formal e, portanto, eivado de inconstitucionalidade.

Segundo Mendes (2011), à edição de súmula vinculante subordina-se a existência de decisões reiteradas sobre matéria constitucional que cheguem à discussão perante o Supremo Tribunal Federal, não podendo se pautar em decisões judiciais isoladas.

> Outro requisito para edição da súmula vinculante refere-se à preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Exige-se aqui que a matéria a ser versada na súmula tenha sido objeto de debate e discussão no Supremo Tribunal Federal. Busca-se obter a maturação da questão controvertida com a reiteração de decisões. Veda-se, desse modo, a possibilidade da edição de súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada. É necessário que ela reflita uma jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgados no mesmo sentido, é dizer, com a mesma interpretação. (MENDES, 2011, p. 1006).

Assim, a Súmula Vinculante Nº 11 carrega em si o vício de inconstitucionalidade e ilegalidade por quebra do princípio da separação dos poderes, ao invadir a competência legislativa do Poder Legislativo na regulamentação do uso de algemas. É ainda importante ressaltar que antes da edição da Súmula Vinculante Nº 11 pelo STF já tramitava no Senado Federal o Projeto de Lei Nº 185/2004, que trata justamente da regulamentação do uso das algemas (BRASIL, 2004b). Dessa forma, demonstrando que o Poder Legislativo

está desempenhando sua função típica, discutindo esse projeto para posteriormente ser encaminhado para votação e aprovação pelos parlamentares.

Na verdade, o STF legislou, inovou o ordenamento jurídico com seu ato normativo, estipulando as hipóteses do emprego de algemas. E mais, estabeleceu a responsabilização civil, administrativa e penal em caso de descumprimento da súmula. Isso é o que concebemos como ativismo judicial. O Poder Judiciário atuando como legislador positivo, inovando e criando normas jurídicas, como explicaremos mais adiante.

3.5 Ativismo Judicial

A luz da teoria de Montesquieu, o princípio da separação dos poderes estabelece funções a precípuas cada um deles sem, contudo, redundar em privatividade ou exclusividade. Assim, ao Legislativo cabe a função precípua de legislar, criando as normas legais, ao Executivo a execução prática das normas e a gerência da coisa pública e ao Judiciário o julgamento dos litígios que lhe são apresentados, teoria está adotada pela Constituição Federal em seu art. 2º. (BRASIL, 1988).

Isso significa que a Carta Magna prevê essas funções precípuas dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas ao mesmo tempo também consagra competências impróprias, assegurando o sistema de freios e contrapesos garantidor da democracia brasileira. Sob esse prisma, Barros (2012) esclarece:

> Com base nessa ideia, a Carta Magna estabeleceu, em seu art. 2º, que o Legislativo, Executivo e Judiciário são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si. Desse modo, cada um desses Poderes atua dentro de uma parcela de competência constitucionalmente estabelecida, repartindo, portanto, as funções estatais, sem olvidar que todos eles exercem controle um sobre o outro, de forma recíproca, com vistas a evitar abusos e especialmente violação a direitos humanos fundamentais. (BARROS, 2012).

Nessa mesma esteira aponta Peixinho (2008):

> O princípio da separação dos poderes não foi, histórica e originariamente, um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, delimitado e incomunicável de acordo com o seguinte axioma: ou é função executiva ou é função judiciária ou é função legislativa. Além das constituições contemporâneas atribuírem funções típicas e atípicas aos poderes constituídos, os Poderes Executivo e Judiciário têm agregado às suas competências de origem outros atributos cada vez mais crescentes. (PEIXINHO, 2008).

De sorte que em algumas situações, constitucionalmente previstas, o Legislativo também pode julgar (art. 52, incs. I e II) e gerencia a sua estrutura organizacional (art. 52, inc. XIII); o Executivo também legisla (art. 84, incs. VI e XXVI e art. 87, inc. II) e profere julgamentos em processos administrativos; ao passo que o Judiciário também administra (art. 96, inc. I, alínea b) e cria arcabouço normativo, inclusive com repercussão no interesse das partes em processos judiciais (art. 96, inc. I, alínea a). (BRASIL, 1988).

Isso é possível na medida em que o Judiciário exerce suas atividades como fruto da jurisdição constitucional, expurgando normas do ordenamento jurídico por reconhecer sua inconstitucionalidade ou declarando a constitucionalidade de leis questionadas. Para Oliveira (2009):

> No que tange à competência normativa do Poder Judiciário, há muito tempo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes se apresenta de uma nova maneira com a existência da Jurisdição Constitucional, a qual é atribuída funções de controle abstrato de normas e

> competência para dirimir conflitos entre órgãos, além de resolver impugnações contra leis ou decisões judiciais. (OLIVEIRA, 2009, p. 17).

É o que a doutrina e jurisprudência convencionou em chamar de legislador negativo. Isto é, quando o poder Judiciário em seu mister constitucional expurga do ordenamento normas jurídicas que violam a Carta Magna. No dizer de Zockun (2013):

> Assim, quando se aduz que o Poder Judiciário atua como legislador negativo, quer-se com isso dizer que, no exercício de sua típica função estatal, ele pode suprimir as prescrições normativas produzidas pelos Poderes. Não pode, contudo, produzir normas jurídicas que inovem em campo reservado à atuação dos demais Poderes. (ZOCKUN, 2013, p. 8).

Isso implica no que a doutrina chama de judicialização da política. Mas isso não autoriza a intervenção do Poder Judiciário nas competências dos Poderes Legislativo e Executivo. Segundo Oliveira (2009):

> A judicialização da política não significa a delegação do Poder Legislativo ou Executivo de sua competência ao Poder Judiciário nos Estados de Direito e nem a usurpação judicial do princípio da separação dos poderes, mas sim um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a Constituição e com os princípios democráticos. (OLIVEIRA, 2009, p. 17).

Por outro lado, há muito tempo que no direito brasileiro que o Poder Judiciário, para tentar minimizar os efeitos da ausência de políticas públicas eficazes e de violações da carta constitucional, vem suplantando sua função originalmente típica e que lhe conserva inerte, imparcial e justo para resolução dos conflitos, para invadir a competência normativa dos demais poderes republicanos.

Isso implica no que a doutrina denominou como ativismo judicial, consistente numa participação do Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, mas com interferência no âmbito de atuação do Legislativo e Executivo, apresentando diversas definições.

Ativismo judicial, portanto, segundo a acepção que concebemos, é um fenômeno em que o Poder Judiciário invade a esfera de competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Ao discorrer sobre as definições de ativismo judicial Ribeiro (2011) concluiu:

> Por derradeiro, sempre segundo BERMAN, surge a prática mais reconhecida como ativismo judicial, qual seja, a legislação judicial, consistente na criação do direito pelo judiciário, que deixaria de se limitar a interpretar as leis já existentes. (RIBEIRO, 2011).

Corroborando, as lições de Oliveira (2009):

> O crescente e constante deslocamento de competência dos Poderes Legislativo e Executivo ao Judiciário promove a obstrução da democracia, o que deveria ser exceção está se tornando regra. Tal deslocamento gera o fortalecimento do Judiciário, por um lado, mas por outro, indica significante queda da representatividade popular junto a uma redução da capacidade da sociedade de dar novas respostas a novos problemas. (OLIVEIRA, 2009, p. 39).

Como já dito, o Supremo Tribunal Federal só poderá aprovar súmula com efeito vinculante após reiteradas decisões sobre a mesma matéria constitucional. E tendo por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, nos exatos termos do art. 103-A, caput e §1º, da Constituição Federal.

Veja que a Súmula Vinculante Nº 11 não trata de VALIDADE, INTERPRETAÇÃO ou EFICÁCIA de NORMA DETERMINADA, em que HAJA CONTROVÉRSIA ATUAL, nem muito menos se pautou em DECISÕES REITERADAS SOBRE A MESMA MATÉRIA CONSTITUCIONAL. Mas, simplesmente criou uma norma, proibindo o uso de algemas, e descrevendo as hipóteses permissivas e as consequências do uso abusivo, invadindo, evidentemente, a competência do Poder Legislativo.

O primeiro ponto que salta aos olhos repousa no fato de não haver decisões reiteradas sobre a matéria em análise, cuja súmula resultou de um julgamento realizo pelo STF em sede de Habeas Corpus, já descrito acima. Outro se refere à falta de normas determinadas que merecessem a edição da súmula para fins de verificação de validade, interpretação e eficácia pelo Supremo Tribunal Federal. Não existe nenhuma norma específica e expressa no ordenamento jurídico-penal que verse sobre o emprego de algemas e não poderá o Judiciário suprir lacunas legislativas diante da necessidade de sua regulamentação.

Ausente ainda o requisito de controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que pudesse resultar em insegurança jurídica. Na verdade, a discussão sobre uso de algemas se deu no Poder Judiciário após a prisão do banqueiro Daniel Dantas. E mais, estabeleceu obrigação de fundamentação por escrito do uso de algemas pelo agente policial responsável pela prisão, criando regra não prevista no ordenamento jurídico.

3.6 Considerações Finais

As algemas têm nítida natureza restritiva, mas seu uso não se dá, necessariamente, para fins ilícitos. Até porque o sistema jurídico-penal brasileiro admite o emprego da força quando indispensável para afastar a resistência ou impedir a fuga do preso (art. 284, CPP). Se isso não bastasse, o Código de Processo Penal Militar (artigo 234, § 1º) e a Lei de Execução Penal (artigo 199) autorizam o emprego de algemas. (BRASIL, 1969; 1984).

Todavia, as hipóteses permissivas do uso de algemas ainda não foram legalmente regulamentadas, apesar de existirem projetos de lei em andamento no Congresso Nacional que visam a sua regulamentação.

O que não implica dizer que o emprego de algemas atualmente redunda em ilicitude, pois os dispositivos legais supracitados admitem o uso da força quando estritamente necessário para conter o preso. E esse uso da força pode se dá com o uso de algemas para evitar agressão do preso contra seu condutor, contra si próprio e em caso de tentativa de fuga do preso.

Entretanto, o uso das algemas, quando evidentemente desnecessário, desproporcional ou exagerado, torna-se ilegal, configurando abuso de autoridade. E, por isso, independentemente de quem seja a pessoa custodiada, sempre deverá ser feito quando concretamente necessário, nunca expondo inutilmente a imagem, nem tampouco violando o consagrado princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante da ausência de regulamentação expressa sobre o uso de algemas, o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, se valendo das prerrogativas constitucionalmente previstas, aprovou e editou

a Súmula Vinculante Nº 11. Contudo, a regulamentação do seu uso não pode ocorrer por via anormal, invadindo a competência do Poder Legislativo. Fundada em influências políticas e de opinião pública, e em desconformidade com os pressupostos e requisitos estabelecidos pela Constituição Federal para publicação de súmula de efeito vinculante, o que evidentemente ocorreu com a Súmula Vinculante Nº 11.

Como dito alhures, a Súmula Vinculante Nº 11 não se fundou em decisões reiteradas sobre a mesma matéria constitucional. Mas, no caso julgado no Habeas Corpus Nº 91.952/SP que versava sobre a ilicitude do uso de algemas no réu durante todo o julgamento no Tribunal do Júri. (BRASIL, 2008c; 2008d).

E mais, o Supremo Tribunal Federal não emitiu posicionamento vinculante acerca de norma determinada que repousasse controvérsia que merecesse orientação sobre sua validade, interpretação e eficácia. Na verdade, o STF criou uma norma, proibindo o uso de algemas, e descrevendo que seu emprego só será permitido em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia. Exigindo termo escrito do uso e estabelecendo sanções por seu descumprimento.

Cabe ao Poder Legislativo estabelecer as normas regulamentando o emprego de algemas e qual a autoridade incumbida da avaliação do seu uso lícito, atendendo aos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Portanto, resta evidente que o Supremo Tribunal Federal invadiu a competência do Poder Legislativo, pois apesar de não existir, ainda, uma legislação específica sobre o tema, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei Nº 185/04, a qual regulamenta o uso das algemas, não podendo aquele tribunal suplantar a competência constitucional do Legislativo. (BRASIL, 2004b).

Dessa forma, estamos diante de claro ativismo judicial, pois o Supremo Tribunal Federal se utilizou do instituto da súmula vinculante para legislar, em razão da omissão legislativa na regulamentação sobre o uso de algemas. Atuação que usurpa a competência do Poder Legislativo e eiva de inconstitucionalidade e ilegalidade a Súmula Vinculante Nº 11.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco Iasley Lopes de; LAMEIRÃO, Cláudio Marcos Romero. **Processo penal.** 3 ed. Leme: EDIJUR, 2014.

BARROS, Julianne Bezerra. Separação de poderes, controle jurisdicional de políticas públicas e neoconstitucionalismo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 15, n. 97, fev. 2012.

BÍBLIA Sagrada. São Paulo: Ave-Maria, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Nº 3887/2008, de 2008**. Autor Marcelo Itagiba – PMDB/RJ. Dispõe sobre o uso de algemas. Exige a utilização de algemas na condução do preso. Altera a Lei Nº 7.210, de 1984. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=592784&filename=PL+3887/2008>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-Lei Nº 1.002, 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 21 de out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Decreto-Lei Nº 3.689, 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] Uniãol,** Rio de Janeiro, 13 de out. 1941. Disponível em: <ww.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro e 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 31 de dez. 2004a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 13 de jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Lei Nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 20 de dez. 2006a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. Lei Nº 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 10 de jun. 2008b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/l11689.htm >. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei Nº 185, de 2004.** Regulamenta o emprego de algemas em todo o território nacional. Brasília: Senado Federal, 2004b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/68460>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **11ª Súmula Vinculante do STF limita o uso de algemas a casos excepcionais.** Brasília: STF, 2008c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94467>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. **Habeas Corpus 91.952-9/SP.** Rel. Min. Marco Aurélio. Algemas-Utilização. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. 07/08/08. Brasília: STF, 2008d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>. Acesso em: 21 set. 2016.

_____. **Habeas Corpus 89.429-1/RO.** Rel. Min. Carmem Lúcia. O uso de algemas no momento da prisão. Ausência de justificativa em face da conduta passiva do paciente. 22/08/06. Brasília: STF, 2006b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>. Acesso em: 20 set. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os réus do mensalão têm alguma razão', diz jurista guru dos ministros do STF. **Folha de São Paulo**, 24 nov. 2013, Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1375636-os-reus-do-mensalao-tem-alguma-razao-diz-jurista-guru-dos-ministros-do-stf.shtml>. Acesso em: 02 out. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e medidas cautelares:** comentários da lei 12.403, de 4 de maio 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da pessoa humana:** fundamentos jurídicos do uso de algemas. São Paulo: Lex, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal.** 4. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

MARCONI; Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico:** procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Mendes. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal:** comentários à lei nº 7.210 de 11/07/1984. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Jamile Luiz dos Santos. **Democracia "politicamente desviada":** o Supremo Tribunal Federal como ator político. 2009. 44 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Sociais)- Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2009. Disponível em: <http://www.ufjf.br/graduacaocienciassociais/files/2010/11/DEMOCRACIA-%E2%80%9CPOLITICAMENTE-DESVIADA%E2%80%9D-O-Supremo-Tribunal-Federal-como-ator-pol%C3%ADtico.pdf>. Acesso: 15 out. 2016.

PEIXINHO. Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais.** 2008. Disponível em: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/3/3>. Acesso em: 26 nov. 2016.

RIBEIRO, Daniel Mendelski. **Algemas de elite:** ativismo judicial súmula vinculante nº 11 do STF e proporcionalidade. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18408/algemas-de-elite>. Acesso em: 28 nov. 2016.

ZOCKUN, Maurício. **A separação dos poderes e o judiciário como legislador positivo e negativo.** 2013. Disponível em: <http://www.zockun.com.br/downloads/Poder%20Judici%C3%A1rio%20como%20legislador%20negativo.pdf.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2016.

CAPÍTULO

04

POLÍTICAS PÚBLICAS E ASSISTENCIALISMO: O DIREITO AO MÍNIMO PARA UMA EXISTÊNCIA DIGNA

Gustavo Giorggio Fonsêca Mendoza
Renata T. Villarim Mendoza

4 POLÍTICAS PÚBLICAS E ASSISTENCIALISMO: O DIREITO AO MÍNIMO PARA UMA EXISTÊNCIA DIGNA

Gustavo Giorggio Fonsêca Mendoza[7]
Renata T. Villarim Mendoza[8]

4.1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo descrever a cultura assistencialista em distintos momentos políticos do Brasil, o direito ao mínimo para uma existência digna como garantia constitucional e o Bolsa Família como uma das tentativas mais extensas de implantar uma Política Pública de acesso aos direitos sociais. Para lograr esse cometido analisaremos a bibliografia produzida sobre o tema durante os últimos anos.

A exclusão social tem sido, no Brasil, veementemente associada à questão da restrição de renda, à carência de recursos financeiros, à falta de assistência de uma maneira geral, constituindo-se assim um grande óbice ao desenvolvimento.

Vislumbra-se que a pobreza generalizada atrelada às guerras civis, à exclusão socioeconômica, além dos massacres, fome, e outras mazelas do mundo contemporâneo, tornaram-se assuntos preocupantes, principalmente nos chamados países emergentes.

As desigualdades vividas no Brasil atingem níveis cada vez mais alarmantes trazendo consequências graves à própria sobrevivência de uma parcela significativa da população. Elas se expandem cada vez mais pelos grandes centros, através do desemprego generalizado e contínuo, mal das grandes metrópoles, assim como ausência de perspectiva das classes menos favorecidas, e da violência que assola o país.

4.2 Direitos Fundamentais versus Direitos Humanos: um enfoque sobre a Teoria do Mínimo Existencial

São Tomáz de Aquino defendia a existência de um direito próprio ao ser humano, única e exclusivamente por sua filiação a Deus. Na realidade, a doutrina cristã foi um marco fundamental no pensamento ocidental no que tange a assistência àqueles que não tinham condições de subsistência. Desde seus primórdios, a própria igreja pregava a ajuda aos necessitados, fazendo com que os fiéis tivessem deveres, mesmo na época sombria da inquisição, fazendo assim com que a Igreja exercesse um papel assistencialista importante pregando a caridade, a distribuição de riquezas entre aqueles que estavam à margem da sociedade. Na Inglaterra, no século XVII, surge o primeiro movimento do Estado no sentido de proteger os necessitados com a chamada Lei dos pobres a "The Poor relief". Ela instituiu uma contribuição da sociedade com a finalidade de prestar auxílio às pessoas carentes (OLIVEIRA, 2012).

Um pacto ou um contrato entre os indivíduos deu origem à sociedade humana. Essa teoria é chamada de contratualista. "[...] seja qual for a origem da sociedade, seu fundamento e sua possibilidade como sociedade se acha em um pacto" (MORA, 2004, p. 575). Várias foram as formas desse contrato. A crescente secularização do Estado e a concepção de que este "[...] é composto por indivíduos, cujas relações entre si

7 Professor da Faculdade Reinaldo Ramos-FARR. Especialista em Direito Empresarial pelas Faculdades Unidas Metropolitanas-FMU-SP. Advogado.

8 Professora da Faculdade Reinaldo Ramos-FARR. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas-FACISA. Advogada.

são comparáveis às relações entre partículas, embora não necessariamente redutíveis a elas [...]" (MORA, 2004, p. 576) fazem surgir as teorias contratualistas modernas cujos principais representantes foram Thomas Hobbes (1588-1679); John Loocke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778). O contrato social como teoria política se propõe a explicar a origem do Estado, sua função e os direitos humanos. A vida em sociedade implica em algumas restrições para a obtenção de outros direitos.

O termo Direitos Fundamentais "droits fondamentaux" surgiu na França em 1770 como bandeira do movimento político-cultural que resultou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Foi na Constituição Alemã de 1934, mais precisamente na Constituição de Weimar, que houve a primeira referência aos direitos sociais.

Em 1940, surgiu o termo referente aos Direitos Humanos (Human rights), tendo como aliada, Eleanor Roosevelt. A esposa do presidente dos Estados Unidos, percebendo que em muitos lugares do mundo o direito das mulheres não parecia incluído nos "Direitos do homem e do cidadão" defendeu o termo Direitos Humanos como forma de obliterar essa falta.

Muitos autores não estabelecem diferenças entre as expressões Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. No entanto, ainda que o ser humano seja o destinatário da proteção jurídica em ambos os casos, observa-se uma tendência a incorporar aspectos de natureza espacial e de extensão do conteúdo para cada uma das categorias jurídicas.

Para Sarlet (2009) os Direitos Fundamentais se aplicam àqueles que se encontram positivados na esfera do direito constitucional de cada Estado, enquanto que os Direitos Humanos se referem às posições jurídicas que dizem respeito ao ser humano, independentemente de sua vinculação a qualquer ordem constitucional, e se encontra positivado em documentos internacionais, daí sua validade universal. Os direitos fundamentais são instrumentos que garantem uma existência digna e sua aplicação é assegurada pelos tribunais internos de cada país.

Diz-se que um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais é a Teoria do Mínimo Existencial desenvolvida por Robert Alexy, na Alemanha (OLIVEIRA, 2012). A Teoria do Mínimo existencial se refere a um complexo de situações materiais indispensáveis para a existência de uma vida digna em todos os aspectos Tratando-se de dignidade humana, o seu conteúdo não é unívoco e não está exclusivamente ligado aos direitos fundamentais, ainda que em determinadas circunstâncias possa ser identificado com ele. Essa teoria se alimenta de diversas ciências tais como a sociologia, o direito, a ciência política e a economia. O que se pretende é garantir o respaldo dos meios jurídicos para as lutas sociais contra a exclusão social e a miséria e amparar os pleitos em face do poder público.

O jurista Noberto Bobbio diz que "o problema fundamental em relação aos direitos do homem hoje, não é tanto justificá-lo, mas o de protegê-lo" (BOBBIO, 1992, p. 24). Isso confere legitimidade a uma intervenção que ampare as lutas sociais e as demandas processuais.

4.3 Exclusão Social

A exclusão social como realidade de fato se inscreve na história das desigualdades, não sendo um fenômeno novo. No entanto, os avanços científicos, tecnológicos e todos os processos de desenvolvimento econômico das últimas décadas, proporcionaram a uma grande parcela da população mundial, maiores níveis de bem-estar, ainda que tenham gerado ou deixado um sem número de pessoas sem acesso às condições

desse bem-estar. Esses avanços e as modificações na sociedade capitalista redesenharam as desigualdades, que agora não têm mais exclusivamente a lógica das sociedades de classe, mas ameaçam provocar um esgarçamento do próprio tecido social.

Os termos exclusão/inclusão social, nos últimos anos, passaram a fazer parte tanto das agendas políticas que se propõem ao resgate dos direitos fundamentais de uma parcela da população, quanto do vocabulário social cotidiano, para designar uma série de condições que, de maneira geral, poderiam ser caracterizadas como o desrespeito à igualdade, por um lado, e como desrespeito à diferença, por outro, ou ainda como a negação dos direitos de cidadania. A inclusão social, por sua vez, estaria caracterizada por condições diametralmente opostas às anteriormente referidas. Em nosso cotidiano, observa-se que, comumente, se equipara a exclusão com marginalidade considerada tanto em uma perspectiva, digamos, de território, na condição de estar fora de algo, como em uma dimensão pejorativa e carregada de conotação moral. Mais comum ainda é que a exclusão esteja vinculada à noção de pobreza e, no caso brasileiro, cita Sposati (1998) "o senso presente na sociedade sobre a exclusão social é extremamente rebaixado. O mendigo, o homem de rua, a criança de rua, isto é, as situações limiares é que são qualificadas como de exclusão social.".

Foi na França que, a partir de 1960, a palavra exclusão começou a aparecer, fazendo, sem muita precisão, menção aos pobres, Hilary Silver em 1994 já expressava: "Exclusion became the subject of debate in France during the 1960s". Politicians, activits officials, journalists and academics made vague and ideological references to the poor as les exclus (SILVER, 1994).

Atribui-se a René Lenoir a origem mais contemporânea do termo exclusão social ao publicar em 1974 o livro, Les exclus: un français sur dix ('Os excluídos: um em cada dez franceses'), ainda que o trabalho não contivesse qualquer elaboração teórica do conceito de exclusão social (ESCOREL, 2009).

Robert Castel, sociólogo francês que ocupou durante algum tempo a Direção de Estudo da École des Hautes Études en Sciences Sociales em Paris, em um artigo sobre a dinâmica dos processos de marginalização, embora reconhecendo que na base dos processos de marginalização existe a situação de miséria econômica, considera difícil estabelecer patamares de pobreza que sirvam como critérios definidores de marginalidade (ele não fala até aqui de exclusão) e, portanto, dos indivíduos que necessitam de auxílio. Castel (1997) fala da existência de uma "pobreza integrada" como aquela existente nas sociedades europeias anteriores ao século XIX. Essa pobreza integrada estava constituída por pessoas que, embora vivendo em condições de precariedade econômica e de desprovimento de bens, quase no limite do humano, por terem determinadas atividades produtivas eram consideradas autônomas e não dependiam de auxílios sociais. "No entanto, outros grupos, como vagabundos, que a priori não eram nem mais nem menos "pobres", recebiam um tratamento totalmente diferente e eram completamente marginalizados". (CASTEL, 1997, p. 21).

Castel (1997) diz que a marginalização aparece no final de um duplo processo de desligamento: do trabalho e das relações interpessoais. Nesse processo de integração/degradação existiriam três zonas. A zona de integração onde o indivíduo teria um trabalho estável e uma inserção relacional também forte; a zona de vulnerabilidade onde existiria a precarização do trabalho e falhariam os apoios relacionais e, finalmente, uma zona que ele chamou de zona de "desfiliação" onde o indivíduo não teria trabalho, nem contaria com os apoios interpessoais. Uma quarta zona foi definida por Castel (1997), ao se referir à "indigência inválida que não pode trabalhar" e que por essa razão recebe os apoios sociais. "Se o indigente inválido é ao mesmo tempo, conhecido, com residência conhecida, pertencente a uma paróquia, a um bairro, ele terá quase sempre um suporte social". Dessa forma, o tratamento dispensado à indigência inválida define uma quarta

zona, a zona da assistência. Essa última realiza uma proteção aproximada, fundada no princípio da "casa de caridade". (CASTEL, 1997, p. 24).

Embora o termo "exclusão", segundo o autor, tenha sido muito utilizado na década de 70 do século passado, para caracterizar a situação de não integração social, considerava-se uma condição de exceção ou ainda "arcaísmos dos progressos da modernidade". "Podia-se aceitar ou se indignar com estes fenômenos, mas eles não colocavam em questão a dinâmica social geral". (CASTEL, 1997, p. 30).

Nessa perspectiva a exclusão social era algo que fugia à regra, algo que não fazia parte da essência de uma determinada forma de sociedade e que, como tal, deveria e poderia ser facilmente corrigida.

Castel (1997) considera que o termo "exclusão social" sinaliza fenômenos dispares, multidimensionais, constituindo-se em uma categoria difusa. Nessa perspectiva são excluídas aquelas pessoas maduras, com bom nível de capacitação laboral, há muito tempo sem trabalho, da mesma forma que é considerado excluído o jovem pouco escolarizado, sem capacitação e que nunca teve um trabalho. Para ele, essa falta de diferenciação acaba por não ajudar na compreensão do termo, de suas origens e formas de aparecimento.

Partindo das transformações do mercado de trabalho, o sociólogo francês Serge Paugan chamou de "desqualificação social" as situações de vida degradadas ou precarizadas e aponta para a chamada "nova pobreza". O estudo da desqualificação social significa para Serge Paugan: [...] estudar a diversidade dos status que definem as identidades pessoais, ou seja, os sentimentos subjetivos acerca da própria situação que esses indivíduos experimentam no decorrer de diversas experiências sociais, e, enfim, as relações sociais que mantêm entre si e com o outro (PAUGAM, 2003 apud PIZZIO; VERONESE, 2008).

Pizzio e Veronese (2008) apostilam que, segundo a tese de Serge Paugan, no conceito de desqualificação social se integram três ideias que estão igualmente articuladas com o conceito de exclusão social: a noção de trajetória que se refere ao percurso temporal dos indivíduos; o conceito de identidade, positiva ou negativa, de crise e de construção dessa identidade e, por fim, o aspecto da territorialidade, ou seja, a base espacial que abriga processos excludentes. Por outro lado, Paugan (2003 apud PIZZIO; VERONESE, 2008) considera a desqualificação um processo que supõe três fases ou momentos: a fragilidade, a dependência e a ruptura. A fragilidade está relacionada à experiência vivida do deslocamento social. São dificuldades laborais que levam à perda de referências, por exemplo, mudanças de local de moradia.

A dependência é a fase em que os serviços sociais responsabilizam-se pelas dificuldades enfrentadas pelos indivíduos. Essa dependência muitas vezes leva a que os indivíduos, desistam de ter um emprego. A ruptura é a fase da desqualificação social, na qual os indivíduos constroem uma identidade de marginalizados.

4.4 A Assistência Social no Brasil e as várias Constituições

No Brasil, a Igreja prestava assistência à população carente através das Santas Casas de Misericórdia, fundadas em 1543. O termo misericórdia, resultado das palavras latinas miseris, core e dare, e que significa "dar o coração àqueles que são vítimas da miséria, já sinaliza a ideologia implícita a esse tipo de atividade". Dar o coração tem a ver com sentimentos, com a compaixão, e se esse substrato é importante entre seres humanos, enfatiza muito mais o resultado da bondade de quem dá, do que os direitos de quem recebe.

O bem-estar da população só começa a ser uma preocupação do Estado com o advento da Nova República com Getúlio Vargas. Antes, esse assunto era tratado exclusivamente pela Igreja. Segundo Rizotti (2001) o novo regime necessitava firmar seu poder e alcançar legitimidade política frente às oligarquias

regionais e encontrou, na elaboração de políticas públicas diretamente executadas pelo poder central, uma excelente estratégia para lograr esse objetivo.

A instituição da obrigatoriedade do ensino fundamental se constitui em um exemplo importante dos esforços do Estado para responder às necessidades do país.

A Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimer, de 1919, contemplou algumas garantias sociais para as pessoas que não tinham condições de subsistência. (BRASIL, 1934). É interessante lembrar que a Constituição de Weimer, de 1919, nasce nos pós-guerra de uma Alemanha desestabilizada pela derrota e enfraquecida pelos pesados compromissos econômicos impostos pelos países vencedores através do Tratado de Versalhes. Ela representa uma forma de reestruturação das instituições e abre caminho para a inserção de camadas excluídas, através da disposição das obrigações de natureza social, tais como, a educação, a saúde, a proteção à infância e à maternidade e a dignidade da relação trabalhista. (AVAA, 2008).

Nossa Constituição de 1934 foi a primeira que fez constar em seu corpo um capítulo referente às responsabilidades sociais do Estado. Foi nessa Constituição que ficaram garantidas à assistência sanitária ao trabalhador e à gestante, a jornada de trabalho de oito horas semanais, o repouso semanal remunerado, o direito às férias anuais, a aposentadoria por idade e outros direitos. Essa Constituição teve vida curta, sendo substituída em 1937 por outra imposta pela ditadura de Getúlio Vargas e inspirada na Constituição Polonesa e que não trouxe grandes mudanças a não ser o fato de utilizar a expressão "seguro social" para se referir a algumas obrigações do Estado. (BRASIL, 1934; 1937).

Em 1942 foi criada, pela então primeira-dama Darcy Vargas, a Liga Brasileira de Assistência (LBA), um órgão assistencial, com o objetivo de ajudar as famílias dos soldados enviados à Segunda Guerra Mundial. O foco inicial era a assistência materno-infantil e esteve sempre norteada por uma política populista e de favores.

O populismo representou uma forma de atender às demandas sociais durante muito tempo no Brasil, como em toda América Latina, ainda que de forma muito precária. Nessas circunstâncias, pouco a pouco surgiram movimentos reivindicatórios, requerendo um atendimento mais consistente e eficiente, "nem sempre essas demandas foram rapidamente incorporadas às prioridades dos governos populistas, evidenciando a incapacidade que o populismo possuía de responder com eficácia aos movimentos sociais que emergiam fora de seu controle político". (RIZOTTI, 2001).

Muitas das necessidades sociais passaram a ser atendidas por corporações e algumas categorias profissionais passaram a ter representação dentro do Estado. Um exemplo dessa realidade foi o primeiro sistema previdenciário do Brasil surgido em 1923 com a Lei Eloy Chaves que determinava a criação das caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários, a serem instituídas de empresa a empresa, ou seja, o Estado colocava nas mãos da iniciativa privada a responsabilidade da criação e a regulamentação de seu funcionamento de acordo com as normas previstas na legislação. (BRASIL, 1923).

A Carta Magna de 1946 também não contempla grandes avanços no sentido de atender às demandas sociais. (BRASIL, 1946).

A Constituição Militar de 1964 trouxe algumas regras sobre a Previdência Social, ainda que sem grandes inovações, e manteve os princípios sociais declarados na Constituição de 1937. (BRASIL, 1964).

Em 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, a assistência social assume um novo aspecto partindo da consideração do indivíduo como detentor de direitos, com a criação do Sistema de Seguridade Social e o reconhecimento legal da Assistência Social como política pública. (BRASIL, 1988).

De acordo com a Constituição, a assistência social é prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, e tem como objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo mensal ao portador de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família na forma da lei. (BRASIL, 1988).

A assistência social foi assentada como uma das três instituições políticas fundamentais da seguridade social, junto à saúde e à previdência social (JESUS; CRUZ SILVA; BOAVENTURA, 2012). Na década de 90, três eventos, de certa forma, se articularam para construir um espaço de discussão e ação contra a desigualdade extrema existente no Brasil: a 'redescoberta' da fome; a emergência do movimento Ação da Cidadania Contra a Miséria e pela Vida, inspirado e conduzido de forma emblemática pelo sociólogo Herbert de Souza, o Betinho; e a adoção, pelo então presidente Itamar Franco, do Plano de Combate à Fome e à Miséria (VASCONCELOS, 2004).

O objetivo do movimento Ação da Cidadania Contra a Fome, a Miséria e pela Vida foi mobilizar o país para a necessidade de transformar a realidade econômica que determina a existência de excluídos miseráveis e famintos. Tratava-se de um movimento suprapartidário, ecumênico e plural. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) realizou um estudo intitulado Mapa da Fome que deu visibilidade às condições de vida da população. Foram criados Comités de Combate à fome com a participação de representantes dos mais variados setores da sociedade e que funcionavam em nível local, municipal ou estadual. Para realizar a Coordenação Geral do Movimento foi criada a Comissão Executiva Nacional da Ação da Cidadania, integrada por representantes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), da Central Única dos Trabalhadores (CUT), da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), do Conselho Federal de Economia (COFECON), do Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE), do Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC); e da Associação Nacional de Dirigentes de Instituições Federais de Ensino Superior (ANDIFES) o que testemunha a importância do movimento.

Em 1995, no início do Governo de Fernando Henrique Cardoso, foram adotadas outras medidas voltadas ao combate à pobreza, como o Programa Comunidade Solidária e a Rede de Proteção Social [...] uma junção de vários programas sociais, com prevalência dos programas de transferência de rendas voltadas ao atendimento à população de baixa renda (MOBILIZADORES SOCIAIS, 2014).

Em 1996 foi criado o primeiro programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PET) que transferia recursos monetários às famílias de baixa renda que mantivessem seus filhos menores de 16 anos na escola.

A Emenda Constitucional Nº 31 de 2000 criou o Fundo de Combate e erradicação da Pobreza com o objetivo de que todos os brasileiros tivessem níveis dignos de subsistência. (BRASIL, 2000). Durante dois anos o fundo contou com 0,02% da Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF). Outras receitas previstas pela Constituição para alcançar esses objetivos são 5% no Imposto sobre Produtos Industrializados, incidente sobre produtos supérfluo, e toda a arrecadação do Imposto sobre grandes fortunas (que ainda não existe).

Em 2001, durante o segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foram adotados programas de transferência de renda para famílias pobres e, precisamente em 2004, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) foi criado com a finalidade da conjugação de esforços das

políticas públicas nas áreas de assistência social, garantia nutricional e alimentar, saúde, educação infantil, e ainda, transferência de renda. Nesse mesmo ano foi criado o Programa Nacional de Alimentação Escolar.

4.5 Bolsa Família: Tentativa de Inclusão Social e Resgate da Cidadania

O conceito de pobreza é pluridimensional e o empenho em reduzir as desigualdades sociais acaba se relacionando aos conceitos de pobreza, indo além da questão econômica. Sem (2000), em seus trabalhos e sua medida geral da "linha de pobreza", distingue o que seja pobreza absoluta e pobreza relativa. Para ele, a pobreza absoluta é aquela que expressa a não satisfação de um conjunto das necessidades básicas, incluído no pacote do que se postula como "mínimo vital". A pobreza relativa é definida por comparação de uma população que alcançou um patamar mínimo de sobrevivência com outra que dispõe de uma maior renda e bem-estar.

Mas Sem (2000) observa que a pobreza pode ser definida como uma privação das capacidades básicas de um indivíduo e não apenas como uma renda inferior a um patamar pré-estabelecido. Pode-se afirmar, no entanto, que é necessário um "mínimo vital" para a população, onde os medidores oficiais de pobreza circulam e informam a questão da fome endêmica, do analfabetismo, ou, aliás, do baixo nível de escolaridade da população e a falta de moradia popular. Isso determinou que os governos tentassem, em "curto prazo" garantir a oferta de um mínimo das necessidades básicas da população.

Coerentemente, Sem (2000) observa que a igualdade de oportunidades passa pela recuperação de capacidades, sendo a pobreza a carência de realização de capacidades elementares.

O fato é que, por muito tempo, por décadas e décadas, a desigualdade e a pobreza têm caminhado juntas no Brasil, como resultado de modelos de crescimento que não promovem a inclusão e de políticas sociais pouco eficazes.

Na segunda metade do século XX, o Brasil estava entre os países com maiores condições de desigualdades no mundo, razão pela qual muitos economistas criaram expressões como: "Belíndia" – uma sociedade com a prosperidade do tamanho da Bélgica cercada por um mar de pobreza indiana".

Em 1990, o Senador Eduardo Suplicy propôs a criação do Programa de Garantia de Renda Mínima. Todos os brasileiros, a partir dos 25 anos e cujos rendimentos não ultrapassassem a CR$ 45.000,00, poderiam receber uma renda vital mínima de 30 % da diferença entre esses rendimentos e o teto estabelecido.

Em 1996 foi criado o Programa de Erradicação de Trabalho Infantil cuja população-alvo era crianças entre 7 a 15 anos. Tratava-se do Primeiro Programa de Transferência de Renda Condicionada (PTRC), posto que exigia uma contrapartida de seus beneficiários. Nesse caso, a família recebia uma bolsa por criança que não trabalhasse em atividades [...] insalubres, perigosas ou degradantes, tais como o cultivo de cana ou carvoarias. (BRASIL, 2010).

Em 2001 foi criado outro Programa de Transferência de Renda Condicionada que foi o Bolsa Escola Federal. Para recebê-la a família deveria garantir uma frequência à escola de 85% das aulas e uma renda familiar máxima de R$ 90,00 por pessoa. Também em 2001 foi criado o Bolsa Alimentação que exigia exames pré-natais, aleitamento materno e carteira de vacinação em dia.

O grande problema desses Programas é que cada um deles tinha uma agencia executora e não havia uma coordenação central. O resultado disso é que muitas famílias recebiam vários benefícios em detrimento

de outras.

Para unificar esses programas, o Governo Federal criou o Programa Bolsa Família em outubro de 2003, através da Lei Nº 10.836/04, regulamentado pelo Decreto Nº 5.209/04. Como se pode observar, esse Programa foi o resultado de uma longa trajetória de políticas sociais instituídas por vários governos. (BRASIL, 2004a; 2004b).

Trata-se de um Programa de Transferência de Renda Condicionada (PTRC), que exige uma contrapartida dos beneficiários na forma de manutenção dos seus filhos na escola, diferentemente dos Programas de Garantia de Renda Mínima, cujo único critério era a renda. O art. 3º da Lei Nº 10.836/04 diz:

> A concessão dos benefícios dependerá do cumprimento, no que couber, de condicionalidades relativas ao exame pré-natal, ao acompanhamento nutricional, ao acompanhamento de saúde, à frequência escolar de 85% (oitenta e cinco por cento) em estabelecimento de ensino regular, sem prejuízo de outras previstas em regulamento. (BRASIL, 2004b, p. 11).

A base de informações para concessão do benefício é o Cadastro Único e cabe a Secretaria Nacional de Renda de Cidadania (SENARC), do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), estabelecer normas para sua execução.

Ao contrário da aposentadoria ou do seguro-desemprego, por exemplo, o Bolsa Família não é um direito. O parágrafo único do artigo sexto da Lei Nº 10.836/04 estabelece: "O Poder Executivo deverá compatibilizar a quantidade de beneficiários do Programa Bolsa Família com as dotações orçamentárias existentes". (BRASIL, 2004b). Esgotadas as disponibilidades orçamentárias o programa somente poderá continuar dando os benefícios se houver uma suplementação orçamentária.

O objetivo do Programa é "contribuir para a superação da" pobreza no Brasil por meio de três frentes de atuação: a transferência direta de renda, que representa uma melhoria imediata nas condições de vida das famílias pobres; o acompanhamento das condicionalidades, como reforço do direito de acesso das famílias aos serviços básicos de saúde, educação e assistência social, contribuindo para romper o ciclo de pobreza entre gerações, e a oferta de programas complementares, que abrem oportunidades de desenvolvimento das famílias beneficiarias.

É o que diz o art. 4º do Decreto Nº 5.209 que regulamenta a Lei Nº 10.836/04: "Os objetivos básicos do Programa Bolsa Família, em relação aos seus beneficiários, sem prejuízo de outros que venham a ser fixados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, são: I - promover o acesso à rede de serviços públicos, em especial, de saúde, educação e assistência social; II - combater a fome e promover a segurança alimentar e nutricional; III - estimular a emancipação sustentada das famílias que vivem em situação de pobreza e extrema pobreza; IV - combater a pobreza; e V - promover a intersetorialidade, a complementaridade e a sinergia das ações sociais do Poder Público. (BRASIL, 2004a; 2004b).

Esse mesmo decreto regulamenta a quem caberá o acompanhamento das condicionalidades, ficando claro que os itens relativos à saúde e educação são acompanhados e fiscalizados pelos Ministérios de Saúde e de Educação, enquanto que ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome caberá o acompanhamento das demais condicionalidades. A operacionalização da gestão dessas condicionalidades supõe uma rede organizacional complexa com a participação das três esferas administrativas – União, Estados e Municípios. A articulação das ações de gestão das condicionalidades em nível nacional é de responsabilidade do Departamento de Condicionalidades do Ministério de Desenvolvimento Social e de

Combate à fome.

Um extenso trabalho realizado por Santos e Magalhães (2012) mostra a fragilidade dos Programas complementares, principalmente no que se referem àqueles que poderiam promover a emancipação sustentada das famílias. Essa fragilidade ficou evidente no desenho de programas que não se adequam às demandas locais, são desconhecidos pelos beneficiários, atendem a um pequeno número de indivíduos, e que não são submetidos a uma avaliação.

4.6 À Guiza de Conclusões

Há muitas décadas o Brasil tem investido no setor social, ainda que durante muito tempo de maneira fragmentada e sem controle dos resultados. O Programa Bolsa Família representa o programa social de maior abrangência já implantado no país e com maior possibilidade de promover a inclusão por estar vinculado ao cumprimento de condicionalidades que dizem respeito a direitos fundamentais. No entanto, seu maior desafio é precisamente a construção de um modelo de gestão de condicionalidades eficiente em que a capacitação para o trabalho adquira um papel mais central.

É interessante a experiência chilena com o Programa Puente pertencente ao sistema Chile Solidário em que, além de serem dados por um período de tempo determinado, os auxílios monetários são acompanhados de um intenso apoio para que o indivíduo possa ser inserido no mundo laboral. Inserção essa que contribuirá para que um número expressivo de indivíduos saia do Programa por terem alcançado a emancipação sustentável e a cidadania plena. Afinal de contas, o êxito de um programa dessa natureza se avalia pelo número de indivíduos que deixam de ser dele beneficiários.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madri: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2002.

AUAA, D. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.** v. 103, p. 337-355 jan./dez. 2008.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos.** 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BRASIL. Ato Institucional Nº 1, de 9 de abril de 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações instroduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, GB, 9 de abril. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Assembléia Constituinte, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Decreto Nº 5.209, de 17 de setembro de 2004. Regulamenta a Lei Nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 20 de set. 2004a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5209.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Decreto Nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Crea, em cada uma das emprezas de estradas de ferro existentes no paiz, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos ernpregados. **CLBR-Coleção de Leis do Brasil, Rio de Janeiro,** 24 de jan. 1923. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4682.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. Emenda Constitucional Nº 31, de 14 de dezembro de 2000. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 18 de dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc31.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. Lei Nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outra providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 12 de jan. 2004b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Bolsa família 2003-2010:** avanços e desafios. Brasília: IPEA, 2010.

CARVALHO, Maria do Carmo B. A política de assistência social no Brasil: dilemas na conquista de sua legitimidade. **Serviço Social e Sociedade**, ano 21, n. 62, p 144-155, mar. 2000.

CASTEL, R. A Dinâmica dos processos de marginalização: da vulnerabilidade a "desfiliação". **Caderno CRH,** Salvador, n. 26/27, p. 19-40, jan./dez. 1997.

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

ESCOREL, S. **Dicionário da educação profissional em saúde.** Rio de Janeiro: FOC, 2009.

HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos direitos humanos.** 2. ed. Aparecida: Santuário, 2002.

JESUS, F. F.; CRUZ SILVA, M.; BOAVENTURA, V. C. **Políticas públicas e programas de transferência de renda:** o impacto do Benefício de Prestação Continuada (BPC) e do Programa Bolsa Família (PBF) na vida dos idosos residentes nas cidades de Cachoeira e São Félix-BA. Cruz das Almas: UFRB, 2012.

LAVINAS, L.; VARSANO, R. **Programas de garantia de renda mínima e ação coordenada de combate à pobreza.** Brasília: IPEA, 1997. Disponível em: <www.unisc.br.portal.upload.com. arquivo.programas.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015.

LENOIR, René. **Les exclus:** un français sur dix. Paris: Seuil, 1974.

MOBILIZADORES SOCIAIS. **Combate à pobreza no Brasil:** conquistas e desafios. 2014. Disponível em: <http://mobilizadores.org.br>. Acesso em: 09 set. 2015.

MORA, F. **Dicionário de filosofia.** São Paulo: Edicões Loyola, 2004.

OLIVEIRA, C. R. G. Teoria do mínimo existencial como fundamento do estado democrático de direito: um diálogo na busca de uma existência digna. **Revista Direito e Liberdade,** v. 14, n. 2, p. 11-32, jul./dez. 2012. Disponível em: <www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas>. Acesso em: 25 ago. 2016.

PEREZ LUNO, Antônio E. Los derechos fundamentales. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PIZZIO, A.; VERONESE, M. V.: Possibilidades conceituais da sociologia das ausências em contextos de desqualificação social. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho,** v. 11, n. 1, p. 51-67, 2008.

RIZOTTI, M. L. A. Estado e sociedade civil na história das políticas sociais brasileiras. Semina: Ci. Soc. Hum, Londrina, v. 22, p. 39-56, set. 2001.

SANTOS, R. B.; MAGALHAES, R. Pobreza e política social: a implementação de programas complementares do Programa Bolsa Família. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 5, maio 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000500015>. Acesso em: 12 set. 2015.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Andressa Hennig; FOSSÁ, Maria Ivete Trevisan. **Análise de conteúdo:** exemplo de aplicação da técnica para análise de dados qualitativos. 2013. Disponível em: <www.anpad.org.br>. Acesso em: 16 fev. 2015.

SILVER, H. Social exclusion and social solidarity: three paradigms. **International Labour Review,** v. 133, n. 4, p. 531-578, 1994.

SPOSATI, A. Exclusão social abaixo da linha do Equador. In: SEMINÁRIO DE EXCLUSÃO SOCIAL, 1998. São Paulo. **Anais...** São Paulo: PUC, 1998.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. **Renda de cidadania:** a saída é a porta. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

VASCONCELOS, F. A. G. Fome, solidariedade e ética: uma análise do discurso da ação da cidadania contra a fome, a miséria e pela Vida. **História, Ciências, Saúde Manguinhos,** v. 11, n. 2, maio/ago. 2004.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos.** São Paulo: Malheiros, 1999.

WETZEL, Débora. Bolsa família e a redução silenciosa no Brasil. **The World Bank,** 4 nov. 2013. Notícias, Opinião. Disponível em: <http://www.worldbank.org/pt/news/opinion/2013/11/04/bolsa-familia-Brazil-quiet-revolution>. Acesso em: 25 jul. 2016.

CAPÍTULO

05

A PROTEÇÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: ANÁLISE DA DECISÃO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO SOBRE O CASO DA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL

Renata Maria Brasileiro Sobral Soares
Olívia Maria Cardoso Gomes

5 A PROTEÇÃO DA DIVERSIDADE CULTURAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: ANÁLISE DA DECISÃO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO SOBRE O CASO DA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL

Renata Maria Brasileiro Sobral Soares[9]
Olívia Maria Cardoso Gomes[10]

5.1 Introdução

A cultura dos povos indígenas brasileiros vem sofrendo, ao longo dos séculos, perdas significativas. Inicialmente, esta perda deu-se em detrimento das culturas dos colonizadores. Mais recentemente, as tradições das tribos indígenas submetem-se à aculturação em razão da proximidade com as culturas dos brasileiros não indígenas, que acabaram por estar fisicamente perto destas tribos em razão do crescimento das cidades.

A preocupação com a garantia de sobrevivência das culturas indígenas consiste em uma preocupação mundial, e neste sentido temos o exemplo da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, de 2008, que reconhece a igualdade dos índios em relação aos demais povos, o seu direito de serem diferentes e de serem respeitados como tais, além de sua contribuição para a diversidade das civilizações e culturas. (BRASIL, 2008).

Esta preocupação atinge fortemente o Estado Brasileiro porque o país possui um grande número de populações indígenas. Existem hoje no Brasil aproximadamente 817.962 mil índios, distribuídos entre 305 sociedades indígenas, que perfazem cerca de 0,26% da população brasileira. Convém esclarecer que este dado somente considera aqueles indígenas que vivem em aldeias, havendo estimativas de que, além destes, há 379 mil índios vivendo fora das terras indígenas, inclusive em áreas urbanas. Há também 69 referências de índios ainda não contatados (FUNAI, 2013).

A crescente inserção dos valores da sociedade brasileira não indígena nas culturas indígenas, além dos conflitos que ocorrem entre estes por questões territoriais, são a razão da política indigenista brasileira ter se fortificado bastante desde 1967, com a criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) até a Constituição Federal de 1988 que ampliou o âmbito de proteção dos povos indígenas em atenção à tutela dos direitos das minorias e das culturas originais.

O caso a ser tratado neste artigo demonstra a preocupação do Estado Brasileiro com a sobrevivência dos povos indígenas e de suas culturas. A decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF) foi significativa para a proteção das minorias e, sobretudo, para o reconhecimento contínuo dos benefícios da diversidade cultural nas sociedades.

5.2 Alguns Conceitos Relevantes

Para proceder à análise pretendida neste estudo faz-se necessário o conhecimento de alguns conceitos relevantes ao tema. Inicialmente, cabe a seguinte questão: o que é ser índio? A denominação "índio" foi dada aos habitantes da América pelos colonizadores europeus quando lá chegaram, em virtude de os acharem

9 Professora da Faculdade Reinaldo Ramos-FARR. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Advogada.

10 Professora da Faculdade Reinaldo Ramos-FARR. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho-UM. Advogada.

assemelhados aos habitantes da Índia.

A denominação conferida de forma genérica para os nativos locais passou, então, a ser "índio", e assim se fez conhecida. Antropólogos e etnólogos se debruçaram durante muito tempo sobre a questão do "ser índio", e, a este propósito, o antropólogo e grande referência entre os indigenistas brasileiros, Darcy Ribeiro, definiu, baseando-se na definição elaborada pelos participantes do II Congresso Indigenista Interamericano, no Peru, em 1949, o indígena como:

> Aquela parcela da população brasileira que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, motivados pela conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou, ainda mais amplamente: índio é todo o indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade pré-colombiana que se identifica etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com quem está em contato. (POVOS..., 2008).

Definição muito semelhante foi adotada posteriormente pelo Estatuto do Índio, criado em 19 de dezembro de 1973 por meio da Lei Nº 6.001/73, que norteou as relações do Estado Brasileiro com as populações indígenas até a promulgação da Constituição de 1988. (BRASIL, 1973).

Conforme este Estatuto, Índio ou Silvícola é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional; e Comunidade Indígena ou Grupo Tribal consiste em um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados. (BRASIL, 1973).

O artigo 4º do Estatuto classifica os índios em isolados, em vias de integração e integrados, na razão de menor ou maior contato ou integração à comunidade envolvente. (BRASIL, 1973).

São isolados quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; em vias de integração quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; e integrados quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura. (BRASIL, 1973).

Também de acordo com as normas do Estatuto do Índio, terras indígenas são as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, as áreas reservadas – destinadas à posse e ocupação pelos índios, de maneira que possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes - e as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas. (BRASIL, 1973).

Vale salientar que estas terras indígenas não são passíveis de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas, são, ainda, bens inalienáveis da União[11] (BRASIL, 1973).

Segundo o texto do Estatuto em questão, as áreas reservadas – mencionadas acima – podem ser estabelecidas em qualquer parte do território nacional e devem se organizar sob a forma de: Reserva Indígena, Parque Indígena ou Colônia Agrícola Indígena. Na administração destas reservas devem ser respeitados a

11 Entenda-se União como o Estado Federado Brasileiro.

liberdade, usos, costumes e tradições dos índios. (BRASIL, 1973).

Reserva Indígena consiste na área destinada a servir de habitat para os grupos indígenas, com os meios suficientes à sua subsistência. Parque Indígena é a área contida em terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região. Colônia Agrícola Indígena é a área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência ao índio, onde convivam tribos aculturadas e membros da comunidade nacional (BRASIL, 1973).

Ainda, consoante texto do art. 39 do Estatuto, são bens do patrimônio indígena as terras pertencentes ao domínio dos grupos tribais ou comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas por grupos tribais ou comunidades indígenas e nas áreas a eles reservadas, e os bens móveis ou imóveis, adquiridos a qualquer título. (BRASIL, 1973).

Por fim, o art. 40 do mesmo documento estabelece que os titulares do patrimônio indígena brasileiro são: I) a população indígena do país, no tocante a bens ou rendas pertencentes ou destinadas aos silvícolas, sem discriminação de pessoas ou grupos tribais; II) o grupo tribal ou comunidade indígena determinada, quanto à posse e usufruto das terras por ele exclusivamente ocupadas, ou a ele reservadas; e III) a comunidade indígena ou grupo tribal nomeado no título aquisitivo da propriedade, em relação aos respectivos imóveis ou móveis. Convém ressaltar que os conceitos aqui destacados são considerados pela FUNAI e pelo governo brasileiro para fins das ações tocantes à política indigenista praticada no país. (BRASIL, 1973).

5.3 A Tutela dos Povos Indígenas no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No Brasil, uma maior preocupação com os direitos dos povos indígenas teve como marco inicial a criação da Fundação do Serviço de Proteção aos Índios (SPI) por meio do Decreto Nº. 8.072 de 20 de julho de 1910. Esta fundação previa uma organização que, partindo de núcleos de atração de índios hostis e arredios, passava a povoações destinadas a índios já em caminho de hábitos mais sedentários e, daí, a centros agrícolas onde, já afeitos ao trabalho nos moldes rurais brasileiros, receberia uma gleba de terras para se instalarem, juntamente com os sertanejos (BRASIL, 1910; RIBEIRO, 1986, p. 138).

Posteriormente, outro grande passo foi dado pelo Estado Brasileiro ao criar a FUNAI, em 1967. Quando de sua criação, está fundação tinha a finalidade de garantir a política indigenista com base nos seguintes princípios: I) o respeito aos povos indígenas e às instituições e comunidades tribais; II) garantia da posse permanente das terras que habitam e o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as unidades nelas existentes; III) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional; e IV) o resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma que sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas. (BRASIL, 1967b).

Na sequência das providências da política indigenista do Estado Brasileiro, foi criado, em 1973, o Estatuto do Índio, por meio da Lei Nº 6.001/73, para regular a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas, preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional, além de assegurar-lhes o respeito a seu patrimônio cultural, seus valores artísticos e meios de expressão. Esta Lei trouxe à tona muitos conceitos importantes – alguns já foram mencionados na seção anterior – no que tange ao indigenato. (BRASIL, 1973).

No que concerne às terras ocupadas pelos povos indígenas, o Estatuto no art. 2º, inciso IX, trata

especificamente da garantia aos índios e comunidades indígenas da posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes. (BRASIL, 1973). No art. 19, trata ainda da questão da demarcação destas terras, ao dispor que estas, por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo. (BRASIL, 1973).

O legislador, ao elaborar o Estatuto do Índio, demonstrou visível preocupação no que se referem à posse das terras pelos índios e a preservação de seu povo e de suas culturas. O artigo 23 da Lei é um exemplo desta preocupação ao considerar "posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detêm e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.". Fica demostrada a óbvia relação existente entre a posse de terras e a sobrevivência dos indígenas e de suas culturas. (BRASIL, 1973).

Prosseguindo nos avanços legislativos realizados para melhor proteção dos índios e de seus direitos, a Constituição Federal Brasileira, de 05 de outubro de 1988, estabeleceu as diretivas necessárias a um tratamento mais protetivo dos povos indígenas e de suas culturas. (BRASIL, 1988).

Esta proteção ampliada se fez necessária em razão da discriminação contra os índios, que é pratica comum na sociedade brasileira, que, por sua vez, os toma por inferiores e incapazes. Na verdade, o próprio Estado Brasileiro colaborou para um maior preconceito em relação aos povos indígenas. Isto porque até 1928 identificou os índios, no Código Civil de 1916, como as pessoas totalmente incapazes. (BRASIL, 1916).

Somente com o advento da Lei Nº. 5.484/28 foi estabelecido o Estatuto Jurídico de Capacidade Relativa do Índio, promulgada por iniciativa do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), que colocou o indígena sob a tutela direta do Estado, estabelecendo-se que dela poderia emancipar-se progressivamente, até sua plena investidura nos direitos e deveres do cidadão brasileiro comum (BRASIL, 1928; RIBEIRO, 1986, p. 204).

Com a entrada da Lei Nº. 5.484/28 em vigor, e tendo natureza de lei especial, o Código Civil de 1916 passou a considerar os índios como relativamente incapazes, de modo que precisavam, para a prática de atos judiciais e extrajudiciais, de um representante legal – e este foi, inclusive, um dos motivos para a criação da FUNAI em 1967 passar a representá-los. (BRASIL, 1928; 1916).

A Constituição Federal de 1967, anterior a ora vigente, permitia que fosse conferido aos indígenas o tratamento que lhes foi dado pelo Código Civil. (BRASIL, 1967a; 1916). A Constituição de 1988 modificou este quadro ao estabelecer, em seu artigo 232, que "Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.". Atendendo à nova norma constitucional, o Código Civil de 2002, que foi amplamente reformado, passou a considerar os índios como plenamente capazes para os atos da vida civil. (BRASIL, 1988; 2002).

Para além desta mudança, a Constituição Federal de 1988 passou a proibir expressamente as discriminações, estabelecendo que um dos objetivos da República Federativa do Brasil consiste em promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (art. 3º, inciso IV da Constituição Federal). (BRASIL, 1988).

No que toca ao reconhecimento da diversidade cultural como elemento da democracia que rege o Estado Brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece as seguintes normas:

> Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

> § 2º. O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.
>
> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
>
> § 1º. O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
>
> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
>
> I - as formas de expressão;
> II - os modos de criar, fazer e viver;
> III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.
>
> § 1. º O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Por fim, a Constituição Federal de 1988 deu especial atenção aos povos indígenas em seu capítulo VIII intitulado "Dos índios". Tal capítulo se compõe dos artigos 231 e 232, sendo que este último já foi mencionado anteriormente. Desta feita, diz o artigo 231 e seus parágrafos:

> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
>
> § 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
>
> § 2.º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
>
> § 3.º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
>
> § 4.º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.
>
> § 5.º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do

> Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.
>
> § 6.º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. (BRASIL, 1988).

A partir de 1988, com a maior proteção conferida pela Constituição Federal aos indígenas e a suas culturas e diante do maior cuidado ao tratar da questão das terras ocupadas por estes, a FUNAI passou a ter, de fato, amparo constitucional para a execução da política indigenista brasileira, dando cumprimento ao que determina a Constituição.

Com as novas regras constitucionais, a FUNAI passou a ter competência para promover a educação básica aos índios, demarcar, assegurar e proteger as terras por eles tradicionalmente ocupadas, estimular o desenvolvimento de estudos e levantamentos sobre os grupos indígenas.

A Fundação tem, ainda, a responsabilidade de defender as Comunidades Indígenas, de despertar o interesse da sociedade nacional pelos índios e suas causas, gerir o seu patrimônio e fiscalizar as suas terras, impedindo as ações predatórias de garimpeiros, posseiros, madeireiros e quaisquer outras que ocorram dentro de seus limites e que representem um risco à vida e à preservação desses povos.

Diante do exposto, pode-se perceber a evolução do Estado Brasileiro e de sua legislação no sentido de proteger de forma mais eficaz os povos indígenas e suas culturas, e de ampliar o campo de atuação da tutela conferida a estes pelos órgãos responsáveis para tal. É natural que um país com a grande quantidade de indígenas que o habita tenha uma maior preocupação em protegê-los.

5.4 Histórico da Demarcação Administrativa da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol

O processo que culminou na demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol foi longo e repleto de episódios e nuances merecedores de nota. Adiante, faz-se uma breve reconstituição de alguns aspectos importantes do processo histórico a envolver a demarcação da reserva indígena.

A área de reserva indígena, cuja demarcação rendeu conflitos, encontra-se no atual estado de Roraima, ao extremo norte do território brasileiro, e tem fronteiras com a Venezuela e com a Guiana. Não se trata de fronteira sob ameaças ou com histórico de disputas e nesta área sempre existiram populações indígenas.

As populações diretamente beneficiadas com a demarcação são os grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana, que passam a deter a posse permanente da área, nos termos do Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005, ato homologatório da demarcação administrativa procedida pela FUNAI. (BRRASIL, 2005).

Trata-se de extensão territorial de 1,7 milhão de hectares, correspondente a 07% da área do Estado de Roraima. Estima-se a população indígena habitante na área em aproximadamente 18.000 indígenas dos grupos apontados acima. A área demarcada abriga também o Parque Nacional do Monte Roraima, destinado à preservação ambiental e à realização dos direitos constitucionais dos índios, consoante previsto

no Decreto.

As primeiras discussões conducentes à demarcação da Reserva da Raposa Serra do Sol ocorreram em 1977. Iniciou-se o processo com os estudos antropológicos e as tentativas de negociação com os possuidores de terras no local. Em 1992, criaram-se grupos de trabalho interministeriais para ampliar a discussão da matéria, chegando-se, em 1993, à publicação oficial de um estudo com atestado de viabilidade técnica da demarcação.

Determina a legislação aplicável que o processo de demarcação comporta o contraditório e a audiência pública dos interessados. Por isso, colheram-se as contestações formais dos ocupantes das terras, notadamente rizicultores e pecuaristas. Em 1998, o Ministério da Justiça editou portaria determinando a demarcação da área e vários fazendeiros desocuparam terras e foram indenizados pelo poder público.

Todavia, há razões para apontar que a demora na homologação da demarcação, bem como a lentidão do poder judiciário em analisar as impugnações que se levantavam, estimularam alguns fazendeiros a retornarem às terras que tinham desocupado. Com efeito, após a demarcação de 1998, não estando ainda homologada a demarcação, muitas ações foram interpostas visando à sua impugnação.

À vista das complicações ocorridas no processo demarcatório da reserva da Raposa Serra do Sol, sem precedentes em anteriores demarcações, associações ligadas à defesa dos interesses dos indígenas recorreram a organismos internacionais. O Conselho Indígena de Roraima (CIR) dirigiu-se à Organização dos Estados Americanos (OEA), levando ao seu conhecimento as ameaças à integridade física dos índios que estavam partindo das reações dos rizicultores ocupantes da área. A petição solicitou providências acautelatórias ao organismo internacional em referência.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em atenção a tanto quanto exposto e solicitado, expediu, em 6 de dezembro de 2004, recomendações ao Estado Brasileiro. Basicamente, tais recomendações foram para que se protegessem a vida e integridade dos indígenas, assegurando-se sua liberdade de habitar as terras ancestralmente ocupadas, com as quais eles têm uma peculiar relação, e que se inserem na sua própria identidade cultural.

A utilização de ações judiciais, com várias e conflitantes decisões liminares em sucessão, também estimulou essa situação conflituosa. Os ocupantes ilegais passaram a insurgir-se contra a demarcação contínua da reserva e mostraram-se obstinados em não desocupar a área, muito embora tenha havido o pagamento de várias indenizações. Chegou-se ao extremo de conflitos armados pela posse das terras, o que suscitou a intervenção da Força Nacional de Segurança e da Polícia Federal em 2004.

Na sequência dos acontecimentos, em 2004 o Supremo Tribunal Federal suspendeu as decisões proferidas até então nas instâncias ordinárias do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – em que se inserem as instâncias do estado de Roraima – que impediam a homologação das terras da reserva indígena Raposa Serra do Sol.

Isto permitiu que a FUNAI e o CIR continuassem e finalizassem os trabalhos necessários ao preenchimento dos requisitos legais para a demarcação de terras. Este é um processo longo porque requer a manifestação dos proprietários de terras, grileiros[12] , associações, sindicato de trabalhadores ou patronais, prefeituras, órgãos públicos estaduais e federais, apresentando tudo o que considerem relevante (SILVA, 2008). Além disso, são realizadas perícias e um relatório antropológico, que deve ser aprovado pelo Ministério

12 Grileiro é aquele que ocupa ilegalmente terras devolutas, ou seja, terras da União não ocupadas por prédios ou serviços públicos, tornando-se seu possuidor sem justo título.

da Justiça, e só depois é que pode ocorrer a demarcação.

Finalmente, em 2005, após o término destes trabalhos, o então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, editou o decreto homologatório da demarcação, precisamente em 15 de abril. Este ato do Chefe de Estado deveria culminar com o processo demarcatório, feito em obediência à legislação de regência e observando o minucioso laudo antropológico elaborado em amparo à necessidade da área de reserva. À vista de perdurarem os intuitos de ocupação ilegal por agricultores não índios, agora ilegais, foram estes notificados para deixarem a reserva, em março de 2007. (BRASIL, 2005).

O Decreto Presidencial foi editado considerando o imperativo de harmonizar os direitos constitucionais dos índios, as condições indispensáveis para a defesa do território e da soberania nacional, a preservação do meio ambiente, a proteção da diversidade étnica e cultural e o princípio federativo, conforme texto do preâmbulo. (BRASIL, 2005).

O processo demarcatório obedece a uma premissa constitucional fundamental, enunciada no parágrafo 1º do artigo 231, da Constituição Federal de 1988, cuja redação é a seguinte:

> São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL,1988).

Eis os critérios constitucionais de caracterização de terras indígenas, utilizados para balizar os estudos antropológicos e a eventual decisão demarcatória de áreas de reserva. O laudo elaborado em amparo ao processo demarcatório concluiu que o padrão de ocupação da área da Raposa Serra do Sol se enquadrava na norma prevista na Constituição.

Em realidade, desde o longínquo ano de 1917 que se reconhecem essas terras como de ocupação indígena por tais povos. Naquele ano, por exemplo, o Governo do Estado do Amazonas – em que se inseria o território do então inexistente Estado de Roraima – elabora a Lei Estadual Nº 941, destinando terras aos índios Macuxi e Jaricuna. Constatou-se, também, que esses grupos indígenas necessitam de grandes extensões territoriais para desenvolverem plenamente seu modo de vida próprio e característico. Com efeito, embora não sejam propriamente populações nômades, esses grupos fazem grandes deslocações nas suas áreas e entram em conflitos entre si, eventualmente. Desta forma, evidenciou-se que a reprodução dos índios demanda grandes extensões, na medida em que a aproximação excessiva dos grupos, considerando-se a possibilidade de conflitos, reduz nitidamente suas possibilidades vitais. Outro inconveniente da demarcação descontínua, ou de área reduzida, seriam os contatos indesejados com populações não indígenas. Essa circunstância poderia levar à liquidação dos grupos indígenas, por desencadear processo de assimilações parciais de culturas estranhas.

Deve-se apontar que o estudo antropológico conduzido pela FUNAI não foi alvo de ataques diretos e consistentes, senão de oblíquos e disfarçados argumentos lançados pelos rizicultores e pecuaristas que ocupavam ilegalmente as terras de reserva. Notadamente, utilizaram-se os ocupantes do argumento da sua permanência nas áreas anteriormente aos índios.

Esse argumento revela-se, contudo, inconsistente. Na verdade, ocuparam áreas que eventualmente estavam desocupadas no curso das pequenas e constantes migrações das populações indígenas. Além disso, tais áreas são fundamentais ao regular desenvolvimento dessas populações segundo seu modo habitual de

vida.

Convém apontar outro argumento utilizado pelos ocupantes ilegais das terras de reserva. Disseram estes que a demarcação da reserva em área contínua significaria ameaças ao controle de fronteiras e, por conseguinte à soberania nacional. Esta ameaça não se pode concluir da demarcação contínua, todavia. É importante salientar que as vastas fronteiras amazônicas brasileiras não são intensamente controladas, mas tampouco são objetos de conflitos de ordem a ameaçar seus limites e a soberania nacional sobre o território.

As áreas de reservas indígenas são bens da União Federal, ou seja, do Estado Brasileiro. Sua configuração como terras indígenas confere às populações ocupantes a posse e direitos de utilização, mas não lhes transfere a propriedade. Assim, não se apresentam quaisquer obstáculos ao trânsito das forças armadas ou da polícia federal, caso mostre-se necessário aos imperativos da defesa do território e da soberania em face de alguma ameaça externa.

Na linha desse inconsistente argumento, os ocupantes tentaram invalidar o Decreto Presidencial, afirmando que a homologação da reserva não se tinha precedido de manifestação do Conselho de Segurança Nacional. Este argumento foi afastado em julgamento de Mandado de Segurança julgado no Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o processo demarcatório não exige qualquer manifestação do Conselho de Segurança Nacional. A legislação que se aplica à matéria não exige isso, como apontou o Tribunal.

Percebe-se que houve muita resistência dos ocupantes ilegais, além de tentativas de colocar a opinião pública contra a demarcação, destacadamente com os argumentos de possíveis riscos à soberania nacional, de forte apelo popular, embora rigorosamente destituídos de fundamentos. Consoante se apontou anteriormente, não existem óbices aos deslocamentos, eventualmente necessários, de forças militares brasileiras nas áreas da reserva, pois se trata de bem da União.

As tentativas dos rizicultores de estancar o processo constitutivo da reserva foram concentrando-se na defesa do que se convencionou chamar de demarcação em ilhas, ou descontínua. Sucede que a descontinuidade do território é ameaça ao modo de vida dos índios, por implicar em eventuais ocupações de agricultores e pecuaristas próximas às áreas de ocupação indígena, o que traria de volta os conflitos pelas terras.

Por fim, chegou-se ao desfecho, após o julgamento, no Supremo Tribunal Federal, da Ação Popular (Petição 3388) que impugnava a demarcação contínua da reserva. A corte considerou o processo demarcatório conforme a lei e, por conseguinte, plenamente válido o Decreto Presidencial que o homologou. Foram afastados os argumentos lançados, repetidamente, contra a continuidade da reserva e contra o estudo antropológico. (BRASIL, 2009).

Isto tornou apto o processo demarcatório realizado por meio do Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005, que demorou 28 anos para ser concluído e que, finalmente, reconheceu os direitos dos índios à posse das terras que já há muito habitavam. (BRASIL, 2005). Vale salientar que, a partir da demarcação, o Parque Nacional do Monte Roraima passou a ser administrado por uma gestão compartilhada entre o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), a FUNAI e os índios que vivem na região.

5.5 Análise da Decisão Judicial do Supremo Tribunal Federal

A homologação da demarcação administrativa das terras indígenas Raposa Serra do Sol representou muito para a preservação das comunidades indígenas e de suas culturas. Entretanto, não foi suficiente pra pôr fim aos conflitos entre os índios e agricultores, nomeadamente, os rizicultores, que continuavam a reivindicar a posse de terras.

Neste contexto é impetrada, em 2006, a ação de Mandado de Segurança Nº 25.483-1, tendo por impetrante a Itikawa Indústria e Comércio Limitada e outros e impetrado o Presidente da República. O objeto da ação consistia na impugnação do ato do Presidente, a saber, o Decreto que demarcou a reserva indígena Raposa Serra do Sol, em 2005.

Os impetrantes pleiteavam a suspensão parcial dos efeitos do Decreto demarcatório das terras indígenas Raposa Serra do Sol, até que fossem definitivamente decididas as ações ajuizadas perante a Vara da Justiça Federal da Seção de Boa Vista, em Roraima.

Os impetrantes alegaram que a demarcação administrativa não observou seus direitos possessórios e de propriedade, de que eles haviam chegado àquelas terras na completa ausência de indígenas, de que o laudo antropológico "não resiste a mais superficial análise, fruto das suas imperfeições, imprecisões, erros e equívocos amplamente denunciados e conhecidos", de que o artigo 231 da Constituição Federal não tem força de validar o decreto presidencial por não comparecerem no caso os pressupostos exigidos no parágrafo 1º do artigo, e mais outros argumentos de ordem processual, que são irrelevantes para nosso estudo, e que a Corte depois considerou como infundados.

Em resposta, o advogado-geral da União alegou que a Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi demarcada após a verificação, por laudo antropológico, da ocupação tradicional pelas cinco comunidades indígenas da região, de que a demarcação foi obediente às normas do artigo 231 da Constituição Federal, e de que os impetrantes do estado de Roraima foram cientificados do processo de demarcação e que, portanto, lhes foi atribuído o direito a contestar o processo – contestação que fora indeferida pelo Ministro da Justiça. Além disto, o advogado-geral da União opinou pela denegação da segurança pleiteada pelos impetrantes.

O ministro Carlos Ayres Brito, relator do processo, afirmou que o Decreto reconheceu os direitos das minorias, a preservação da diversidade cultural brasileira, a tutela do meio ambiente, a garantia da própria existência das comunidades indígenas e a defesa do território e da soberania nacional. O ministro acentuou ainda a extrema importância da terra e do meio ambiente no cotidiano das comunidades indígenas brasileiras.

Ademais, reconheceu que o laudo antropológico da Fundação Nacional do Índio demonstra suficientemente que os cinco grupos indígenas ocupam permanente a área e assim, encontra-se configurada a hipótese constitucional de terra indígena, como prevista no parágrafo 1º, do artigo 231, da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Por fim, o ministro negou a segurança pleiteada na inicial, por ser favorável ao objeto do Decreto, conforme já fora visto acima, e pela falta de direito líquido e certo dos impetrantes para tal, sendo que estes são requisitos essenciais à natureza da ação de Mandado de Segurança. Em seguida, a decisão do ministro-relator foi corroborada por unanimidade pelos demais ministros do Supremo Tribunal Federal. A partir daqui.

Com efeito, após a decisão, reputaram-se nulos todos os títulos de propriedade que foram levantados pelos ocupantes e precária e ilegal suas posses. Desta forma, a corte consignou que os não- índios deveriam desocupar as áreas tão logo estivesse formalmente concluído o julgamento e publicada a decisão.

A primeira vista pode-se pensar que a decisão do Supremo Tribunal Federal teve por base um argumento legal, o Decreto. Todavia, o Decreto editado em 2005 teve a intenção de assimilar o respeito institucional pela diferença cultural dos grupos indígenas. E assim o fez, assimilou e reconheceu o direito originário dos índios ao uso da terra como forma de lhes manter vivos e de manter suas culturas também vivas. (BRASIL, 2005).

Deste modo, a decisão da Corte vem para reafirmar este direito à diferença cultural e, sobretudo, o direito a dispor dos meios necessários para que essa cultura sobreviva e se intensifique. Pretendeu também com a decisão relatada, proteger um grupo que se tornou minoria dentro do Estado Brasileiro.

Insta salientar que o ponto em destaque da discussão, o direito das minorias e a diversidade cultural, permanece em ênfase no Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade Nº 3239[13] , ajuizada pelo Partido Democratas (DEM) contra o Decreto Nº 4.887/2003. Versa a Ação Constitucional sobre o direito dos povos remanescentes dos quilombos ("quilombolas") na tentativa de ver reconhecida pelo Estado a sua propriedade sobre as terras por eles ocupadas na condição histórica e tradicional, na busca da preservação da identidade cultural. O julgamento da referida ADI encontra-se suspenso em virtude de pedido de vista, mas não se pode olvidar a tendência do STF em reconhecer a culturalidade dos quilombolas, em necessário respeito ao direito das minorias.

5.6 Da proteção dos direitos das minorias e da diversidade cultural

O histórico da opressão dos índios brasileiros data da colonização do Brasil pelos portugueses. A exploração, o tratamento degradante e mesmo as tentativas de catequizá-los demonstram a brutalidade do tratamento para com os povos indígenas e o paternalismo inerente às missões colonizadoras

O fato é que o contato com os europeus iniciou o processo de perda das variantes culturais dos grupos indígenas, decorrentes dos processos de integração e aculturação. Também o crescimento demográfico brasileiro aproximou os índios dos não-índios, e está conjunção da cultura tribal com a sociedade nacional geram, nesta última, preconceitos em razão de estarem diante da diferença de costumes, de concepções e de motivações, bem como da pobreza do equipamento indígena de luta pela vida (RIBEIRO, 1986, p. 195).

A incapacidade da sociedade brasileira para assimilar grupos indígenas com suas acepções culturais, faz com que partam para a solução mais fácil: estimular atrativos para que os índios se dissolvam nela. Ocorre que, as tentativas de integração fizeram com que grande parte dos índios partisse para trabalhar na agricultura em fazendas, como mão de obra sub-remunerada. Os estímulos externos, a saída de suas tribos originárias, a marginalização e o preconceito levaram estes povos a cometerem suicídio, à mendicância, à embriaguez, à marginalidade, dentre outras consequências.

13 A Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3239 proposta pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), questiona o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas, conforme estabelecido pelo Decreto nº 4.887/2003. O julgamento, iniciado em 2012, contou com o voto do ministro relator Cezar Peluso no sentido da procedência da ADI e inconstitucionalidade do Decreto. Suspenso por pedido de vistas da Ministra Rosa Weber, foi retomado em 2015, quando esta proferiu voto pela improcedência da ação e constitucionalidade do decreto presidencial. O julgamento foi suspenso novamente por pedido de vistas do ministro Dias Toffoli. Baseando-se no princípio do interesse social, a Conectas Direitos Humanos atuou no processo na qualidade de amicus curiae, em parceria com o Instituto Pro Bono (IPB) e a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/stf-em-foco/noticia/19096-adi-3239-comunidades-quilombolas>. Acesso em: 16 nov. 2016.

Desta feita, os povos indígenas que habitavam o território brasileiro, tomando-o por sua terra originária, acabaram por tornar-se, ao longo dos tempos, um grupo minoritário dentro da sociedade brasileira, uma vez que são, hoje, um grupo que se distingue visivelmente do restante nacional.

Para proteger os grupos indígenas surgiram os órgãos sobre os quais nos referimos no presente trabalho (SPI e FUNAI) e os mecanismos legais também já mencionados (Estatuto do Índio e a Constituição Federal de 1988). Por ser minoria étnica, a legislação lhes concedeu regime especial em defesa dos direitos das minorias.

Segundo a professora Patrícia Jerónimo Gouveia, os direitos das minorias consistem em:

> [...] poderes ou faculdades reconhecidos pelo Estado a indivíduos ou grupos que se distinguem da maioria da população em virtude das suas características étnicas, religiosas ou linguísticas, como modo de preservar estes traços distintivos e compensar os desequilíbrios que, desde sempre, prejudicam os membros dos grupos minoritários no confronto com a cultura dominante. (GOUVEIA, 2007, p. 372).

A política indigenista brasileira propõe-se a proteger os direitos das minorias, nomeadamente, da minoria indígena, tentando preservar suas culturas e tornar o processo de integração menos doloroso para aqueles que querem ou que não têm alternativa que não a de se integrarem à sociedade nacional não-indígena. Com efeito, não podemos olvidar que, por vezes, esta política mostra-se pouco eficaz e pouco célere, haja vista a demarcação em estudo ser pretendida pela FUNAI e pelos indígenas da região há vinte e oito anos antes dela acontecer faticamente.

O Estado Brasileiro na tentativa de cumprir os requisitos democráticos de "igualdade" e "dignidade da pessoa humana" propõe-se a uma política de reconhecimento dos direitos indígenas, de forma a assegurar-lhes o exercício de suas culturas sem maiores repressões.

Todavia, tomando por base as afirmações de Charles Taylor, nos seus escritos sobre "reconhecimento", os Estados devem ter bastante cautela nestes processos, porque o reconhecimento incorreto pode afetar negativamente os grupos a serem atingidos por estas políticas; esta, por sua vez, pode se configurar numa forma de agressão capaz de reduzir a pessoa ou o grupo a uma maneira de ser falsa, ou distorcida, podendo, inclusive, implicar em uma restrição a estes, ou seja, a política do reconhecimento da identidade de grupos minoritários, como o dos índios brasileiros, deve ser, para além do simples reconhecimento de sua diversidade cultural, uma política de diferença, caracterizada por redefinir frequentemente a não discriminação como uma exigência que nos leva a fazer dessas distinções a base do tratamento diferencial (TAYLOR, 1998).

Para além da igualdade e dignidade do constitucionalismo liberal, deve-se assegurar aos "diferentes" o seu direito à diferença, que se justificam na compensação das desigualdades infligidas no passado. O princípio da igualdade e sua norma implícita de proibição de discriminação não bastam para assegurar uma efetiva tutela dos indivíduos pertencentes a grupos culturais minoritários (JERÓNIMO, 2007, p. 374).

Ao lado de assegurar o "direito à diferença" e o "reconhecimento correto" da diversidade cultural, deve existir uma política voltada para as "maiorias", no sentido de fazê-las compreender a existência de grupos minoritários com culturas diferentes como elemento comum às sociedades, de forma que se assimile, progressivamente, a cultura da proteção das minorias como um valor da sociedade.

É neste sentido que surge a ideia de multiculturalismo, quando se está em causa o reconhecimento da diversidade cultural das nossas sociedades e a pluralidade de exigências de reconhecimento que está pluralidade implica (WIEVIORKA, 2002, p. 102). As ações multiculturalistas exigidas pelas sociedades plurais e pelo fato de sermos, todos, seres culturais merecedores de respeito, devem se intensificar com a finalidade do reconhecimento da diversidade cultural.

Estas ações multiculturalistas também não podem ser dissociadas das injustiças sociais causadas pelo desrespeito às diferenças. Tais ações devem buscar combater a desqualificação cultural que leva às discriminações, e devem partir da educação das sociedades para lidar com as diferenças – e aqui, deve-se ressaltar a importante colaboração do ensino nas escolas – até a concessão de direitos para o exercício das culturas.

No contexto do Estado Brasileiro - em que ainda há muito preconceito contra os índios - o reconhecimento da diversidade cultural indígena e a proteção destes como minoria étnica não são suficientes para que o restante da sociedade nacional lhes trate e trate as culturas deles com o devido respeito. É preciso que haja uma política voltada para os não-índios brasileiros, que tenha por base a educação e o conhecimento. Provavelmente, o aumento dos níveis formais de educação com um maior número de informações acerca das peculiaridades culturais indígenas pode vir a diminuir a rejeição social das diferenças, porque esta, muitas vezes, é a rejeição do desconhecido.

De fato, não se pode olvidar o fato de que a decisão judicial do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, em questão, tem grande relevância dentro do quadro de redução dos grupos indígenas no país, na medida em que lhes assegurar o livre uso de terras, findando por lhes garantir a sobrevivência de seus membros, de suas tradições, de suas línguas, enfim, de seu modo cultural de viver.

5.7 Considerações Finais

Os índios brasileiros fazem, sem qualquer dúvida, com que o Brasil seja um dos países mais ricos em diversidade étnica e linguística. São 315 sociedades indígenas, cerca de 69 grupos de índios isolados, sobre os quais ainda não há informações objetivas. 274 línguas, pelo menos, são faladas pelos membros destas sociedades, conforme informações da FUNAI.

Esta cultura indígena quando colocada ao lado da cultura dos não índios brasileiros surge como aquela que é "diferente", confundindo-se, frequentemente este termo com inferior ou não evoluída. Acontece que ambas formam a diversidade cultural brasileira, entendendo-se que a diversidade cultural é aquela que engloba as diferenças culturais existentes entre as pessoas. Sendo assim, ambas devem ser preservadas.

Levi-Strauss (2003), a este propósito, afirma que qualquer progresso cultural é função de uma coligação entre as culturas, e está coligação será tanto mais fecunda quanto mais diversificada forem as culturas entre as quais ela se estabelece.

Tomando por base a lição de Levi-Strauss (2003), temos que as diferentes culturas que convivem em um mesmo território têm que estabelecer o contato entre as realidades socioculturais diferentes de forma a que possam, juntas, progredir como culturas e propiciar o crescimento dos indivíduos daquela sociedade como cidadãos respeitadores das diferenças. Em relação a este tema, o etnólogo afirma ainda:

> A diversidade das culturas humanas está atrás de nós, à nossa volta e à nossa frente. A única exigência que podemos fazer a seu respeito (criadora para cada indivíduo de deveres

> correspondentes) é que se realize em determinadas formas que sejam um contributo para a maior generosidade das outras. (LÉVI-STRAUSS, 2003, p. 81).

No caso da demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol, bem como na decisão judicial do STF analisada no presente estudo, percebe-se o respeito do Estado Brasileiro pelos direitos dos índios. Com efeito, o reconhecimento do fato de que as comunidades indígenas que habitam o Monte Roraima precisam de uma vasta extensão de terras para que possam viver da forma como suas culturas lhes demandam, consiste em uma iniciativa estatal digna dos melhores elogios.

Entretanto, o respeito aos povos indígenas e às suas culturas devem ir além do respeito institucional. É necessário um maior reconhecimento e valorização da identidade étnica específica de cada uma das sociedades indígenas em particular, compreender suas línguas e suas formas tradicionais de organização social, de ocupação da terra e de uso dos recursos naturais. Isto significa o respeito pelos direitos coletivos especiais de cada uma delas e a busca do convívio pacífico, por meio de um intercâmbio cultural, com as diferentes etnias. (POVOS..., 2008).

Conhecer as diferenças, reconhecer seus valores e respeitar as diversas culturas é pressuposto indispensável à evolução da humanidade. Esta, por sua vez, deve evitar um particularismo cego que tende a reservar o privilégio da humanidade a uma raça, a uma cultura ou a uma sociedade, uma vez que é inconcebível uma humanidade confundida num gênero de vida único, posto que seria uma humanidade fossilizada.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Helder Girão. As disputas sobre os direitos indígenas. **Revista CEJ,** Brasília, v. 7, n. 22, p. 63-69, jul./set. 2003. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/565/745>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Congresso Nacional, 1967a.

_____. Decreto Nº 5.484, de 27 de junho de 1928. Regula a situação dos índios nascidos no território nacional - Situação jurídica dos índios. **Diário Oficial [da] União,** Rio de Janeiro, 14 de jul. 1928. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5484-27-junho-1928-562434-publicacaooriginal-86456-pl.html>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. Decreto Nº 8.072, de 20 de junho de 1910. Crêa o Serviço de Protecção aos Indios e Localização de Trabalhadores Nacionaes e approva o respectivo regulamento. **Diário Oficial [da] União,** Rio de Janeiro, 26 de jun. 1910. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D8072.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. Decreto Nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 21 de nov. 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm >. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005. Homologa a demarcação administrativa da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, no Estado de Roraima. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 18 de abr. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/dnn/dnn10495.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Lei Nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União,** Brasília, DF, 6 de dez. 1967b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 11 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____. Lei Nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. D**iário Oficial [da] União,** Brasília, DF, 21 de dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Lei Nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] União,** Rio de Janeiro, 5 de jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Fundação Nacional do Índio. **Índios do Brasil:** quem são. Brasília: FUNAI, 2013. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>. Acesso em: 19 de out. 2016.

_____. Organização Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre o direito dos povos indígenas.** Rio de Janeiro: ONU, 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388-4 Roraima.** Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Ação Popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. 19/03/09. Brasília: STF, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>. Acesso em: 19 out. 2016.

JERÓNIMO, Patrícia. Direitos das minorias. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar. D**icionário jurídico da administração pública.** Lisboa: Coimbra Editora, 2007.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Raça e história.** Lisboa: Editora Vega, 2003.

POVOS indígenas. **Construir Notícias,** ano 7, n 42, 2008. Disponível em: <http://www.construirnoticias.com.br/povos-indigenas/>. Acesso em: 19 out. 2016.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização:** a integração das populações indígenas no Brasil moderno. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

SILVA, Marina. Raposa Serra do Sol: um lugar de direito. **Terra Magazine,** Brasília, 17 jun. 2008. Disponível em: <www.terramagazine.terra.com.br>. Acesso em: 19 out. 2016.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo:** examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

WIEVIORKA, Michel. **A diferença.** Lisboa: Fenda Edições, 2002.

CAPÍTULO

06

AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE: DIREITOS E PERSPECTIVAS

Vyrna Lopes Torres de Farias Bem

6 AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE: DIREITOS E PERSPECTIVAS

Vyrna Lopes Torres de Farias Bem[14]

6.1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 protege a família. Assim, pode-se dizer que o direito protege a família. E quando se fala em família, não se pode desassociar das relações familiares, pois, família é o mesmo que mãe e pai; mãe, pai e filho; avó e neto; irmão e irmão; pai e filho; mãe e filho...

É indispensável para o desenvolvimento pleno da criança a presença parental, principalmente, a materna. Mãe e filho: não existe relação mais íntima do que essa, principalmente, se a análise ocorrer nos primeiros dias do nascimento. O filho sente a mãe; a mãe sente o filho. Para os dois, já basta: quando a mãe acalenta o filho; quando amamenta; quando ela consegue passar alimento, segurança e amor para ele.

A magia do nascimento, e todas as consequências que vêm com ele, como a amamentação, acaba quando a mãe está respondendo por uma relação tipificada como crime no ordenamento jurídico.

Durante a gravidez, período único, especial e delicado para a mulher, no qual ela necessita de cuidados específicos, certamente, o melhor local não é o aprisionamento, sobretudo pela falta de assistência que pode gerar consequências graves, negativas, tanto para a mãe, quanto para o bebê.

Depois do nascimento, a criança permanece em um ambiente inadequado. Assim, para algumas pessoas, o bebê, se ficar com a mãe, está também cumprindo a pena, pela falta de apoio, seja financeiro, seja psicológico; para outros, a relação mãe-filho, deve acontecer independentemente de uma reclusão.

É esse dilema que se discute a partir de agora. Para isso, é necessária a utilização da metodologia bibliográfica, através do método descritivo, explorando os conceitos sobre coação, pena, prisão. Além de analisar os direitos envolvidos nas condenações de mães gestantes, passando por uma observação sobre a dignidade da pessoa humana sob a ótica dos direitos humanos.

6.2 As Instituições Prisionais, as Penas e o Cárcere Feminino

O Direito é heterônomo, já afirmava Kant (2013). A obediência ao Direito não é escolha, é obrigação. Não interessa se as convicções de um determinado sujeito sobre o assunto coincidem com o que está posto na norma jurídica: o sujeito deve cumpri-la, com ou sem vontade. Tanto é verdade que, em virtude de seu caráter "bilateral-atributivo", o Direito é coercível.

Há uma compatibilidade da força com o Direito. O Direito necessita ser coercível para que haja a sua correta aplicação. Logo, se a norma jurídica não é respeitada, nasce a coação, para que, utilizando-se de uma força organizada, o Direito consiga impor o seu querer.

Quando a norma jurídica contém preceitos de ordem comum e é rompida por um sujeito, toda a sociedade é ofendida. É como se o Direito escolhesse proteger determinados bens e os considerasse como essenciais a sociedade. E quando não se consegue o seu objetivo, é necessário que se garanta a vigência da norma:

---

14 Professora da Faculdade Reinaldo Ramos-FARR. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. Advogada.

> Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convício social surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens (BITENCOURT, 2010, p. 31).

O Direito Penal trata, substancialmente, sobre delito, que ocorre em todas as sociedades. Portanto, é importante que haja uma sanção correspondente as chamadas infrações penais. É uma verdadeira regulamentação do direito de punir que o Estado, através do Direito tem, é a imposição de uma pena, havendo a culpabilidade.

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abra-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu ius puniendi (GRECO, 2007, p. 485).

> [...] OUTORGA-SE, em geral, aos magistrados encarregados de fazer as leis, um direito contrário ao fim da sociedade, que é a segurança pessoal; refiro-me ao direito de prender discricionariamente os cidadãos, de tirar a liberdade ao inimigo sob pretextos frívolos, e, por conseguinte de deixar livres os que eles protegem, mal grado todos os indícios do delito (BECCARIA, 2000, p. 18).

É evidente que o modelo de prisão não atende a todos os anseios da sociedade. E por isso foi durante toda a história da humanidade questionada, razão pela qual houve, em tantas oportunidades, reformas sobre a prisão.

Não há a resposta de que efetivamente a pena existe para que traga efetividade à norma jurídica. Não se pode esconder, portanto, os fins contraditórios da pena.

Foucault (1987), em seu livro Vigiar e Punir, fala sobre esses questionamentos acerca do fim da pena:

> O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e "humanidade". Na verdade tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente. (FOUCAULT, 1987, p. 20).

Ainda sobre a discussão de sua finalidade, há duas teorias: absoluta e relativa. A absoluta defende a retribuição, e a relativa, a prevenção. A teoria absoluta afirma que a pena por si só já se justifica. Como a finalidade da pena é o castigo proporcional à culpa, é como se já possuísse o seu fundamento embutido.

Para a teoria relativa, a pena reflete duas prevenções: geral e especial. Na geral, há o sentimento de prevenir que ocorra o fato, intimidando e limitando. Já na prevenção especial, há a o caráter de ressocialização do infrator.

O Código Penal Brasileiro, em seu art. 59, quando trata sobre a aplicação da pena, determina que o Juiz, ao fixá-la, precisa analisar, entre outros, "reprovação e prevenção do crime". Isso traduz a adoção de uma doutrina que integra as teorias absoluta e relativa. (BRASIL, 1941).

A consequência mais dura que o Direito Penal traz é a prisão: é a retirada da liberdade de um sujeito. As penas privativas de liberdade adotadas no Brasil são a detenção e a reclusão. São espécies diversas de um mesmo gênero. A reclusão serve para crimes considerados mais graves, assim, sua execução já é iniciada em

regime fechado; os de menor gravidade são punidos com detenção, que, como regra, não há regime fechado (apenas no caso de regressão).

É imprescindível ressaltar a prisão domiciliar (que é o recolhimento do sujeito em sua residência, não podendo se ausentar, salvo com autorização judicial), que é permitida, em casos isolados, como o da presa gestante, nos art. 117 da Lei de Execução Penal (LEP) e 317 e 318 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1984; 1941).

É certo, como visto que o Estado tem em suas mãos o poder de punir; é inegável, ainda, que essa possibilidade deva ser aplicada de forma excepcional, e quando efetivada, que se observem a dignidade, o respeito e o objetivo das medidas de restrição da liberdade.

É por isso que é necessário o estudo das consequências da prisão à luz da proteção da pessoa humana, para que a reintegração social do indivíduo seja efetivada de forma completa, como afirmava Foucault (1987).

A lei penal, ao trazer a pena em seu texto, faz com que outros efeitos surjam com a reprovação de seu ato. É evidente que o maior castigo é a própria condenação, mas a execução da pena vai muito além da espécie e do regime, principalmente quando se fala em prisão da mulher, os efeitos são mais amplos e intensos[15] , se relacionado à prisão dos homens.

A influência do cárcere feminino na sociedade é tão grande que alguns chegam a mencionar, como Stella (2009), que a mãe quando delituosa encoraja as atitudes criminosas de suas crias.

Dessa forma, são inegáveis os efeitos negativos da prisão para a mulher/mãe. Há, como regra, a perda das relações familiar e filial. A reclusa é observada como uma péssima mãe.

Não se pode, portanto, analisar a prisão materna sem fazer a devida associação com a separação familiar. Também não se pode avaliar essa ruptura como qualquer outra, causada pela morte ou pelo divórcio.

Nesse sentido, a prisão feminina possui um grande impacto social e deve ser estudada, para que haja o entendimento das suas consequências, bem como de suas perspectivas.

6.3 O Sistema Prisional Feminino e o Exercício da Maternidade

Em que pese os avanços nos estudos sobre o sistema prisional feminino brasileiro, o encarceramento da mulher e seus problemas ainda é tema pouco explorado no Brasil, em decorrência de fatores como, o número reduzido de mulheres privadas de sua liberdade, se comparado ao número de homens, e a invisibilidade social desta parcela populacional. Contudo, dados oficiais do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), ligado ao Ministério da Justiça, revelam que, na última década, houve um aumento significativo da participação de mulheres em diversas ações criminosas, o que repercute na população carcerária e traz à tona a reflexão acadêmica quanto ao destino de mulheres que se veem privadas de sua liberdade. (BRASIL, 2014a).

O sistema prisional foi pensado para homens, e destinado, desde o princípio, a este grupo social. O que se observa, considerando a historicidade do sistema, é que as mulheres encarceradas sempre foram levadas a se adaptarem aos modelos propostos, desde a arquitetura física aos serviços penais despendidos no cumprimento da pena, ambos violadores de direitos. Assim, ainda hoje, os locais que servem ao

15 Stella (2009), trazendo dados do Censo Penitenciário de 2002, "o confinamento das mulheres provoca sérios abalos na estrutura familiar; e o filho desamparado, pelo aprisionamento materno, tem muitas chances de retroalimentar a 'carreira do crime'".

encarceramento feminino são, em sua maioria, verdadeiras adaptações de estabelecimentos prisionais masculinos, e desse modo não possuem estrutura física ou serviços preparados para as questões gênero, pois desconsideram as necessidades específicas das mulheres presas.

Segundo o Sistema Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, o número de mulheres presas em 2014 era de 35.039, o que representava 7% da população carcerária total brasileira. (BRASIL, 2014a).

Ademais, o deficit de vagas de mulheres contabilizou 13 mil vagas, e segundo os dados do INFOPEN existem apenas 80 estabelecimentos prisionais femininos no país, dos quais não se incluem os chamados estabelecimentos mistos[16] .

É possível traçar um perfil de mulheres encarceradas, que representam em sua maioria grupos sociais estigmatizados. São jovens[17] , negras[18] , provedoras da família, com pouca ou sem escolaridade[19], baixa renda, com pouca qualificação, sem vínculo de emprego formal e com histórico familiar de aprisionamento.

A criminologia feminista afirma que as instituições penais reproduzem tanto a violência institucional como as desigualdades de classes, as opressões de gênero e cor da sociedade brasileira (ANDRADE, 2012, apud OLIVEIRA, 2014). O país, inclusive, já fora denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), da Organização dos Estados Americanos (OEA), em função das condições de seus estabelecimentos prisionais.

Toda essa situação se torna mais delicada quando o cumprimento da pena envolve o exercício da maternidade, pois faltam locais para exames, consultas e intervenções cirúrgicas, locais de amamentação, entre outras garantias que envolvem os direitos sexuais reprodutivos.

Quando se busca relacionar as questões de gênero e o sistema penal vê-se a necessidade de romper o caráter masculino do Direito, em especial do Direito Penal. Os movimentos feministas foram responsáveis por conquistas importantes no que tange os direitos das mulheres, conferindo-lhes maiores garantias no decorrer do tempo. A criminologia também se mostra atenta às questões de gênero.

Contudo, o Direito é reprodutor e legitimador dos estratos sociais, e ainda se encontra fundado em modelos patriarcais, sobretudo dentro dos grupos sociais de onde advém a população carcerária feminina.

Quando o crime e condenação envolvem a mulher, esta responde pelo descumprimento de normas jurídicas e de normas de gênero, visto que a sociedade lhe atribui um status e papel social aparentemente incompatível com práticas delituosas. A forma como a sociedade se relaciona com as mulheres é decisiva para as representações que produzem em torno de si mesmas.

Tratando especificamente da mulher carcerária, esta sofre, diuturnamente, práticas discriminatórias e preconceituosas, tanto por parte da sociedade quanto dos seus vínculos afetivos e familiares.

Quando estas práticas ocorrem dentro das instituições públicas e dos estabelecimentos prisionais, fruto inclusive de políticas públicas indiferentes às vicissitudes da mulher presa, o Estado toma para si a responsabilidade de lançar um olhar diferenciado para a humanização do cumprimento da pena, em atenção ao reconhecimento da diversidade existente entre o homem e a mulher apenada.

16 O Departamento Penitenciário Nacional lançou o Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional, normatizado pelas Portarias Nº 522, de 22 de novembro de 2011, Nº. 317 de 18 de julho de 2012 e Nº. 591, de 14 de novembro de 2012, destinado à redução do déficit carcerário, tendo como uma das metas: a eliminação do déficit carcerário feminino, a partir da geração de vagas por meio de construção e ampliação de estabelecimentos prisionais para as mulheres. (BRASIL, 2001; 2012C; 2012b).

17 Cerca de 50% das mulheres presas são jovens adultas, possuem entre 18 e 29 anos. (BRASIL, 2014c).

18 61% da população carcerária feminina é negra. (BRASIL, 2014c).

19 Quase 60% da população carcerária feminina possui apenas o ensino fundamental incompleto. (BRASIL, 2014c).

Ora, como se sabe, o ato criminoso não pode representar a negação de direitos e os elementos identitários do sujeito feminino, afinal, à mulher apenada devem ser assegurados os direitos do ciclo reprodutivo e o exercício da maternidade e da maternagem, sob pena de prejuízos à função reintegradora da pena privativa de liberdade.

A complexidade do confinamento não pode justificar a precariedade estrutural dos estabelecimentos prisionais. Ademais, vê-se que não é a mãe o único sujeito de direito em questão, posto que o nascituro e/ou seu filho também o é, pois acaba "cumprindo" a pena juntamente com a reclusa.

Se por um lado a maternidade pode representar para a apenada a concessão de privilégios, a exemplo do apoio emocional que a maternagem traz consigo e o afastamento de locais mais violentos dos estabelecimentos, as condições estruturais e a dinâmica prisional despendida retratam perdas desmedidas e não sentenciadas judicialmente na condenação de privação de liberdade. Não raro há relatos que denunciam a precariedade dos locais destinados ao parto, à utilização de algemas na hora do parto, os procedimentos "médicos" utilizados, a falta de assistência[20], a quebra do vínculo afetivo entre mãe e filho, entre outros problemas, que em si merecem um estudo a parte.

Consequente e costumeiramente, mães apenadas optam por não se apegarem afetivamente ao filho, para, assim, pouparem a dor do rompimento repentino da convivência já estabelecida (GOMES, 2010).

A insegurança e o ambiente fazem com que, muitas vezes, as presas não queiram continuar com seus filhos no colo, perdendo um pouco da relação mãe-filho:

> Diante das dificuldades enfrentadas no ambiente prisional, tanto pela falta de estrutura física, ineficácia de informações prestadas, bem como por todo o contexto que assola os ambientes prisionais, muitas reeducandas acabam por entregar seus filhos aos cuidados de parentes ou instituições com o intuito de que a criança não sofra pela falta de assistência que elas sofrem, resultando no desmame precoce e consequente déficit de desenvolvimento físico e intelectual dos conceptos (OLIVEIRA, 2011 apud SOARES; CASTRO, 2012).

É necessário que se mude a perspectiva das mulheres presas e de seus filhos, para que não haja nenhum tipo de consequência negativa ao revés do Direito e da dignidade da pessoa humana. A situação da pena já é a própria condenação. Não é humano aumentar essa carga em virtude da gravidez, que deve gerar vida e felicidade.

6.4 Das Normas e das Perspectivas sobre o Sistema Prisional Feminino

Não se nega a proteção normativa afeta às mulheres encarceradas, egressas e seus filhos, seja em âmbito nacional ou internacional, mas questiona-se o planejamento institucional e a qualidade das práticas institucionais desenvolvidas para o exercício da maternidade em ambiente carcerário.

Em nível interno, a Constituição da República de 1988 tem como princípio e fundamento a dignidade da pessoa humana. O respeito à pessoa humana é algo intrínseco a ela, e a acompanha, não importando a sua condição financeira ou local de estadia - até mesmo o encarceramento. O Estado brasileiro rege-se, inclusive em suas relações internacionais, pelo Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, inc.

20 A presença de acompanhante junto à parturiente deve ser autorizada, durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, conforme a Lei Nº 11.108, de 7 de abril de 2005 e a Portaria GM Nº 2.418 de 2 de dezembro de 2005 regulamenta a presença de acompanhante nos hospitais públicos e conveniados com o Sistema Único de Saúde (SUS). (BRASIL, 2005a; 2005b).

II). (BRASIL, 1988).

A Constituição de 1988 apresenta em seu artigo 5º, quando trata dos direitos e garantias fundamentais, incisos que tratam das garantias e dos direitos da pessoa presa, como o respeito à integridade física, psíquica e moral da presa, à orientação sexual, à identidade de gênero, à diversidade, à individualização da pena, às condições adequadas para que as presas permaneçam, temporariamente, com seus filhos na prisão, o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, entre outros. (BRASIL, 1988).

A saúde e a proteção à maternidade são direitos sociais, que seguem no capítulo seguinte do texto constitucional, assegurados às presas provisórias e condenadas, e devem compreender a garantia de atendimento na gestação e de atendimento na atenção do filho, ou seja, devem ser garantidos durante a gestação, o parto, o puerpério e o aleitamento. Ainda no texto constitucional, os artigos 226 e 227 cuidam em estabelecer que a família e a criança possuam proteção especial do Estado. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o direito de amamentar é protegido formalmente por normas jurídicas brasileiras. Ressalta-se: é uma garantia constitucional de direito fundamental (CR/88, art. 5º, inc. L), além de ter dispositivo específico na Lei de Execução Penal (LEP, art. 83, §2º), no Código de Processo Penal (CPP, arts. 317 e 318, inc. IV) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, art. 9º), que são legislações especiais internas, que em várias oportunidades cuidam de assegurar o vínculo entre mãe e filho em estabelecimento prisional, e levam também em consideração o superior interesse da criança, sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento. (BRASIL, 1988; 1984; 1941; 1990).

Prevê o art. 83, § 2º da LEP: "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." (BRASIL, 1984). No mesmo sentido, a Lei N.º 12.594/12, em seu art. 63, §2º dispõe que "Serão asseguradas as condições necessárias para que a adolescente submetida à execução de medida socioeducativa de privação de liberdade permaneça com o seu filho durante o período de amamentação." (BRASIL, 2012a). Na Comarca da capital de São Paulo, as presas que derem à luz serão transferidas para o hospital penitenciário, para poderem ficar, em quarto individual, com seus respectivos filhos, a fim de amamenta-los. É importante o apoio psicológico da mãe (art. 8º, § 3º), inclusive para efetivamente amamentarem os filhos (BRASIL, 1990; ISHIDA, 2015, p. 27).

A Lei de Execuções Penais estabelece normas fundamentais que regem direitos e obrigações do sentenciado na execução da pena, e tem como objetivo "efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (BRASIL, 1984).

Pelas perspectivas e normas jurídicas de proteção, observa-se que o Estado buscou tratar nos seus mais importantes documentos a questão do aprisionamento feminino e o exercício da maternidade como uma questão jurídica e social, que apresenta implicações na entidade familiar, nos cidadãos diretamente envolvidos e na própria sociedade como um todo. Desse modo, pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro, na sua intenção, quer amenizar os sentimentos negativos vividos pelas mães e pelos seus filhos, que ficam trancados em uma situação excepcional.

A saída para muitas mães presas é o requerimento da prisão domiciliar, prevista nas leis infraconstitucionais (LEP e CPP), e já discutida pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que, para resguardar a vida da criança, garantindo cuidados especiais e a dignidade da pessoa humana, é possível a permuta da prisão quando "a agente for gestante a partir do 7º mês de gravidez ou quando a gestação for de

alto risco, ou ainda, quando for comprovadamente imprescindível os cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência (art. 318, II e III, CPP) desde que "comprovada a inadequação do estabelecimento prisional à condição de gestante ou lactante da acusada, visto que asseguradas todas as garantias para que tivesse a assistência médica devida e condições de amamentar o recém-nascido" (BRASIL, 1984; 1941; 2014b).

Em nível internacional, normas jurídicas como as Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos (Genebra, 1955), as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras - Regras de Bangkok (BRASIL, 2016), de cunho humanitário, complementam a proteção jurídica interna, convidando os Estados-membros do Sistema Global a considerarem as vicissitudes das mulheres presas no desenvolvimento de suas leis, procedimentos e políticas públicas. E claro, o respeito à dignidade humana é previsto na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no Tratado de São José da Costa Rica, todos ratificados pelo Brasil. E ainda, a concretização da eliminação das discriminações contra as mulheres é assunto disciplinado na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), ratificado pelo Brasil em 1981.

No que tange às perspectivas, destaca-se o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal (STF), em medida cautelar à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 347, impetrada pelo partido PSOL, de violações contra direitos fundamentais da população carcerária brasileira. O STF decidiu pela concessão parcial das medidas cautelares pleiteadas (BRASIL, 2015b). A referida decisão[21] mostra-se como um passo importante, pois reconhece formalmente o Estado de Coisas Inconstitucional[22], a violação generalizada de direitos humanos, no tocante à dignidade, a higidez física e a integridade psíquica, e a inércia das autoridades públicas. Ademais, proíbe o governo de contingenciar valores do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para a finalidade para o qual foi criado, e também impõe a capacidade e diálogo institucionais, a exemplo da determinação da realização de audiências de custódia, para que os presos possam se apresentar aos magistrados em até 24 horas após a prisão.

Ao analisar o sistema prisional brasileiro vê-se que as penas privativas de liberdade aplicadas convertem-se em penas cruéis e desumanas, violando diversas normas constitucionais e tratados internacionais reconhecedores dos direitos das pessoas presas, e partem da falta de formulação e implementação de políticas públicas, da interpretação e aplicação da lei penal. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes também contribui para essa "natural" conversão.

O Poder Judiciário também tem parcela de responsabilidade, visto que a maioria dos presos se encontra sob a tutela provisória, e quando alcançam julgamento são muitas vezes absolvidos ou condenados às penas alternativas. Por outro lado, o Poder Judiciário exerce importante contribuição quando intervém diante das incapacidades demonstradas pelas instituições legislativas e administrativas, contudo, as intervenções são muitas vezes obstaculizadas, em nome do discurso da separação dos poderes, limitações orçamentárias e prioridade políticas.

21 O STF deferiu as seguintes medidas cautelares: a realização em até 90 dias, de audiência de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; a liberação pela União das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. (BRASIL, 2015b).

22 O Estado de Coisas Inconstitucional é uma tese desenvolvida pela Suprema Corte Colombiana sobre a violação sistemática e generalizada de direitos fundamentais, a partir da violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura e transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. (BRASIL, 2015b).

Diante de todos os instrumentos normativos, não pode o Estado permitir uma segunda punição por ato ilícito já discutido em decisão judicial ou sentença condenatória privativa de liberdade, em vias de execução penal, pois não lhe cabe este papel castigador, a margem e ofensivo ao Estado Democrático de Direito.

6.5 Considerações Finais

As políticas criminais alheias a questões femininas desembocam em um tratamento uniforme para mulheres e homens, não observando questões de ordem subjetivas das mulheres encarceradas, e reafirmam que o sistema brasileiro é precário também neste aspecto, pois pauta-se por políticas públicas assexuadas e alheias às questões de gênero.

Avalia-se com urgência a necessidade de construção de estruturas físicas, a reformulação dos serviços prisionais, o desenvolvimento eficaz de programas sociais condizentes com o encarceramento feminino e a política de reintegração social para esta população carcerária, de modo a assegurar a dignidade da presa mulher e a humanização do cumprimento de sua pena.

A união de esforços por parte do Poder Público, sociedade civil e atores sociais envolvidos, faz a menção à compressão da interdisciplinaridade da maternidade-maternagem no encarceramento da presa mulher, e as especificidades na efetivação dos direitos constitucionais e infraconstitucionais das mulheres no sistema penal, sem perder de vista a proteção internacional.

A parceria entre os diversos órgãos envolvidos na execução da pena, as ações coordenadas (ministeriais e governamentais), bem como a conscientização do problema por parte da sociedade civil parecem ser o caminho para que a questão saia da invisibilidade social, e do plano secundário das políticas penitenciárias efetivamente desenvolvidas.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Bauru: Edipro, 2000.

BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMIREZ, Juan; MIRALLES, Teresa. **Pensamento criminológico:** uma análise crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao direito.** São Paulo: Saraiva, 2013.

BITERNCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok:** regras da Organização das Nações Unidas para o tratamento de presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional Nº 88, de 7 de maio de 2015.** Brasília, DF: Senado Federal, 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc88.htm>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Decreto-Lei Nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 31 de dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. Decreto-Lei Nº 3.689, 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 13 de out. 1941. Disponível em: <ww.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Lei Nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 19 de jan. 2012a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Lei Nº 11.108, de 7 de abril de 2005. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 0 de abr. 2005a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 de jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEM Mulheres.** Brasília: MJ/DEPEN, 2014a. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

_____. _____. **Política nacional de atenção às mulheres em situação de privação de liberdade e egressas do sistema prisional.** Brasília: MJ/DEPEN, 2014c. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/doc-basilar-politica-nacional-versao-final.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016.

_____. _____. **Portaria DEPEN Nº 522, de 22 de novembro de 2011.** Estabelece procedimentos, critérios e prioridades para concessão de recursos financeiros voltados à execução de obras de ampliação e construção de estabelecimentos prisionais, objeto do Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional e dá outras providências. Brasília: DEPEN, 2011. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doc_22350436_PORTARIA_N_522_DE_22_DE_NOVEMBRO_DE_2011.aspx>. Acesso em: 04 jun. 2016.

_____. _____. **Portaria DEPEN Nº 591, de 14 de novembro de 2012.** Estabelece procedimentos, critérios e prioridades para concessão de recursos financeiros voltados à execução de obras de construção de cadeias públicas, objeto do Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional, e dá outras providências. Brasília: DEPEN, 2012b. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/legis_24062226_PORTARIA_N_591_DE_14_DE_DEZEMBRO_DE_2012.aspx>. Acesso em: 04 jun. 2016.

_____. _____. **Portaria DEPEN Nº 317 de 18 de julho de 2012.** Estabelece procedimentos, critérios e prioridades para concessão de recursos financeiros voltados à execução de obras de ampliação e construção de estabelecimentos prisionais, objeto do Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional, para o segundo semestre de 2012, e dá outras providências. Brasília: DEPEN, 2012c. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=1000&pagina=1&data=19/07/2012&captchafield=firistAccess>. Acesso em: 04 jun. 2016.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria GM Nº 2.418, de 02 de dezembro de 2005** Regulamenta, em conformidade com o art. 1º da Lei Nº 11.108, de 7 de abril de 2005, a presença de acompanhante para mulheres em trabalho de parto, parto e pós-parto imediato nos hospitais públicos e conveniados com o Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília: MS, 2005b. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt2418_02_12_2005.html>. Acesso em: 04 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.** Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Requerido: União e Outros. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 set. 2015b. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560> Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 305.344/SP.** Rel. Min. Jorge Mussi, julgando em 02/12/2014, DJe, 19 dez. 2014b. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=305344&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 04 jun. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Aline Barbosa Figueiredo et al. Reflexões sobre a maternidade no sistema prisional: o que dizem técnicas e pesquisadoras. In: ENCONTRO NACIONAL DA ABRAPSO, 15., 2009, Maceió. **Anais...** Recife: ABRAPSO, 2009.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente.** São Paulo: Atlas, 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Petrópolis: Vozes, 2013.

MELLO, Daniela Canazaro de. **A prisão feminina**: gravidez e maternidade: um estudo da realidade em Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal. 2014. 2v. Tese (Doutorado em Ciências Criminais)-Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

OLIVEIRA, Rayne Noronha. **Mulheres, saúde reprodutiva e prisão:** um estudo da maternidade em uma perspectiva feminista na Penitenciária Feminina do Distrito Federal. 2014. 72 f. Monografia (Bacharelado em Serviço Social)-Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

PAIVA, Anabela; LEMGRUBER, Julita. **A dona das chaves.** Rio de Janeiro: Record, 2011.

PIMENTEL, Elaine. **O lado oculto das prisões femininas:** representações dos sentimentos em torno do crime e da pena. Latitude, v. 7, n. 2, p. 51-68, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo, Saraiva, 2002.

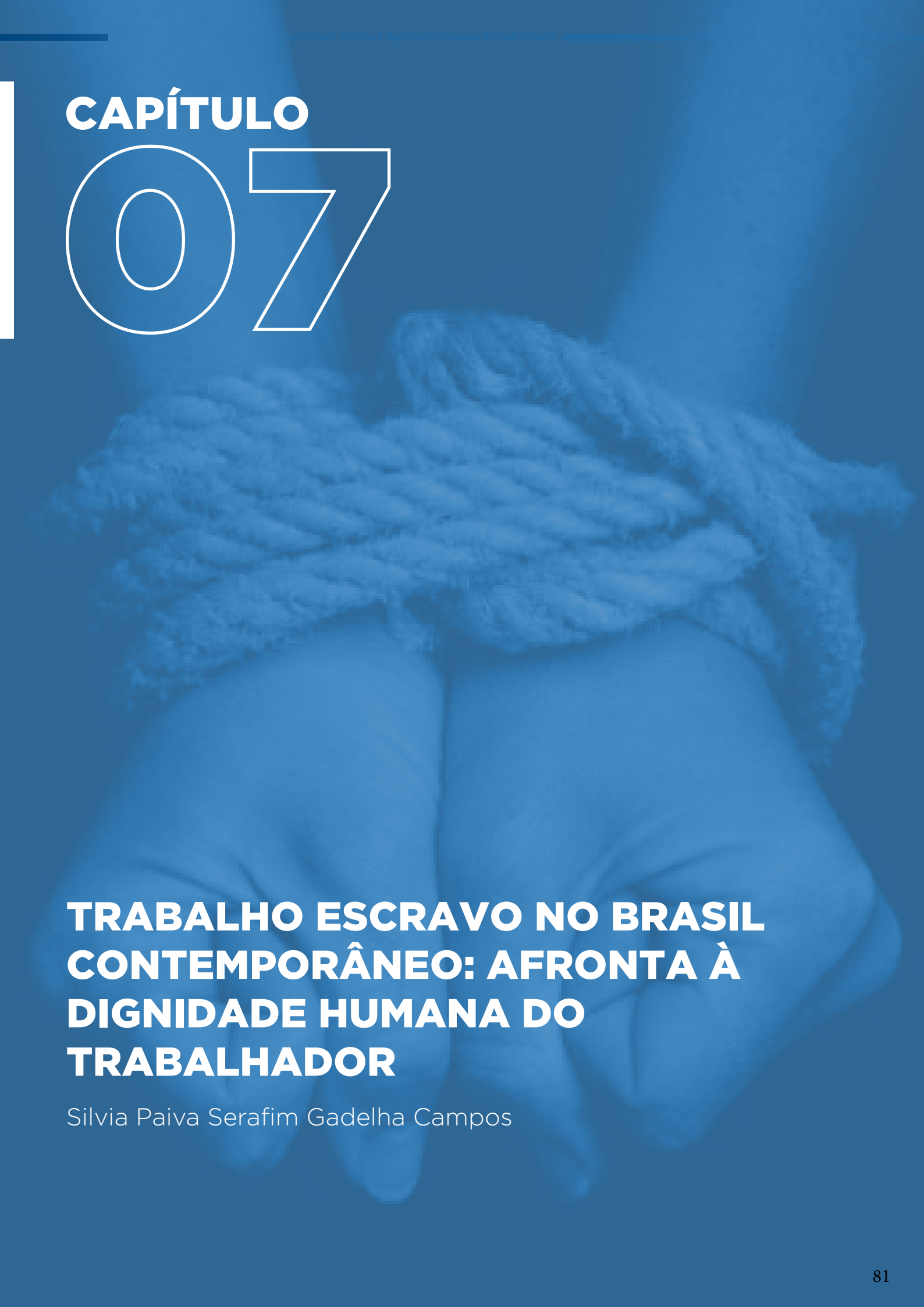
SOARES, Barbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras:** vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond. 2002.

_____, Éricka Maria Cardoso; CASTRO, Augusto Everton Dias. **Amamentação no cárcere:** as entrelinhas para mães e filhos como sujeitos de direito. Âmbito Jurídico, Rio Grande, ano 15, n. 107, dez. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12515>. Acesso em: 04 jun. 2016.

STELLA, Claudia. **Filhos de mulheres presas:** o papel materno na socialização dos indivíduos. **Revista de Estudos e Pesquisas em Psicologia,** Rio de Janeiro, ano 9, n. 2, p. 292-306, 2009.

_____. O impacto do encarceramento materno no desenvolvimento psicossocial dos filhos. **Revista de Educação Educere et Educare**, Cascavel, v. 4, n. 8, p. 99-111, jul./dez. 2009.

WELTER, Maria Estela. **A mulher no sistema prisional brasileiro.** 2013. 49 f. Monografia (Bacharelado em Direito)- Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Santa Rosa, 2013.



CAPÍTULO 07

TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: AFRONTA À DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR

Silvia Paiva Serafim Gadelha Campos

7 TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: AFRONTA À DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR

Silvia Paiva Serafim Gadelha Campos[23]

7.1 Introdução

É de conhecimento geral que o regime escravocrata, sustentáculo da economia e sociedade à época, perdurou em nosso território brasileiro até meados do século XIX, quando em 13 de maio de 1888, foi sancionada a Lei Imperial Nº. 3.353, mais conhecida como Lei Áurea. Tal denominação, "Áurea", advém do latim "Aurum", fazendo apologia ao que vale ouro, algo de imensurável valor. De fato, a lei assinada pela Princesa Imperial brasileira, Isabel, foi de honroso valor, já que na letra da lei aboliu a escravidão no Brasil. (BRASIL, 1888).

Contudo, menos de dois séculos depois, nos deparamos com um novo cenário, porém com os antigos contornos. O fato é que, ao revés do disposto na letra da lei, e do imaginário social, em que trabalhador escravo é aquele que vive nas senzalas e amarrado ao tronco, a exploração atual da mão de obra, "ressurge" com uma nova roupagem, colocando diante de nós condutas que configuram a redução do trabalhador àquela condição de outrora, condição está, análoga a de escravo.

O trabalho análogo ao de escravo contemporâneo possui, de acordo com o art. 149 do nosso Código Penal Brasileiro, quatro condutas caracterizadoras, quais sejam: submeter o trabalhador a jornada exaustiva, a laborar em condições degradantes, a trabalhos forçados ou restringir por qualquer meio a locomoção do trabalhador em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. (BRASIL, 1940).

O vislumbre desse quadro na contemporaneidade nos leva a questionamentos que evidenciam fissuras em nosso Estado Democrático de Direito, modelo erigido por nossa atual Constituição Federal brasileira, em que um dos maiores alicerces, se traduz na dignidade da pessoa humana, externada principalmente e necessariamente no campo laboral, retratando violação aos direitos humanos.

7.2 O Trabalho como Expressão a Dignidade Humana

A análise da história do trabalho, das circunstâncias e modos de realização, e do processo de produção dos sujeitos históricos, varia de acordo com o Estado de Direito vivenciado à época, e refletem nas relações produtivas no mundo contemporâneo, no qual a participação e inserção dos principais atores sociais, quais sejam, o Estado, os trabalhadores e os empregadores, oscilaram no decorrer do movimento histórico.

Com o declínio do Estado absolutista, iniciado nos séculos XVII e XVIII, tendo em vista o desenvolvimento do capitalismo no mundo ocidental, e a influência das revoluções burguesas, que questionavam a concentração de privilégios e direitos, de ordem política e econômica nas mãos de uma só pessoa, questionamentos estes herdados desde o renascimento, e resgatados do período greco-romano, um novo modelo de Estado foi implementado no mundo ocidental durante os séculos XVIII e XIX. (DELGADO; DELGADO, 2013, p. 19).

23 Professora da Faculdade Reinaldo Ramos-FARR. Especialista em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública pela Universidade Anhanguera-UNIDERP.

Nesta sequência, o Estado Liberal de Direito, caracterizado pelo desenvolvimento e afirmação do modelo capitalista no mundo ocidental, consolidou a ascensão econômica da burguesia, que prontamente estabeleceu mecanismos próprios para gerir o novo modelo econômico-social, viabilizando a expansão do próprio sistema capitalista, com a finalidade de se auto manter no poder, e obtendo assim a concessão de liberdades e poderes à sua classe em detrimento da nobreza; e, principalmente, o total afastamento do Estado na economia, com o escopo de favorecer a livre circulação de capital e mercadorias.

Diante do modelo de estado expendido, cujo ápice é datado do século XIX, com a ocorrência da Revolução Industrial, e a consequente consolidação da substituição da manufatura pela maquinofatura, reafirmando o modelo capitalista de produção, uma nova relação basilar, fruto de tal modelo implementado, emergiu, qual seja: a relação de emprego.

Apesar de ainda não podermos falar, materializadamente, em Direito do Trabalho, ou em direitos dos trabalhadores, a relação de emprego, modelo propulsionado pelo capitalismo, ocasionou mudanças nas relações de produção, até então observadas. O fato de inúmeros trabalhadores possuírem sua força de trabalho explorada sob um mesmo teto despertou a consciência social dos destes, surgindo o poder de resistência obreira, com escopo de lutarem por melhores condições de vida e de trabalho.

Eis que, sendo assim, diante da necessidade de reformulação estatal, a fim de que o Estado passasse a intervir nas relações de modo de produção capitalista, bem como nas questões sociais, em prol dos trabalhadores, emergiu na segunda metade do século XIX, um novo modelo de Estado, qual seja, o Estado Social de Direito.

O advento do Estado Social do Direito veio acompanhado da Primeira Guerra Mundial (1914), e após o fim da guerra, em 1918, o panorama de devassa social vislumbrado cobrou soluções que pudessem restaurar a ordem social. A criação da Liga das Nações, a constitucionalização dos direitos sociais, entre eles o Direito do Trabalho, (como pode ser observado nas constituições do México de 1917, da Alemanha de 1919 e do Brasil apenas em 1934), e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, organismo que tem por escopo propagar o Direito do Trabalho a nível internacional, foram as principais medidas adotadas no mundo pós-guerra.

Em seguida, com a Segunda Guerra Mundial em 1945, tais medidas foram reafirmadas, sendo implementados mecanismos que pudessem garantir a paz entre as nações com maior eficiência, foi inclusive diante deste cenário, que surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU).

Da análise do Estado Social de Direito, por se tratar de um Estado que vivenciou duas guerras mundiais (ou até mesmo por isso), percebe-se uma maior e consequente ampliação dos direitos sociais, coletivos, culturais e econômicos, direitos estes considerados de segunda dimensão, sendo a igualdade, o valor preponderante do Estado.

A constitucionalização do Direito do Trabalho, no mundo e no Brasil, através da nossa Constituição de 1934, permitiu, conforme Delgado e Delgado (2013, p. 40), a separação da força de trabalho do indivíduo, e de sua própria pessoa enquanto ser humano, representando um avanço cultural, e permitindo a inversão no polo jurídico, pois passa a garantir proteções e vantagens ao trabalhador, não sendo mais o labor um demérito. O trabalho, portanto, marchou e se tornou um valor celebrado pela ordem jurídica e constitucional.

Contudo, apesar de ter imposto um novo paradigma constitucional, com a implementação dos direitos de segunda geração, o Estado Social de Direito não introduziu a relevância da pessoa humana na estrutura da sociedade política e da sociedade civil, sendo considerado um modelo de estado transitório.

O marco contemporâneo do constitucionalismo é, portanto, o Estado Democrático de Direito, sendo possível observar as suas feições nas Constituições pós Segunda Guerra, como a da França de 1946, da Itália de 1947, da Alemanha de 1949, e no Brasil, apesar de possuir alguns traços na Constituição de 1946, somente na nossa atual Constituição Federal de 1988 se revelou claramente. Tal modelo possui como base de três pilares, quais sejam: a pessoa humana e sua dignidade; a sociedade política, democrática e includente; e a sociedade civil, também democrática e includente. (DELGADO; DELGADO, 2013, p. 43).

A dignidade da pessoa humana está contida no artigo 1º, inciso III da Carta Magna de 1988, sendo fundamento da República Federativa do Brasil. De acordo com Sarlet (2011, p. 143), a dignidade revela a própria condição humana, apresentando-se no "gênero humano sem fronteiras". Sarlet (2011), ainda esclarece que a dignidade é inerente à condição de ser humano, sendo uma meta permanente do Estado Democrático de Direito mantê-la em sua plenitude.

Além de inerente à condição de ser humano, a dignidade possui caráter irrenunciável e inafastável, pois, independentemente de qualquer prática, o ser humano não pode ter a sua dignidade suspensa, restrita, cancelada ou perdida. Portanto, qualquer forma de depreciação do ser humano, é vedada, não havendo qualquer flexibilização nesse sentido.

Constatamos assim que todo indivíduo tem direito a uma vida digna, sendo-lhe atribuído o devido respeito, o devido valor moral, e devendo ser resguardados os seus direitos e reconhecidos os seus deveres de cidadão.

Destarte, tal dignidade da pessoa humana, que conforme constatado é revelada na própria condição de ser humano, deve estar principalmente presente nas relações de trabalho, e embasado no Direito do Trabalho, já que é nesse meio que mais se evidencia a necessidade de valorização da dignidade do ser humano como trabalhador.

Nas palavras de Delgado e Delgado (2013, p. 47), são impensáveis a estrutura e a operação prática de um efetivo Estado Democrático de Direito, sem a presença de um Direito do Trabalho, com relevância na ordem jurídica, no Estado e na sociedade civil. De fato, a importância do Direito do Trabalho, seja em sua seara Individual ou Coletiva, para o alcance e consolidação de um Estado Democrático de Direito no Brasil, é tido como fato notório e incontroverso.

De fato, com o advento do Estado Democrático de Direito, no Brasil melhor delineado com a Constituição Federal de 1988, podemos vislumbrar a proteção ao trabalho e ao trabalhador, já que um dos pilares de tal modelo de Estado é a proteção humana e sua dignidade, e não há como falar em dignidade da pessoa humana sem abranger o campo laboral.

Temos que o termo "trabalho", de acordo com a etimologia, se origina do latim "tripalium", que significa um objeto de tortura, antes utilizado contra os escravos, e composto por três paus. Atualmente, trabalho pode ser conceituado como um conjunto de atividades realizadas com objetivo comum de atingir uma meta, ou seja, cada atividade realizada individualmente, contribuindo para a coletividade.

Conforme se pode depreender do conceito de trabalho, este não significa apenas uma atividade isolada, em que cada ser humano, visa como contraprestação, determinada soma pecuniária. O trabalho contribui para o desenvolvimento geral de uma comunidade, sendo um importante instrumento de agregação social, além de exercício de cidadania, e é por intermédio dele que cada ser humano em sua individualidade, trabalhando para a coletividade, pode concretizar seus sonhos e atingir metas de realização pessoal.

Ao se tutelar o Direito do Trabalho, busca-se garantir a proteção e a existência da dignidade no meio

laboral, por isso que a tutela às prestações de serviço de uma pessoa à outra, deve ser feita com observância aos dispositivos tanto da Constituição Federal de 1988, como da legislação trabalhista, e ambas preveem a observância da dignidade humana no meio laboral. É claro que, seria utopia, conforme assevera Brito Filho (2011, p. 122), pensar que em todos os lugares do globo, todos os trabalhadores laborariam em condições justas, mesmo considerando a rede de proteção aos mesmos.

A existência do desemprego na atualidade, por exemplo, que se traduz na negação de trabalho, e assim, na negação da cidadania, é um problema que afeta não somente a dignidade do ser humano, mas conforme pontuado por Cecato (2012, p. 27-29), está diretamente relacionado com o desenvolvimento do Estado, tendo em vista que a ausência da oferta de trabalho implica na ausência da participação do trabalhador em todas as dimensões do desenvolvimento, e sendo o desenvolvimento um processo integral, que não comporta exclusões, a não participação de inúmeros trabalhadores nesse processo gera inúmeros obstáculos para seu alcance, sendo motivo pelo qual o Brasil não pode ser considerado um país desenvolvido.

Além do desemprego, o maior exemplo que temos na atualidade de trabalho não digno, é a exploração da mão de obra do trabalhador, conhecido como o Trabalho Escravo da atualidade. A redução do ser humano à condição análoga a de escravo, é crime previsto no nosso atual Código Penal brasileiro, conforme melhor veremos no próximo tópico, e, deve ser combatido, sendo submetidos à punição todos os envolvidos na exploração do trabalhador.

7.3 Panorama Brasileiro de Exploração do Trabalhador

A exploração da mão de obra do trabalhador no Brasil contemporâneo corresponde a lamentável realidade. Além de ser enquadrado como crime, a exploração da mão de obra desses trabalhadores os torna não-cidadãos, passíveis de violência e de privações das condições mínimas existenciais. Desta forma, é esvaziada sua dignidade, resultando na própria banalização do mal (COSTA, 2008).

O fato é que o referido "mal", correspondente à escravidão contemporânea, no Brasil, apesar de abolida desde 1888, encontrou nos tempos atuais uma nova roupagem, estando tal prática longe de ser erradicada, muito ao contrário, vem ganhando espaço e novas condutas análogas podem ser observadas. Estamos diante da chamada "escravidão moderna", utilizada em sentido metafórico, já que não se trata mais de compra e venda de pessoas.

Nesse sentido, de acordo com Almeida (2011, p. 53), existe uma certa dificuldade na conceituação do trabalho análogo ao de escravo visível na atualidade, já que ao se falar em trabalho escravo, rapidamente o imaginário social idealiza o escravo como seres negros, sendo-lhes infligindo todo tipo de castigos, como amarrados ao tronco com marcas de chicotadas ou acorrentados, não sendo esta a realidade correspondente.

É válido ressaltar que no Brasil tal modelo de escravidão "antiga" teve início por volta do século XVI, quando os colonos portugueses começaram a escravizar os índios. Entretanto, tal tentativa foi fracassada, visto que os religiosos católicos, os jesuítas, condenaram a prática de escravização indígena, passando a defendê-los, o que resultou na inviabilidade da utilização dessa mão de obra (KOK, 2003, p. 25).

Com relação ao fracasso da escravidão indígena, se comparado aos séculos de escravização negra, se deu, de acordo com Pedroso (2011, p. 34), não só pela recusa dos colonos e religiosos portugueses em escravizá-los, como também pelo choque microbiano sofrido pelos indígenas que mantinham contato com os europeus, o que acarretou no aumento do nível de mortandade indígena, tendo em vista a sua afetação

por tais doenças epidemiológicas.

Sendo assim, ao passo que a escravidão indígena era desestimulada, a escravidão negra era incentivada e bem-vista, uma vez que os negros advindos da África já haviam tido contato com europeus e com diversas doenças trazidas do continente: a imunidade dos escravos negros, portanto, garantiam a exploração de sua mão de obra no Brasil.

Desse movimento de seleção natural e humana resultou a partida dos portugueses para suas colônias na África, trazendo os primeiros escravos negros para o Brasil. Tais trabalhadores vieram para laborar, principalmente, nos engenhos na produção de açúcar, sendo também utilizados nas minas, em atividades domésticas, enfim, em qualquer atividade à disposição de seus "donos", já que eram tratados como mercadorias, às quais são atribuídas preços, sem qualquer direito ou vontade própria.

Por séculos a escravidão no Brasil foi considerada uma prática normal, já que os negros, de acordo com a cor da sua pele, eram tidos como inferiores, sendo tratados da forma que julgavam ser adequada. Somente após a segunda metade do século XIX foi que passaram a surgir os movimentos abolicionistas, objetivando a erradicação da mão de obra escrava negreira (CARVALHO, 2008, p. 18-20).

Foi somente em 13 de maio de 1888 que a Princesa Isabel assinou a Lei Imperial N° 3.353, popularmente conhecida como Lei Áurea, concedendo total e definitiva liberdade aos negros brasileiros, abolindo, assim, de vez, a escravidão em nosso país. (BRASIL, 1888). Contudo, e infelizmente, tal prática está longe de ser erradicada, assumindo nos dias de hoje em todo território brasileiro, novos contornos disfarçados e encobertos.

Ocorre que, diferentemente da escravidão nos moldes anteriores, em que o governo garantia, por lei, o direito a possuir escravos, atualmente a exploração da mão de obra do trabalhador é proibida, o que dificulta a configuração do trabalho análogo ao de escravo na atualidade, já que a exploração é feita de forma camuflada. É válido ressaltar que o trabalhador escravo de outrora era definido tendo em vista a sua etnia, enquanto que atualmente, a raça não é fator de decisão quando da exploração do trabalhador, sendo estas pessoas classificadas por serem pobres e sem qualificações.

Com o objetivo de delimitar e esclarecer o que é o trabalho escravo na contemporaneidade, a OIT, apresentou, por intermédio do artigo 2º da Convenção Nº 29, a definição de que trabalho escravo contemporâneo é aquele "realizado de forma forçada, exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não tenha se oferecido espontaneamente". (ORGANIZAÇÃO..., 1930).

Comentando sobre o referido conceito trazido pela OIT, Brito Filho (2004) ressaltou com exatidão:

> A nota característica do conceito, então, é a liberdade. Quando o trabalhador não pode decidir, espontaneamente, pela aceitação do trabalho, ou então, a qualquer tempo, em relação à sua permanência no trabalho, há trabalho forçado. (BRITO FILHO, 2004, p. 55).

É possível depreender que não é apenas a ausência de liberdade que faz um trabalhador escravo, sendo também quando sua dignidade é atingida. Todos nós, seres humanos, a partir de nosso nascimento, temos igual direito à mesma dignidade, todos nós nascemos com os mesmos direitos fundamentais que, quando violados, nos arrancam dessa condição e nos transformam em "coisas", instrumentos descartáveis de trabalho. Percebemos que o conceito atual de trabalho escravo, não impossibilita, necessariamente, a liberdade de ir e vir do trabalhador, todavia, mesmo o trabalhador que mantém sua liberdade, mas é excluído de condições mínimas de dignidade, está sendo explorado enquanto ser humano, o que já configura o trabalho escravo na

concepção atual.

Necessário esclarecer que, além da ausência das condições de dignidade no meio laboral, a restrição ao trabalhador da liberdade de manifestação de seus pensamentos, e de suas vontades, são suficientes para a caracterização do trabalho escravo. A liberdade, que é direito fundamental previsto por nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º caput e inciso IV, não se resume somente na liberdade de ir e vir, mas também na garantia que todos os brasileiros possuem, de manifestar os seus pensamentos. (BRASIL, 1988).

Esclarecido o real significado de "liberdade", percebe-se que é nesse mesmo sentido a decisão dos Tribunais brasileiros, que utilizam o conceito de que é trabalho escravo quando o trabalhador não consegue se desligar do patrão por fraude ou violência, quando é forçado a trabalhar contra sua vontade, quando é sujeito a condições desumanas de trabalho ou é obrigado a trabalhar por tantas horas que é levado à exaustão física.

Nesse sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva" ou a condições degradantes de trabalho", condutas alternativas previstas no tipo penal. A escravidão moderna" é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa "reduzir alguém a condição análoga à de escravo". Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Para nosso proveito, em benefício generalizado, nossa legislação brasileira determina no Código Penal pátrio, em seu artigo 149, as condutas que são consideradas como análogas à de escravos, no qual estabelece que, é trabalho escravo quando o trabalhador é submetido a trabalhos forçados, quando o trabalhador é sujeito a laborar em condições degradantes, quando é submetido à jornada exaustiva, e, quando por qualquer meio, o trabalhador tem restringida a sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. (BRASIL, 1940).

Eis a letra do dispositivo:

> Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
> Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem:
> I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-

> lo no local de trabalho;
> II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.
> § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:
> I - contra criança ou adolescente;
> II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (BRASIL, 1940).

A respeito do artigo 149 do Código Penal (BRASIL, 1940), Cecato e Albuquerque (2013) dispõem que o texto deste está de acordo com as Convenções de Nº 29 e Nº 105 da OIT (ORGANIZAÇÃO..., 1930; 1959), além do que:

> La sumisión de alguien a la condición análoga de esclavo se hace em algunas hipótesis diferentes, pero inter ligadas e inter dependientes, todas previendo que el tomador de servichos subyugue el trabajador para obtener de él la realización de atividades laborales. (CECATO; ALBUQUERQUE, 2013, p. 258-259).

A primeira modalidade prevista no dispositivo em tela corresponde ao trabalho forçado, em que se evidencia a privação da liberdade de escolha, sendo o trabalho decorrente da relação de imposição e sujeição, por ameaça, violência ou aproveitamento, ou de algum fator que não permita que o trabalhador resista.

A segunda modalidade, de acordo com Melo (2004, p. 425), corresponde ao trabalho exercido em condições degradantes, em que se observam péssimas condições de labor e de remuneração, é aquele em que o trabalhador é submetido a condições de trabalho precárias, em virtude da ausência de água potável, de uma boa alimentação, de boas instalações sanitárias, é aquele que não oferece, quando é o caso, condições mínimas de habitação, e até mesmo, quando não há o fornecimento e cobrança de uso dos equipamentos de proteção individuais, tais como botas, luvas, capacetes, etc.

Na terceira modalidade, prevista pelo artigo 149 do nosso Código Penal, está a jornada exaustiva, que ocorre quando os limites máximos legais são ultrapassados, pouco importando o pagamento de horas extras ou qualquer tipo de compensação, devendo consideradas as características pessoais da vítima e a natureza do trabalho exercido. (BRASIL, 1940).

Por fim, concernente à quarta modalidade, correspondente ao trabalhador que tem restrita, por qualquer meio, a sua locomoção, em razão de dívida contraída com empregador ou preposto, estará configurado o trabalho análogo ao de escravo, sendo tal conduta enquadrada no conceito de trabalho forçado, e que por bem, o legislador optou por destacar.

Há ainda as figuras equiparadas a redução do trabalhador a condição análoga à de escravo, como quando o empregador cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho, ou, mantém vigilância ostensiva no local de trabalho, ou ainda, quando se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

O que se percebe, conforme já mencionado, é que, de acordo com a análise do texto da lei, para a tipificação da conduta, não é necessário que o agente restrinja obrigatoriamente a liberdade física da vítima, basta que crie condições adversas para que ela não manifeste a sua vontade, sendo irrelevante, o consentimento do ofendido, vez que a situação de liberdade do homem constitui interesse preponderante do Estado.

A respeito de tais condutas tipificadas no artigo 149 do CP, é necessário ressaltar que encontra-se em tramitação o Projeto de Lei Nº 3.842 de 2012, cuja proposta é a alteração do dispositivo citado, a fim de que

o citado seja mais específico e detalhado com relação as condutas configuradoras do trabalho análogo ao de escravo. (BRASIL, 1940; 2012).

Tal projeto de lei, de autoria do então deputado Moreira Mendes, objetiva retirar as condicionantes "condições degradantes" e "jornada exaustiva" da legislação, visto que tais expressões conferem "insegurança jurídica" para o empregador no Brasil, pelo fato de não especificarem o significado de tais acepções. Ambas as condutas foram acrescentadas pelo ordenamento brasileiro em 2003, por intermédio da Lei Nº 10.803/03, que modificou o artigo 149 do Código Penal, e a nosso ver, de forma acertada, já que permite a melhor tipificação das práticas modernas de escravidão, e possibilita uma maior extensão na configuração de tal prática criminosa. O projeto ainda inclui a necessidade de haver ameaça, violência e coação para a caracterização do trabalho escravo. (BRASIL, 2003).

Atualmente, o Projeto de Lei Nº 3.842, que encontra total apoio da bancada ruralista, foi recentemente, em abril de 2015, recebido pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP), devendo ainda ser analisado pelas Comissões de Trabalho, Administração e Serviço Público; e de Constituição e Justiça e Cidadania, para em seguida ser votado no Plenário. (BRASIL, 2012).

Notadamente, em nosso entendimento, ao revés do disposto no Projeto de Lei Nº 3.842 de 2012, não acreditamos que sejam necessárias as alterações propostas, já que as críticas aos termos "condições degradantes de trabalho" e "jornada exaustiva", pelo fato de serem tais expressões "imprecisas", não encontram nenhum respaldo jurídico, sendo tais expressões já tão bem "precisadas" perante a doutrina e jurisprudência pátria. (BRASIL, 2012).

Ao revés, a tentativa de se alterar um conceito, já tão bem delineado, e que confere uma maior tutela ao trabalhador, inclusive conceito bastante elogiado pela OIT, é que confere insegurança jurídica, já que inúmeros processos tomarão outros rumos, e os trabalhadores cada vez mais desconhecerão seus direitos. Além do que, constitucionalmente tratando, nosso ordenamento não pode retirar qualquer proteção do trabalhador, isso somente poderá acontecer através de mudanças no conceito, como é o desejo de alguns parlamentares.

7.4 Realidade do Trabalho Escravo no Brasil

Em 1995, o governo brasileiro reconheceu, formalmente, a existência de trabalho em condições análogas à de escravo, e, apesar do reconhecimento tardio, fomos uma das primeiras nações a fazê-lo.

Mesmo diante do reconhecimento, o fato é que de acordo com os dados divulgados pela Organização Não Governamental (ONG) australiana Walk Free Foundation, que realiza e divulga a classificação anual das condições de escravidão nos países em todo o mundo, índice intitulado Global Slavery Index, baseado na combinação da prevalência estimada de escravidão moderna por população, na medição de casamento infantil, e na medição de tráfico humano, dentro e fora do país, publicou que, no ano de 2014, cerca de 35,8 milhões de pessoas laborariam em condições análogas à de escravos, e, especificamente no Brasil, cerca de 155.000 mil trabalhadores distribuídos na totalidade dos estados, seja na zona rural em maior incidência, seja na zona urbana em menor incidência, teriam a sua mão de obra explorada. (WALK..., 2014).

Tradicionalmente, a exploração da mão de obra do trabalhador se dá principalmente no meio rural brasileiro, e de acordo com Silva (2010, p. 13), isto ocorre tendo em vista ser este o meio marcado pela desigualdade, seja no acesso, seja na distribuição de terra, sendo a violência contra o trabalhador, uma

característica endêmica da estrutura campestre.

A grande maioria dos trabalhadores que têm sua mão de obra explorada no meio rural são aqueles que possuem baixo nível de escolaridade, que se encontram em condições de pobreza, e assim, saem da sua terra natal e do convívio de familiares e amigos, geralmente ludibriados por falsas promessas, ou pela busca própria de melhores condições de renda. Porém, é cediço que o afastamento do trabalhador de seu local de origem e da ausência de familiares e amigos, leva-o a uma situação de vulnerabilidade, tornando-se presa fácil para exploradores.

De acordo com Silva (2010, p. 120-122), esse recrutamento a longa distância deixa os trabalhadores vulneráveis por quatros motivos. Primeiramente, por não conhecerem seu destino final, segundo, porque a partir do momento em que decidem realizar a viagem, todos os custos com relação a transporte e alimentação são arcados pelo trabalhador no valor arbitrado pelo "contratante", e isso gera o terceiro motivo, o trabalhador fica "preso" até que sua dívida seja saldada, e, o quarto e último motivo, os trabalhadores não possuem vínculos com as entidades sindicais e comunidades locais, o que cria obstáculos práticos a sua tutela.

Os "contratantes" são na verdade intermediadores da mão de obra escrava, chamados de "gatos", que atraem os trabalhadores, sob a falsa realidade de que obterão um excelente salário, e assim poder dar uma melhor condição de vida à sua família e a si mesmo, desde que trabalhem demasiadamente (BENTEMULLER, 2012).

De acordo com os dados da Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE), do Ministério do Trabalho e Emprego (MET), e sistematizados pela Comissão Pastoral da Terra (CPT), órgão atuante no combate ao trabalho análogo ao de escravo, criado em 22 de junho de 1995, pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), vinculado à Comissão Episcopal para o Serviço da Caridade, da Justiça e da Paz, tais dados atualizados em junho de 2014, demonstram que, de 2003 a 2013, encontra-se no meio rural a maior concentração de trabalhadores reduzidos a condições de escravos.

De acordo com os dados, entre os anos de 2003 a 2013, 89% dos casos identificados se dão em atividades exploratórias no meio rural, o que corrobora a constatação de que tradicionalmente a maior incidência de exploração do trabalhador se dá no meio rural. Oliveira (2009, p. 24) ainda afirma que isto ocorre devido às próprias condições de isolamento geográfico, da ausência do Estado e da pouca oferta de emprego, sendo estas condições propiciadoras da exploração da mão de obra escrava.

Contudo, apesar da exploração em maior número ter como panorama o meio campestre, a redução do trabalhador a condição análoga a de escravo não está restrita a tal meio, sendo encontrados trabalhadores escravizados também no meio urbano. Ainda conforme os dados coletados acima pelo MTE, e sistematizados pela CPT, as principais atividades nas quais podemos encontrar a exploração da mão de obra do trabalhador no meio urbano consistem na construção civil, no setor de confecção, e, em alguns casos, no emprego doméstico.

É válido ressaltar, ainda no concernente ao trabalho análogo ao de escravo no meio urbano, sistema que vem sendo observado quando da exploração do trabalhador, diz respeito ao sweating system, sistema aperfeiçoado na Inglaterra e Estados Unidos, no qual os locais de trabalho e a residência dos trabalhadores correspondem ao mesmo espaço. Tal sistema, observado, principalmente, no setor têxtil, contribui consideravelmente para as condutas caracterizadoras da exploração, já que as condições de labor são de extrema opressão, quais sejam as jornadas infinitas, a não observância de qualquer norma que garanta a segurança e saúde do trabalhador, e os salários são miseráveis (BIGNANI, 2011, p. 77). Vejamos (Tabela 1):

Tabela 1 - Atividades que mais exploram a mão de obra do trabalhador 2002 – 2013

Por Atividade 2003 a 2013	Casos Identificados		Fiscalizados		Trabalhadores Envolvidos		Trabalhadores Libertados	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Desmatamento	131	5%	96	5%	3586	5%	2096	5%
Pecuária	1397	53%	831	45%	23599	36%	11668	27%
Reflorestamento	83	3%	80	4%	1353	2%	1094	3%
Extrativismo	24	1%	20	1%	744	1%	516	1%
Cana	76	3%	71	4%	12615	19%	10709	25%
Outras lavouras	337	13%	273	15%	11399	17%	7599	18%
Carvão	277	10%	198	11%	5485	8%	3215	8%
Mineração	34	1%	28	2%	699	1%	302	1%
Outro E N.I.	283	11%	256	14%	6988	11%	5339	13%
Total	**2642**	**100%**	**1853**	**100%**	**66468**	**100%**	**42538**	**100%**

Fonte: Comissão Pastoral da Terra - CPT e Ministério do Trabalho e Emprego - MTE (2014)

7.5 Considerações Finais

Conforme visto, o trabalho escravo ainda persiste no Brasil contemporâneo, porém com uma nova feição, a mão de obra trabalhadora atualmente é vista como farta e descartável, não sendo feita qualquer distinção de raça ou sexo com relação ao sujeito trabalhador. O que na verdade é fator caracterizador e decisivo para o perfil dos trabalhadores explorados é a própria condição de miséria em que se encontram, atrelada a ausência de oportunidades para estudo e qualificação profissional.

A constatação desse quadro na contemporaneidade, de acordo com o exposto, é ainda diferenciado com relação à escravidão de outrora, presente no Brasil colonial, já que o nosso marco contemporâneo consiste no Estado Democrático de Direito, modelo que consagra a dignidade da pessoa humana, externada principalmente e necessariamente no campo laboral.

Destarte, concluímos que a existência do trabalho análogo ao de escravo no Brasil atual é ainda mais grave e nocivo, já que possuímos padrões de condutas que deveriam ser observados. A dignidade da pessoa humana trabalhadora é garantida por nossa Constituição Federal de 1988 e, ao revés do modelo escravocrata colonial, a escravidão não é permitida, nem sequer compatível com o modelo estatal contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Antônio Alves de. Pastorais lutam por trabalho livre e digno. In: FIGUEIRA, R.; PRADO, A.; SANT'ANA, H. (Orgs.). **Trabalho escravo contemporâneo:** um debate transdisciplinar. Rio de Janeiro: Mauad X, 2011.

BENTEMULLER, Fernanda Elisa Viana Pereira. Trabalho escravo: história no Brasil. **Revista Jus Navigandi,** Teresina, n. 3432, 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23075>. Acesso em: 14 jul. 2016.

BIGNAMI, Renato. Trabalho escravo contemporâneo: o sweating system no contexto brasileiro como expressão do trabalho forçado urbano. In: NOCCHI, A.; VELLOSO, G.; FAVA, M. (Orgs.). **Trabalho escravo contemporâneo:** o desafio de superar a negação. São Paulo: LTR, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Nº 3842/2012, 09 de maio de 2003**. Autor Moreira Mendes – PSD/RO. Dispõe sobre o conceito de trabalho análogo ao de escravo. Altera o Decreto-Lei Nº 2.848, de 1940. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544185>. Acesso em: 17 jul. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-Lei Nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] União,** Rio de Janeiro, 31 de dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. Lei Nº 10.803, 11 de dezembro de 2003. Altera o art. 149 do Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 12 de dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.803.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. Lei Nº 3.353, 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. **CLBR-Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 13 de maio 1888. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito Nº 3412/AL.** Rel. Min. Marco Aurélio. Penal. Redução a condição análoga a de escravo. Escravidão moderna. Desnecessidade de coação direta contra a liberdade de ir e vir. Denúncia recebida. 29/03/12. Brasília: STF, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>. Acesso em: 21 set. 2016.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho escravo: elementos para a caracterização jurídica. In: FIGUEIRA, R.; PRADO, A; SANT'ANA, H. (Orgs.). **Trabalho escravo contemporâneo:** um debate transdisciplinar. Rio de Janeiro: Mauad X, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CECATO, Maria Aurea Baroni. Interfaces do trabalho com o desenvolvimento: inclusão do trabalhador segundo os preceitos da Declaração de 1986 da ONU. **Revista Prima Facie,** João Pessoa, n. 20, 2012.

_____; ALBUQUERQUE, Armando. Disonancias del desarrolo social en el espacio geográfico brasileño: práticas de trabajo esclavo como impedimento a la libertad de trabajo. In: RUBERT, M.; CECATO, M. (Coords.). **Ciudadanía y desarrollo**. Albacete: Editorial Bomarzo, 2013.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. **Síntese estatística em 31/12/2013 - campanha da CPT contra o trabalho escravo.** Goiânia: CPT, 2014. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/attachments/article/2258/S%C3%ADntese%20estat%C3%ADstica%20do%20TE%202013%20-%20ATUALIZADA%20em%2023.06.2014.pdf> Acesso em: 16 jul. 2016.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. A construção da masculinidade e a banalidade do mal: outros aspectos do trabalho escravo contemporâneo. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 31, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332008000200009&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 07 ago. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais:** dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2013.

KOK, Gloria Porto. **A escravidão no Brasil colonial.** São Paulo: Saraiva, 2003.

MELO, Luís Antônio Camargo de. As atribuições do Ministério Público do Trabalho na prevenção e no enfrentamento ao trabalho escravo. **Revista LTr:** legislação do trabalho, São Paulo, n. 4, 2004.

OLIVEIRA, Albert Einstein Leandro de. **A ação civil pública como instrumento do Ministério Público do Trabalho no combate ao trabalho escravo no Brasil.** 2009. 59 f. (Graduação em Direito)- Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção Nº 29 - Trabalho Forçado ou Obrigatório.** Aprovada na 14ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Genebra, 1930.

_____. Convenção Nº 105 – **Abolição do Trabalho Forçado.** Aprovada na 40ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Genebra, 1959.

PEDROSO, Eliane. Da Negação ao reconhecimento da escravidão contemporânea. In: NOCCHI, A.; VELLOSO, G.; FAVA, M. (Orgs.). **Trabalho escravo contemporâneo:** o desafio de superar a negação. São Paulo: LTR, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Marcello Ribeiro. **Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI:** novos contornos de um antigo problema. 2010. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário)- Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2010.

WALK FREE FOUNDATION. **Global slavery index 2014. 2014.** Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/11/GlobalSlavery_2014_LR-FINAL.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2015.

CAPÍTULO 08

A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE INOCÊNCIA

Felipe Augusto de Melo e Torres

8 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE INOCÊNCIA

Felipe Augusto de Melo e Torres[24]

8.1 Introdução

A garantia da ordem pública é um dos fundamentos legais para a decretação da prisão do cidadão acusado da prática de um crime, antes de uma sentença condenatória transitada em julgado.

O legislador ao dispor desse fundamento, no artigo 312 do Código de Processo Penal, não o conceituou, deixando-o vago, outorgando à doutrina e à jurisprudência a obrigação de delimitar esse requisito. (BRASIL, 1941).

Neste estudo, almejamos discorrer sobre o conceito de prisão preventiva, bem como sobre as hipóteses de seu cabimento para, posteriormente, adentrarmos na investigação dos pressupostos e fundamentos de prisão cautelar.

Pretendemos, também, analisar os argumentos da repercussão social, a credibilidade da justiça, a possibilidade de o acusado continuar praticando crimes e a gravidade, abstrata ou concreta, do delito, como circunstâncias integrantes do conceito de ordem pública.

Ao fim, investigaremos quais devem ser considerados idôneos para subsidiar o conceito de ordem pública, em confronto com o princípio constitucional do estado de inocência.

Para tanto, utilizaremos a pesquisa bibliográfica, com o intuito de confirmar e enriquecer nossas proposições, estudando o arcabouço doutrinário e jurisprudencial, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal, por ser o guardião máximo de nossa Constituição Federal.

8.2 Prisão Preventiva

A prisão preventiva é a medida restritiva processual da liberdade do cidadão mais abrangente, sendo permitida a utilização desse instituto nas fases inquisitorial e processual.

A doutrina admite a possibilidade de decretação da prisão preventiva antes, inclusive, da instauração do inquérito policial "desde que o atendimento aos requisitos legais seja demonstrado por outros elementos indiciários, como os extraídos de procedimento investigatório extrapolicial". (TÁVORA, 2015).

Com efeito, os requisitos legais devem, de forma clara e direta, estar presentes no caso concreto, para que haja a justa aplicação dessa prisão processual sem infringir a regra da liberdade, um dos corolários do princípio constitucional da presunção de inocência. A regra é apurar para, selada a culpa, prender, executando-se, então, o título judicial condenatório. A inversão não contribui para a segurança jurídica, o avanço cultural. (BRASIL, 2014).

Então, primeiro existe a necessidade de se verificar em quais crimes a legislação permite a aplicação da prisão preventiva. Segundo, o estudo da identificação dos pressupostos e fundamentos legais para a sua decretação. Esses requisitos estão no Código de Processo Penal, mais especificamente nos artigos 312 e 313. Todavia, o legislador incluiu também outras condições em legislações esparsas, que serão demonstradas a

24 Professor da Faculdade Reinaldo Ramos-FARR. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia-UNAMA. Advogado.

seguir. (BRASIL, 1941).

8.2.1 Hipóteses que Admitem a Decretação da Preventiva

O artigo 313, do Código de Processo Penal, informa que o juiz apenas poderá decretar a prisão preventiva quando o cidadão é acusado de crime doloso, com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos. (BRASIL, 1941). Essa é a regra geral.

Contudo, o legislador incluiu algumas exceções, ou seja, algumas situações que permitem a decretação dessa prisão processual para crimes que não se encaixam na hipótese anterior.

O primeiro caso excepcional é quando o acusado tenha sido condenado por outro crime doloso, durante o período da reincidência. A segunda hipótese existe nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescentes, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando houver necessidade de garantir execução das medidas protetivas de urgência.

Por fim, a lei permite também a decretação da prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade do acusado ou quando este não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o cidadão ser posto em liberdade imediatamente após o alcance dessas informações.

Quando o juiz verificar que o caso em estudo se enquadra nessas hipóteses do art. 313 do Código de Processo Penal pode passar a analisar os pressupostos e fundamentos para a prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

8.2.2 Pressupostos da Prisão Preventiva

O artigo 312, do Código de Processo Penal, em sua parte final, expõe o que é identificado pela doutrina como pressupostos necessários para impor ao cidadão a restrição à sua liberdade antes da sentença condenatória transitada em julgado. (BRASIL, 1941).

Neste sentido, precisa estar demonstrada a prova da existência do crime, bem como indícios suficientes de autoria, revestindo-se no fumus commissi delicti, concedendo ao julgador forte aparência da real ocorrência do delito, além de indicativos do cometimento pelo acusado.

Dessa forma, apesar do legislador utilizar a expressão "prova da existência do crime", entendemos que não deve ser conferida a certeza necessária para uma futura condenação.

Essa análise é visível pela possibilidade que o juiz tem de, no momento de sentenciar, absolver o denunciado em razão da inexistência do fato,ou mesmo, ocorrendo o fato, este não constitua crime, conforme o artigo 386, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941).

Assim, podemos interpretar como pressupostos necessários para a decretação da prisão preventiva indícios suficientes da existência do crime e da autoria.

8.2.3 Fundamentos da Prisão Preventiva

Após a verificação de que o delito investigado se encontra dentre aqueles que a lei admite a decretação da prisão preventiva e depois da demonstração da existência do fumus commissi delicti, está o julgador autorizado a analisar cada hipótese legal que possibilita a utilização dessa prisão processual.

O artigo 312 do Código de Processo Penal informa que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. (BRASIL, 1941).

A Lei Nº 12.403/11 acrescentou mais um fundamento, incluindo no parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal a possibilidade de decretação da prisão processual quando do descumprimento das medidas cautelares diversas da prisão, expostas no artigo 319, do mesmo diploma legal. (BRASIL, 2011a).

Esses requisitos visam "diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (a ação penal)". (PACELLI, 2015). Configuram o chamado periculum libertatis, sendo justificado pelo que pode ocorrer quando da manutenção do acusado solto, durante a persecução penal.

Todavia, ao se analisar de forma mais detida o fundamento da garantia da ordem econômica, verifica-se que ela é dirigida "à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social". (PACELLI, 2015).

O fundamento da garantida da ordem econômica foi acrescido pelo artigo 86, da Lei Nº 8.884/94 (Lei Antitruste), posteriormente revogada pela Lei Nº 12.529/11, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tendo, porém, expressamente, sido mantida a vigência daquele artigo da lei de 1994. (BRASIL, 1994; 2011b).

Essa hipótese tem o fito de evitar que alguém, quando acusado da prática de um crime contra a ordem econômica, continue sua conduta delituosa, caso esteja solto durante a investigação ou o processo penal. Sempre duramente criticada, verificamos a total inutilidade dessa proposição, ante seu enquadramento lógico no sentido legal da ordem pública.

Já o fundamento da conveniência da instrução criminal visa proteger a produção das provas. Para que o juiz possa utilizar esse embasamento, há a necessidade da demonstração de situações concretas de que possa o investigado, em liberdade, fazer desaparecer alguma prova ou que venha a ameaçar testemunhas, por exemplo.

A lei permite também que o juiz decrete a prisão preventiva como garantia de aplicação da lei penal. Nesse ponto o legislador objetivou afiançar a efetividade de uma possível sentença condenatória no futuro, evitando a fuga do investigado. Claramente, o julgador não pode se utilizar de simples suposições para afastar a liberdade do cidadão com esse fundamento.

Na circunstância de o juiz não conseguir demonstrar a real necessidade da segregação, motivando sua decisão em situações inidôneas ou especulatórias, haverá direta afronta ao princípio constitucional do estado de inocência, pois estará a decisão servindo como mera antecipação da pena.

A novidade mais recente surgiu com a Lei Nº 12.403/11, com a inclusão do fundamento da prisão acautelatória na circunstância de descumprimento das medidas cautelares do artigo 319, da lei processual. (BRASIL, 2011a). É importante lembrar que, após a decretação de alguma medida cautelar diversa da prisão, com o seu descumprimento, o § 4º, do art. 282, impõe ao juiz a substituição da medida por outra mais severa ou a aplicação cumulativa de várias medidas, para, tão somente em último caso, decretar a prisão preventiva. (BRASIL, 2011a).

Veja-se, então, que a utilização do parágrafo único do artigo 312 do CPP não possui aplicação automática. (BRASIL, 1941). O descumprimento da medida cautelar imposta, por si só, não deve dar sustentáculo à

decretação da prisão preventiva. O juiz está obrigado a analisar as outras medidas cautelares diversas da prisão e, unicamente na situação de comprovada ineficácia dessas medidas, decretar a preventiva.

8.2.4 A Garantia da Ordem Pública

O fundamento da garantia da ordem pública, indubitavelmente, é o requisito mais genérico, mais subjetivo, que fornece sustentáculo para a decretação da prisão preventiva. O legislador brasileiro não conceituou a expressão ordem pública, fazendo com que existam "oscilações doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu real significado". (TÁVORA, 2015).

Em função disso, ao longo dos anos, temos visto várias justificativas a serem utilizadas como caracterizadoras para a decretação da prisão cautelar, com fundamento na garantia da ordem pública.

Entrementes, é importante frisar o posicionamento de Rangel (2012) de que a dificuldade não estaria no conceito de ordem pública, mas sim no problema encontrado pelos juízes em demonstrar a existência desse requisito no processo.

> Ordem pública não é um conceito vago. A vagueza, muitas vezes, está na decisão e não no conceito de ordem pública. Quando o juiz diz que 'decreta a prisão para garantia da ordem pública', a vagueza e a imprecisão não estão no conceito de ordem pública, mas na decisão do magistrado que não demonstra onde a ordem pública está ameaçada e agredida com a liberdade do acusado. (RANGEL, 2012).

Apesar desse específico entendimento, é fácil visualizar que o termo ordem pública abarca várias questões sociais, permitindo que o julgador utilize um ou outro, de acordo com a necessidade imediata.

A regra geral tem sido entender a existência desse fundamento quando está demonstrada a real possibilidade de o acusado continuar a delinquir, na hipótese de continuar em liberdade durante o trâmite processual. O juiz estaria apto a identificar essa necessidade quando o acusado já estivesse respondendo por outros processos criminais, ratificando o periculum libertatis.

> Garantia da ordem pública: a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, não se podendo aguardar o término do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social. (CAPEZ, 2013).

Não visualizamos nessa justificativa qualquer afronta ao princípio constitucional do estado de inocência. Este princípio deve ser flexibilizado frente a outros valores constitucionais igualmente importantes, desde que existam informações concretas, críveis, de que o acusado continue sua conduta "normal", corriqueira, que seria a prática de delitos.

O problema está, a nosso ver, nas outras justificativas utilizadas pelos juízes para a decretação da prisão cautelar, tendo por base a garantia da ordem pública.

A doutrina cita uma justificativa, já ultrapassada e até certo ponto bizarra, dentro da garantia da ordem pública, que seria a decretação da preventiva para garantir a segurança do próprio acusado.

> Quanto à prisão cautelar para a garantia da integridade física do imputado, diante do risco de 'linchamento', atualmente predomina o acertado entendimento de que é incabível. Prender alguém para assegurar sua segurança revela um paradoxo insuperável e insustentável. (LOPES JÚNIOR, 2012).

Com efeito, afastar a liberdade do cidadão sob o manto dessa justificativa caracteriza cristalina afronta à Constituição de 1988. Não poderia esse fundamento persistir. (BRASIL, 1988).

Todavia, outras situações que vão de encontro ao princípio constitucional do estado de inocência são utilizadas para embasar o decreto prisional acautelatório. A repercussão social, a credibilidade da Justiça e outras instituições, a gravidade do crime, são exemplos que têm fundamentado a existência de perigo à ordem pública. E, por serem questões extremamente vagas, permitem que em casos semelhantes os julgadores fiquem flutuando entre a possibilidade de utilização ou não desses requisitos. Já a doutrina faz severas críticas aos empregos desses fundamentos.

A repercussão social do delito fica na responsabilidade, na maioria das vezes, do interesse que a imprensa passa a ter naquele fato, passando informações incompletas ou sem o cuidado técnico com as expressões jurídicas.

Nesses casos, a Justiça estaria, de fato, transferindo a escolha de quem deve ser preso preventivamente para o profissional da imprensa e para a sociedade leiga que, em verdade, é ávida por condenações sumárias.

> Perigosidade do réu, os espalhafatos da mídia, reiteradas divulgações pelo rádio ou televisão, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se àquela expressão genérica ordem pública. E a prisão preventiva, nesses casos, não passa de uma execução sumária. O réu é condenado antes de ser julgado, uma vez que tais situações nada têm de cautelar. (TOURINHO FILHO, 2003).

O Supremo Tribunal Federal, em julgado recente, ratificou o posicionamento contrário à utilização, isolada, do clamor público como fundamento para a prisão preventiva.

> O clamor público não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade. O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público. Precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312). Não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. (BRASIL, 2009).

Já a argumentação de necessidade de decretação da preventiva, em razão da manutenção da credibilidade da Justiça ou de outras instituições, é ainda mais afrontosa à Constituição Federal. Está a se afirmar que a liberdade do cidadão, acusado da prática de um crime, deve ser tolhida antes mesmo da sentença de primeiro grau, por vezes, antes do início da ação penal, em razão da preocupação com a imagem do Judiciário perante a população.

Os membros do Judiciário possuem as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio, dispostos no artigo 95, da Constituição Federal, justamente, para terem a possibilidade de decidir, sem a pressão popular, com base no cumprimento da lei.

> Também há quem recorra à credibilidade das instituições como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a 'crença' no aparelho estatal repressor. (LOPES JÚNIOR, 2012).

Ao tratar desse tema, o Supremo Tribunal Federal afirmou, indicando entendimento consolidado, que

a credibilidade da justiça não pode subsidiar o fundamento da garantia da ordem pública.

> No seu cotidiano exercício de interpretação constitucional do direito penal e processual penal, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, além do apelo à credibilidade da justiça ou ao clamor público, não se prestam para preencher o conteúdo da expressão "ordem pública". Seja porque não ultrapassam o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desbordam da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado. (BRASIL, 2012).

Todavia, ainda é possível encontrar decisão, do próprio STF, empregando a credibilidade da justiça como um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, como ocorreu com o HC 110.902, de relatoria do Ministro Luiz Fux, DJE 03/05/2013, tendo afirmado:

> A prisão decorre, ademais, da garantia de se resguardar a credibilidade da justiça e o meio social, que está ameaçado". (BRASIL, 2013).

Note-se que este julgamento que teve a relatoria do Ministro Luiz Fux é posterior àquele, de relatoria do Ministro Ayres Britto, que explica estar consolidado na Corte Suprema o entendimento de impossibilidade da justificativa da credibilidade da justiça como fundamento para a decretação da prisão.

Outro argumento que tem subsidiado a preventiva pelo fundamento da garantia da ordem pública é a gravidade do crime. Este se subdivide em gravidade abstrata e concreta do delito.

A gravidade abstrata do crime se reveste do entendimento de que o simples fato de alguém estar sendo acusado da prática de determinados delitos, considerados graves, seria justificativa suficiente para a decretação da prisão. Então, indícios do cometimento de crimes de roubo, tráfico de entorpecentes, homicídio, seriam exemplos de, independentemente da forma de suas práticas, situações que por si mesmas autorizariam o decreto acautelatório.

O entendimento do STF tem sido no sentido de não admitir o argumento da gravidade abstrata do delito como fundamento da prisão preventiva, como pode ser visto a seguir, quando do julgamento do HC 126.846, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, de 17/03/2015:

> O Decreto prisional não descreve, com base em informações concretas, a necessidade de resguardar a ordem pública, não sendo suficiente, para esse fim, a invocação da gravidade abstrata do delito. (BRASIL, 2015a).

Porém, com relação à gravidade concreta do crime, esse argumento tem sido amplamente aceito pela jurisprudência, inclusive pela Corte Constitucional.

Diferentemente da gravidade abstrata do delito, o fundamento da gravidade concreta não se preocupa apenas com o crime investigado, analisando também a forma que o agente teria se utilizado para a prática da conduta criminosa. Então, não bastaria a acusação de homicídio, por exemplo, mas sim a maneira como o delito contra a vida teria sido praticado. Nesse ponto, inclusive, existe discordância doutrinária, com renomados autores defendendo posicionamentos favoráveis e contrários à gravidade concreta do crime como fundamento para a prisão preventiva,

> Por essa razão, a gravidade da imputação, isto é, a brutalidade de um delito que provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na

> prestação jurisdicional, não pode por si só justificar a prisão preventiva. (CAPEZ, 2013).

Em sentido contrário:

> Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, reclame uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal. (PACELLI, 2015).

Se na doutrina existem conflitos, a jurisprudência admite, de forma tranquila, inclusive, a utilização isolada da gravidade concreta do delito para justificar o perigo à ordem pública.

O principal problema está na subjetividade da utilização desse argumento, tendo em vista que, sob a análise do mesmo requisito, gravidade concreta, decreta-se a prisão do acusado de crime de concussão e determina-se a soltura de acusado de crime de homicídio qualificado.

Vejamos os casos específicos.

No rumoroso caso "Pimenta Neves", no qual o jornalista foi acusado de matar, por vingança e sem possibilidade de defesa, sua ex-namorada Sandra Gomide, também jornalista, tendo ele confessado o crime na esfera policial, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 80.719, relator o Ministro Celso de Mello, não entendeu que a gravidade concreta do crime seria justificativa para a manutenção da prisão cautelar decretada em primeiro grau e mantida na segunda instância, bem como no Superior Tribunal de Justiça.

Naquela oportunidade, foi dito pelo STF:

> Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. (BRASIL, 2001).

Em outra oportunidade, o mesmo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC 128.070, relator o Ministro Teori Zavascki, em situação que o paciente, policial federal, foi acusado de crime de concussão, entendeu que esse fato se revestia de gravidade concreta a dar sustentáculo ao decreto cautelar.

> Os fundamentos utilizados revelam-se idôneos para manter a segregação cautelar do recorrente, na linha de precedentes desta Corte. A decisão aponta de maneira concreta a necessidade de garantir a ordem pública ante a gravidade em concreto do crime e a periculosidade do recorrente, que, na qualidade de policial federal, atuou, de forma determinante, nas negociações destinadas à extorsão da vítima. (BRASIL, 2015b).

Então, por esse histórico, o acusado de homicídio qualificado de sua ex-namorada deve ficar em liberdade durante o processo, enquanto que um policial acusado de crime de concussão deve ter sua liberdade tolhida, antes de uma sentença condenatória. Nas duas situações, parece-nos que a gravidade concreta do delito poderia ser utilizada para determinar a liberdade ou a segregação.

Em verdade, transparece a imagem que o Poder Judiciário altera, dependendo do caso em estudo, a forma de análise do fundamento da garantia da ordem pública, criando uma clara insegurança para o

cidadão.

Além do mais, termina por afetar o princípio constitucional do estado de inocência. Como corolário desse princípio, podemos citar a exigência da certeza da ocorrência de crime e de sua autoria para a condenação, já que o ônus probatório é da acusação, bem como o fato de a restrição da liberdade do acusado antes da sentença condenatória transitada em julgado, ser uma exceção.

Não compartilhamos o entendimento de que toda prisão preventiva decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública é inconstitucional. Porém, ante a subjetividade de seu conceito, entendemos que o julgador deve ter um cuidado extremo ao utilizar tal argumentação.

O fundamento da garantia da ordem pública deveria ser restrito à hipótese sólida, real, de continuidade de cometimento de crimes durante o caminhar do processo, se enquadrando, nesse sentido, o criminoso contumaz.

A limitação do conceito desse fundamento para a prisão cautelar é imperativa, objetivando evitar que o cidadão, acusado da prática de um crime, seja tratado durante o processo criminal como se já tivesse sido condenado.

Assim, os argumentos de repercussão social ou clamor público, manutenção da credibilidade da justiça ou de outras instituições, além da gravidade do crime, seja abstrata, seja concreta, não se mostram idôneos para subsidiar o requisito da garantia da ordem pública. A utilização dessas premissas afronta, diretamente, o princípio constitucional do estado inocência, pois funcionam como verdadeiras antecipações da pena, fazendo com que o cidadão seja condenado antes de seu julgamento.

8.3 Considerações Finais

Neste estudo, tivemos a oportunidade de analisar, como enfoque principal, os argumentos utilizados para a caracterização do fundamento da garantia da ordem pública para a decretação da prisão preventiva, sob o olhar constitucional do princípio do estado de inocência.

Iniciamos com a exposição do conceito dessa prisão cautelar, demonstrando que ela apenas é admitida, como regra, para os crimes dolosos com pena máxima superior a 04 (quatro) anos. Para que haja a possibilidade da decretação quando da apuração de delitos que não se enquadrem nesse requisito, necessária seria a demonstração de que o acusado já tenha sido condenado por outro crime doloso, no período da reincidência.

Outra exceção que permite a prisão preventiva é para o caso que envolver violência doméstica. Por fim, a última hipótese extraordinária disposta no artigo 313 do Código de Processo Penal, surge quando houver dúvida acerca da real identidade civil do investigado. (BRASIL, 1941).

Sendo um crime em que a lei processual admite a decretação da preventiva, vimos que o julgador deve passar a analisar os pressupostos, que se resumem a indícios de materialidade e de autoria, bem como os fundamentos para a segregação processual. Dentro desse contexto, observamos que o juiz precisa fundamentar a decretação da preventiva na garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Em razão de se tratar de uma situação na qual se afeta a liberdade do cidadão em momento anterior à prolação de uma sentença penal condenatória irrecorrível, esses fundamentos precisam ser demonstrados, na decisão, da forma mais clara e objetiva possível, já que a regra é existir, primeiro a investigação, depois a

instrução criminal e, apenas após a sentença condenatória transitada em julgado, determinar o cumprimento da pena de prisão.

Verificamos também que dentre todos os fundamentos, o da garantia da ordem pública é o que se mostra com um conceito mais subjetivo, permitindo, sempre que necessária, a inclusão de novos critérios caracterizadores. Justamente por essa questão é o requisito com maior afronta aos princípios constitucionais, especificamente o do estado de inocência.

Averiguamos que entre os critérios mais utilizados, dentro do conceito de ordem pública, estão o da repercussão social ou clamor público, o da manutenção da credibilidade da justiça ou de outras instituições, a possibilidade de o acusado continuar praticando delitos durante o processo penal e, por fim, a gravidade concreta ou abstrata do crime. Por fim, entendemos que o único critério a ser considerado constitucional para conceituar a garantia da ordem pública é quando da demonstração da real possibilidade de o acusado continuar a delinquir, durante a instrução criminal, averiguado por meio de seus antecedentes criminais.

Esse critério, analisado de forma objetiva pelo juiz, justifica a flexibilização da liberdade do cidadão, em confronto com outros valores constitucionais igualmente importantes. Com efeito, em nossa visão, fato similar não ocorre com os outros critérios expostos. Não visualizamos qualquer benefício social idôneo com a prisão antecipada do acusado, sob os argumentos da repercussão social, da manutenção da credibilidade da justiça ou em razão da gravidade do crime, em tese, praticado.

Nesses casos, existe clara vontade social de, tão somente, antecipar a possível futura pena de prisão que o cidadão possa vir a receber na hipótese de uma condenação. Obviamente, a prisão processual não deve servir para tal finalidade. É inconstitucional, então, a utilização desses critérios para caracterizar o perigo à ordem pública e, consequentemente, fundamentar a decretação da prisão preventiva.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto-Lei Nº 3.689, 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 13 de out. 1941. Disponível em: <ww.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

_____. Lei Nº 12.403, 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei No 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 5 de maio 2011a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. Lei Nº 12.529, 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; Dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 de dezembro 2011b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. Lei Nº 8.884, 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 13 de junho 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus Nº 110.902,** Primeira Turma. Impetrante: Celso Augusto Hentscholek Valente. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 16 abr. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28110902.NUME.+OU+110902.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/neus29v>. Acesso em: 08 out. 2016.

_____. _____. **Habeas Corpus Nº 111.244**, Segunda Turma. Impetrante: Djalma Fregnani Junior. Coator: Relatora do HC Nº 183872 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 10 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28111244.NUME.+OU+111244.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o98r7eg>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. _____. **Habeas Corpus Nº 126.846**, Segunda Turma. Impetrante: Paulo Marzola Neto. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 mar. 2015a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126846.NUME.+OU+126846.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pow8x4c>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. _____. **Habeas Corpus Nº 123.431**, Primeira Turma. Impetrante: Fernando Augusto Henriques Fernandes. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 25 nov. 2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7688136>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. _____. **Habeas Corpus Nº 80.719**, Segunda Turma. Impetrante: Antônio Cláudio Mariz de Oliveira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 jun. 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880719.NUME.+OU+80719.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q36gcxa>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. _____. **Habeas Corpus Nº 93.352**, Segunda Turma. Impetrante: Wallace Martins. Coator: Relatora do HC Nº 96.131 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 25 ago. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605432>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. _____. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus Nº 128.070**, Segunda Turma. Recorrente: Luciano Delgado Botelho. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 15 set. 2015b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28128070.NUME.+OU+128070.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ose272s>. Acesso em: 09 out. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DORNELES, Tatiana Poltosi. **Análise do caso Pimenta Neves** frente **ao estado democrático de direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1529>. Acesso em: 18 out. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** Salvador: JusPodivm, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Atlas, 2012.

SANTOS, Ivanaldo Bezerra Ferreira dos. **Princípios constitucionais do processo penal**. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25074>. Acesso em: 13 out. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPÍTULO 09

DE VÍTIMA A ALGOZ: UMA ANÁLISE DO DISCURSO DE RÉUS ACUSADOS DE FEMINICÍDIO

Ângela Paula Nunes Ferreira

9 DE VÍTIMA A ALGOZ: UMA ANÁLISE DO DISCURSO DE RÉUS ACUSADOS DE FEMINICÍDIO

Ângela Paula Nunes Ferreira[25]

9.1 Introdução

Apesar da inserção do termo "Feminicídio" ser recente no nosso ordenamento jurídico, graças à inclusão do inciso VI, ao art.121 do Código Penal pela Lei Nº 13.104, de 2015, definindo o "Feminicídio", como homicídio cometido "contra a mulher por razões da condição de sexo feminino", esta prática delitiva remonta aos primórdios da nossa sociedade. (BRASIL, 2015).

Estudo preliminar do Instituto de Pesquisa Econômica aplicada (IPEA), coordenado pela técnica de Planejamento e Pesquisa Leila Posenato Garcia estima que:

> No Brasil, no período 2009-2011, foram registrados, no SIM, 13.071 feminicídios, o que equivale a uma taxa bruta de mortalidade de 4,48 óbitos por 100.000 mulheres. Após a correção, estima-se que ocorreram 16.993 mortes, resultando em uma taxa corrigida de mortalidade anual de 5,82 óbitos por 100.000 mulheres. (GARCIA, 2013).

Esses dados nos mostram que mesmo com todas as mudanças sociais, econômicas e jurídicas sucedidas nas últimas décadas no nosso país referentes à relação homem x mulher, esta prática delitiva continua a ocorrer, independentemente de classe social, raça, nível salarial ou educacional.

Sabadell (2005), ao tratar das perspectivas jussociológicas da violência contra mulher, afirma que:

> A violência doméstica não constitui uma patologia de certos indivíduos, grupos ou classes sociais ("José é violento"; "os alcoólatras são violentos"; "os pobres são violentos"), tampouco se trata de fenômeno aleatório. A violência doméstica, como indicam as pesquisas feministas, é um correlato da construção histórico-social das relações desiguais entre os gêneros. (SABADELL, 2005, p. 9).

Considerando-se esta realidade, que afronta os Direitos Humanos das Mulheres, traçamos como objetivo geral deste artigo analisar, à luz da análise do discurso de linha francesa, como as identidades femininas construídas a partir de interrogatórios de réus acusados de feminicídio são usadas para atacar, depreciar, diminuir e humilhar o gênero feminino, justificando e perpetuando práticas intolerantes em relação às mulheres. Para tanto, analisamos como se manifesta a representação da mulher em gêneros textuais do domínio discursivo jurídico na modalidade interrogatório do acusado; bem como "as vontades de verdade" presentes nos referidos interrogatórios e quais os dizeres que circulam em nossa sociedade que subsidiam esses discursos, inocentando o réu e justificando a violência contra a mulher.

Com o presente artigo, esperamos contribuir de alguma forma com um novo olhar acerca dos estudos relativos à violência de gênero no país e ainda fornecer dados e informações sobre esta modalidadedelitiva que tanto aflige a nossa sociedade, a fim de mobilizar o poder público e a sociedade civil para a elaboração e aplicação de políticas públicas voltadas a erradicação desta prática histórico-cultural ainda tão arraigada e justificada em nossos discursos. Para tanto, teremos como objeto de análise trechos de interrogatórios publicados em reportagens veiculadas na mídia nacional, responsáveis pela constituição identitária das

25 Professora Faculdade Reinaldo Ramos-FARR. Mestra em Letras pela Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estadual da Paraíba-UEPB. Advogada.

mulheres nos crimes de feminicídio.

Delineamos para a nossa pesquisa um corpus composto por quinze reportagens veiculadas na mídia nacional acerca de interrogatórios de crimes de homicídio contra a mulher que tiveram grande repercussão social no Brasil e circularam na última década, com exceção do crime cometido pelo ator Guilherme de Pádua, assassino da também atriz Daniella Perez, ocorrido em 1992, década anterior, escolhido para compor este rol, devido à grande notoriedade que obteve em nosso país. As reportagens foram retiradas de sites da internet e versam sobre os interrogatórios dos réus Lindemberg Farias (três reportagens), Mizael Bispo (quatro reportagens), Goleiro Bruno (quatro reportagens), Pimenta Neves (três reportagens) e Guilherme de Pádua (uma reportagem).

Para a análise do corpus consideraremos o método arqueológico apresentado por Foucault (2009), expoente da Análise do Discurso francesa, em sua obra "A arqueologia do saber", através do qual se tenta compreender a irrupção dos acontecimentos discursivos, investigando as condições histórico-culturais que desencadearam o seu aparecimento e ainda transformando os documentos analisados em monumentos nos quais se inscrevem as múltiplas possibilidades de leitura.

9.2 Análise do Discurso de Linha Francesa: um Campo Transdisciplinar de Estudos da Linguagem

A Análise do Discurso (AD) de linha francesa, originada na França na década de 1960, considera que os indivíduos são interpelados por ideologias, transformando-os em sujeitos, que predeterminam o que poderão ou não dizer em determinadas conjunturas histórico-sociais.

Neste contexto, o discurso surge como novo objeto dos estudos da linguagem. É nele que se agrupam e se emaranham as questões relativas à língua, à história e ao sujeito.

A AD caracteriza-se, portanto, desde o seu início, por apresentar uma ruptura a toda uma conjuntura política e epistemológica dominante e pela necessidade de articulação com outras áreas das ciências humanas, especialmente a linguística, o materialismo histórico e a psicanálise.

Os conceitos de sujeito e historicidade são retomados pela AD a partir da ideia de sujeito descentrado, inconsciente, oriundo da Psicanálise e por outro lado, o sujeito assujeitado, materialmente constituído pela linguagem e devidamente interpelado pela ideologia, advindo do materialismo histórico.

Para a nossa análise, tomaremos o conceito de formação discursiva, elaborado por Foucault (2009) e desenvolvido, com vistas a uma análise do discurso político da década de 60. Para ele as formações discursivas são determinantes do que pode e deve ser dito a partir de uma posição em uma conjuntura dada, havendo uma relação necessária entre o dizer e a ideologia. Consideraremos ainda a noção emergente de "formação cultural.".

Os discursos surgem como enunciados possíveis em uma determinada formação discursiva, em que o sujeito determina e é determinado. O sentido e sua apropriação e uso ficam a cargo do sujeito social, que o controla de acordo com seu contexto que determina as condições de produção do discurso, acabando por determinar o seu dizer. O sujeito, ao se constituir como tal, o faz de uma posição, relacionada à Formação Discursiva, e de um lugar social, o qual seria afetado pela Formação Cultural em que se insere.

A partir dos conceitos de Formação Discursiva, Formação Cultural e Formação Ideológica, podemos afirmar que os sujeitos são condicionados por uma determinada ideologia que predetermina o que poderão ou não dizer em determinadas conjunturas histórico-sociais. O sujeito é efeito das relações de poder que se

constituem a partir das "vontades de verdade" existentes na sociedade.

Segundo Foucault (2007), em todas as sociedades existem procedimentos de controle da produção do discurso. Ao especificar estes procedimentos de controle, o autor destaca alguns procedimentos de exclusão, quais sejam procedimentos externos, procedimentos internos e procedimentos de rarefação dos discursos.

Dentre os procedimentos externos, temos a interdição, a segregação e a "vontade de verdade". Para Foucault (2007), os dizeres são controlados pelas circunstâncias, pois qualquer um não pode falar sobre tudo em todos os momentos, revelando a ligação que existe entre discurso e poder. No que diz respeito à segregação razão x loucura, o autor destaca que desde a Idade Média, há uma divisão entre o discurso que pode ser proliferado, aquele proferido por um são, daquele que não deve circular, o discurso do louco, mesmo que a loucura seja detectada a partir de suas palavras. Em seguida, o autor destaca a oposição entre verdadeiro e falso como procedimento externo de controle do discurso, oriundo dos outros dois.

Deste modo, deriva dos dois procedimentos anteriores (interdição e segregação) que toda sociedade tem, subjacente às suas práticas, "vontade(s) de verdade(s)" que opõem o verdadeiro ao falso, sustentadas por um sistema de instituições que as impõem e reconduzem, as reforça, produto sócio-histórico e por isso passível de ser transformadas. Assim sendo, não existem verdades absolutas, mas "vontades de verdades", alicerçadas em vários dispositivos que circulam em nossa sociedade.

Em "Foucault, seu pensamento, sua pessoa", Veyne (2011, p. 178) afirma que:

> [...] longe de ser soberano, o sujeito livre é constituído, processo que Foucault batizou de subjetivação: o sujeito não é 'natural', ele é modelado a cada época pelo dispositivo e pelos discursos do momento, pelas reações de sua liberdade individual e por suas eventuais 'estetizações'. (VEYNE, 2011, p. 178).

Ainda acerca do sujeito, o autor acrescenta que "Engendrado pelo dispositivo de sua época, o sujeito não é soberano, mas filho de seu tempo; não é possível tornar-se qualquer sujeito em qualquer época." (VEYNE, 2011, p. 179).

É partindo destes pressupostos teóricos que a Análise do Discurso de linha francesa constitui seu objeto e seus objetivos. Cada sujeito, ao dizer o faz a partir de lugares culturais diferentes, nos quais se desenvolveram intelectualmente, do qual receberam seus aspectos sociais, históricos, políticos, religiosos, jurídicos etc. Os sistemas culturais de cada falante se caracterizam discursivamente como formação discursiva. "Assim como uma formação ideológica, entendida como a visão de mundo de uma determinada classe social, impõe o que pensar, uma formação discursiva determina o que dizer." (FIORIN, 2009, p. 32).

A formação discursiva delimita o que pode ou não ser dito, pelo sujeito, em determinado lugar. De acordo com Maingueneu (1998, p. 43), o discurso deve ser considerado como "atividade de sujeitos inscritos em contextos determinados".

A elocução de um discurso e não de outro corresponde a determinadas circunstâncias, a saber, o contexto histórico-ideológico e as representações que o sujeito, a partir da posição que ocupa ao enunciar faz de seu interlocutor, de si mesmo, do próprio discurso etc.

É partindo dos conceitos de discurso, sujeito, "vontades de verdade", formação discursiva, formação cultural e formação ideológica que realizamos a nossa análise de interrogatórios de réus acusados de feminicídio apresentada no próximo item.

9.3 Gênero Discursivo Interrogatório e seus Efeitos Identitários

Vejamos, abaixo, a análise das sequências extraídas dos corpus, a partir de uma leitura discursiva destas.

Para tanto, em um primeiro momento, consideramos as sequências como enunciados divididos entre posições-sujeito ideologicamente constituídas e inscritas em Formações Discursivas (FD). Esses enunciados, ao se dividirem entre posições-sujeito distintas, mobilizam diferentes enunciados discursivos. (COURTINE, 2006). Trata-se do que Courtine (2006) chamou de enunciado dividido. Faremos uma apresentação da análise a partir de três identidades significativas produzidas pelos réus, a partir dos interrogatórios: mulher agressora, mulher oportunista e mulher adúltera, imagens recorrentes nos textos.

As sequências discursivas selecionadas a partir de nossos objetivos, constituirão os recortes discursivos, ou seja, "a porção indissociável de linguagem-e-situação" (INDURSKY, 1997, p. 47) que, a título de unidades discursivas, comporão nosso corpus discursivo.

Já a(s) FD(s) que afeta(m) o discurso do réu será identificada como FDC, enquanto a FD antagônica será marcada como FDI, representando posições sujeitos em confronto, que representam diferentes subjetividades no interior de um mesmo domínio discursivo, já que para assumir a posição de inocência, mesmo sendo autor do crime, o homem, utilizando-se de discursos religiosos, morais, machistas, tentam justificar sua conduta delituosa e imputar a culpa pelo ocorrido às próprias vítimas.

9.3.1 Mulher agressora

Ao proferir sua versão dos fatos, o homem, mesmo nos casos em que confessa a autoria do crime, se desloca da posição de culpado, para a partir de discursos machistas, religiosos, patriarcais, morais, responsabilizarem a figura feminina pelo delito.

A seguir, analisaremos os enunciados presentes na SDLF1, retirada da reportagem "Confira as frases de Lindemberg durante interrogatório". Lindemberg Farias Alves (22 anos) foi acusado de sequestrar, manter em cárcere privado e matar a vítima Eloá Cristina (15 anos), sua ex-namorada em 13/10/2008. O crime repercutiu nacional e internacionalmente.

Este enunciado discursivo está dividido entre duas posições-sujeito ideologicamente distintas, inscritas em duas FD divergentes, que chamaremos de: Formação Discursiva da Culpa (FDC) e à Formação Discursiva da Inocência (FDI), respectivamente:

> PS 1: "Ela ameaçou um movimento. Pensei que ela pudesse vir para cima de mim. Ela gritava alto e fazia barraco. Puxei [a arma] da cintura e mostrei para ela parar de gritar." – FDI
>
> PS 2: "Quero pedir perdão para a mãe dela em público(...) Estou aqui para falar a verdade (...) tenho uma dívida muito grande com a família. Eu infelizmente atirei. Eu estava muito nervoso e tomei atitudes impensadas. Eu vi o movimento e atirei. Foi tudo muito rápido. Puxei a arma da cintura e mostrei para ela. Pela perda da família, eles sãos as vítimas. Se estou encarcerado, estou pagando por algo que eu fiz".- FDC.

Esse enunciado divide-se em torno da posição sujeito-réu-culpado, a partir da confissão da prática do ato que ceifou a vida da mulher (PS2), responsável pela identificação do réu como culpado, e por outro lado,

o sujeito-réu-inocente, que apresenta a imagem da mulher como aquela que provocou a sua ação, o que o faz inocente, visto que não era seu desejo que o tiro atingisse a vítima, pois atirou apenas "para ela parar de chorar", identificando a figura masculina como sendo vítima do ocorrido. Assim, o enunciado se divide entre uma posição sujeito que confessa o crime e por isso é culpado, mas por outro lado, apresenta-o como aquele que agiu em reação à conduta da vítima, o que faz dele inocente.

O enunciado dividido indica que o sujeito que enuncia a partir do lugar discursivo da PS2 assume a prática delitiva, identifica-se com a Formação Ideológica que sustenta esta Formação Discursiva da culpa, identificando-se com os saberes, práticas e efeitos de sentido que emanam desta Formação Discursiva, que o faz ser merecedor da pena que está pagando. No entanto, desloca-se para o lugar de vítima do ocorrido, identificando-se com a Formação Discursiva da inocência ao mostrar que, a partir da PS1, tudo o que ocorreu deveu-se à conduta da mulher, o que fica evidente a partir da própria escolha lexical "ameaçou", "vir para cima", "gritava". Desta maneira, o enunciado dividido em análise representa a imagem que o enunciador apresenta da mulher, vítima de homicídio, como aquela que provocou o crime, com suas atitudes, enquanto que ele apresenta-se como aquele que "infelizmente" cometeu a ação, e que não tinha o intuito de matar.

Em uma sequência discursiva (SDLF2) oriunda da reportagem "Lindemberg pede desculpas à mãe de Eloá durante interrogatório", podemos vislumbar a presença do sujeito dividido entre a formação discursiva da culpa e da inocência.

> PS1: "(...) porque teria ficado nervoso com ela. Parecia que ela poderia vir pra cima de mim. "-FDI

> PS2: "Eu queria aproveitar e pedir desculpas publicamente à dona Tina por tudo que aconteceu. Foi tudo muito rápido. Ele confessou ter disparado contra a multidão uma vez, outra contra o computador de Eloá (...)"- FDC.

Mais uma vez, o sujeito divide-se entre aquele que se identifica como a pessoa que realizou a conduta, no entanto, retifica que tudo se deveu à atitude da vítima que o deixou nervoso.

De acordo com o lugar social ocupado pelo sujeito, que ora está na posição de desempenhar a "ação" do "poder" e ora na posição de sofrer essa "ação", ele transita com maior ou menor grau de intensidade. Nas sequências discursivas analisadas, na PS1, o sujeito-mulher desempenha a "ação" do "poder", ao "gritar", "ameaçar", enquanto o sujeito-homem a "sofre", pois está na posição de sofrer essa ação, ficando "nervoso" com a conduta da mulher. Entretanto, como o poder caracteriza-se como uma ação sobre ações, o sujeito-homem não é mira indolente deste poder, há a possibilidade de reação, momento em que o sujeito ocupa a PS2 e fere mortalmente a mulher.

Nas SDPN1 e SDPN2, retiradas respectivamente das reportagens "Leia a íntegra da primeira parte do depoimento de Pimenta Neves" e "Tiros na imprensa", acerca do depoimento prestado pelo renomado jornalista Pimenta Neves, acusado de assassinar a ex-namorada, também jornalista Sandra Gomide, o sujeito dividido entre o discurso da culpa e da inocência também se faz presente a partir da apresentação da mulher como provocadora do crime.

> PS1: "(...) queria saber alguns fatos relacionados a feitura do boletim de ocorrência no 36º DP versando sobre a possível invasão de domicílio da vítima, e a atitude tomada durante o tempo em que esteve no apartamento de Sandra, porque [ela] não telefonou perguntando sobre a filha do interrogado que havia sido operada por motivo de câncer. Na verdade inúmeros

> foram os motivos do crime, alguns de ordem subjetiva, expostos no presente interrogatório. (...) o pouco caso acompanhado da recusa de Sandra em querer conversar com o interrogando a respeito do ocorrido em seu apartamento dias antes, pois o boletim de ocorrência por ela elaborado não retratava a verdade. Ela narrou uma agressão física inexistente, uma ameaça com armas inexistente. (...) no momento do diálogo com Sandra em virtude de suas reações, sentiu-se profundamente ultrajado em sua honras e dignidades pessoais".(SDPN1) "(...)não telefonou perguntando sobre a filha do interrogado que havia sido operada por motivo de câncer(...)" (SDPN2) – FDI
>
> PS2: "(...) Afirma que atirou em Sandra. "(SDPN1) "(...) o interrogando desferiu dois tiros contra a vítima(...)noticiou que havia atirado em Sandra"(SDPN2)-FDC

Neste caso, a atitude provocadora da vítima se constitui no fato de não ter se preocupado com os problemas de saúde da filha do réu, ter se negado a conversar com ele e ainda tê-lo denunciado por uma "agressão física inexistente", o que o fez sentir-se "profundamente ultrajado em suas honras e dignidades pessoais" legitimando sua conduta de desferir dois tiros na vítima.

Em uma Sequência Discursiva (SDGB1), presente em "'Não pedi para Eliza abortar'", afirma goleiro Bruno durante interrogatório em MG", em que podemos analisar uma reportagem acerca do interrogatório de outro réu acusado de violência contra a mulher, o Goleiro do Clube Regatas Flamengo, Brunno Fernandes, acusado de, juntamente com sete pessoas, matar a ex-amante, mãe de um filho seu, a modelo Eliza Samúdio, em junho de 2010, percebemos que o discurso se enquadra apenas na formação discursiva da inocência, visto que ele não assume a autoria do delito, defendida a partir da apresentação de características amorais da vítima, dentre elas a de ter xingado e agredido verbalmente o acusado.

> PS1:" A briga teria começado após Eliza xingar o goleiro. 'Bruno está achando que é quem? O Rogério Ceni (goleiro do São Paulo)?', afirmou o jogador, reproduzido uma suposta fala de Eliza. Ela me chamou de filho da p..., um m.....", disse no interrogatório.(...), ela teria dito que precisava do dinheiro para 'quitar dívidas'. Bruno revelou ter oferecido R$ 30 mil e disse que ela aceitou a oferta. O goleiro declarou ainda que no dia em que teve relação sexual com ela, em uma festa no Rio, ela parecia estar sobre efeito de drogas e bebidas.".SDI

Por fim, ao analisarmos a sequência discursiva (SDGP1) proveniente do interrogatório do réu Guilherme de Pádua, acusado de matar, em 28/12/1992 a atriz Daniela Perez, presente em "As muitas versões de Guilherme de Pádua – Confissão" podemos tecer as seguintes considerações:

> PS1: "Daniela, aproveitando-se das normais brincadeiras entre atores, passou a assedia-lo de todas as formas possíveis de uma mulher (…) que apesar de notar as insistentes insinuações de Daniela nunca a encorajou, procurando dissuadi-la de qualquer pretensão.(…) Que Daniela nunca se conformou com o fato do declarante não atender as suas insinuações, passando a partir daí, Daniela, a se insinuar cada vez mais para o declarante, fato este sempre repudiado por ele. Que fora essas insinuações, Daniela passou a ameaçar a vida pessoal do declarante, afirmando diversas vezes que mandaria matar a esposa do mesmo, determinando que o corpo fosse esquartejado em seis pedaços e enterrados em locais diferentes, para que a alma nunca mais se reencontrasse. (…) Que no local Daniela veio para o carro do declarante e começou a se insinuar de forma mais agressiva, tendo o declarante repelido, sempre tentando contornar a situação da melhor maneira (…) que Daniela estava totalmente transtornada, transtorno esse que se agravou com a negativa do depoente, que passou a ficar constrangido, acuado e irritado com tal situação. (...) que apesar disso tudo, Daniela sempre gritava, além de diversos palavrões, que iria acabar com a mulher dele e com seu filho". SDI.

Segundo a versão do autor, apresentada na polícia, ele teria matado Daniella porque ela o assediava e queria que ele deixasse a mulher. É em defesa da instituição família e da "boa esposa" que o réu pratica o homicídio.

Desta maneira, verificamos que o réu, a partir de uma posição-sujeito defensor da família, instituição amplamente valorizada e protegida em nossa sociedade, apresenta-se como um homem que vivia sendo assediado por uma mulher que não respeitava o seu casamento, e por isso a matou. Assim, ele incorpora o estereótipo de homem que vive sendo perseguido por uma mulher que se insinua para "homem casado." É deste lugar, que o sujeito-réu produz os enunciados, e a partir deles, realiza a avaliação de sua atitude em prol da sua inocência.

O depoimento do réu encontra-se alicerçado no discurso religioso cristão que se materializa em várias passagens da Bíblia, entre elas o versículo do evangelho de Marcos, que diz "o que Deus uniu, o homem não separe!" (Marcos, 10: 1-12) defensora da indissolubilidade do casamento. Esta "vontade de verdade" ainda encontra-se respaldada na própria legislação brasileira, que busca proteger a instuição familiar a partir de vários dispositivos legais. (BÍBLIA..., 2000).

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 226 que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado." (BRASIL, 1988). O Código Penal, responsável pela proteção dos bens jurídicos de maior relevância, dedica seis artigos para elencar os Crimes Contra a família e especificamente os Crimes Contra o Casamento. Até o ano de 2005, o Código Penal apresentava o Crime de Adultério que poderia ser punido com pena de detenção de 15 (quinze) dias a 06 (seis) meses. O § 1º do art. 240 do C P discorria que incorria na mesma pena o co-réu, ou seja, a pessoa com quem o réu estivesse cometendo adultério. (BRASIL, 1940).

O casamento, introduzido no Brasil no tempo do Império, era regido pelas normas da Igreja Católica e o maior dogma referia-se à sua indissolubilidade. O casamento civil foi implantado no Brasil no ano de 1890 através do Decreto 181, de 24/01/1890, porém este regimento também não tratava da dissolução do vínculo conjugal. (BRASIL, 1890). Apenas com a Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei Nº 6.515 de 26 de dezembro do mesmo ano o divórcio foi instituído oficialmente no nosso país. (BRASIL, 1977a; 1977b). Assim, até a década de 70 a proteção do casamento se estendia pela proibição do divórcio no Brasil. E o adultério, até o ano de 2005 constituia crime.

A partir das análises apresentadas, em todas as sequências discursivas encontramos a "vontade de verdade" que devido a atitudes agresssivas, desrespeito à instituição familiar, descaso para com o réu, em todas as situações de feminicídio descritas, a mulher é apresentada como culpada e verdadeira responsável pelo desfecho trágico do relacionamento amoroso.

Esta imagem da mulher como responsável pela conduta delitiva do réu retoma a "vontade de verdade" bíblica que apresenta a figura feminina como culpada por todos os males da sociedade, pois desde a criação do mundo, a mulher, personificada em Eva, instiga o homem, Adão, a pecar, comer do fruto da árvore proibida, infrigindo as normas divinas, atribuindo-lhe a culpa original. O livro bíblico de Gênesis 3, 6 descreve esta passagem: "A mulher, vendo que o fruto da árvore era bom para comer, de agradável aspecto e mui apropriado, para abrir a inteligência, tomou dele, comeu, e o apresentou também ao seu marido, que comeu igualmente.

9.3.2 Mulher oportunista

Em um segundo grupo de sequências discursivas, o réu apresenta seu álibi a partir da deteriorização da imagem da mulher, apresentando-a como oportunista e interesseira. Vejamos:

> PS1: Ela me chamou de filho da p..., um m..... Ela pediu a ele R$ 50 mil para evitar escândalos por conta da agressão. Ela teria dito que precisava do dinheiro para 'quitar dívidas'. Ela aceitou a oferta. Ela parecia estar sobre efeito de drogas e bebidas. Segundo ele, Eliza teria se oferecido para vir com ele a Minas Gerais." SDGB1 "Que conheceu Eliza em uma festa, que teve relação sexual com a modelo apenas uma vez e que, na oportunidade, ela tinha se envolvido com outras pessoas.(...) que a jovem passou a entrar em contato com a imprensa para falar coisas a seu respeito, o que teria atrapalhado uma transferência para o futebol estrangeiro. (...) que conversou com Eliza sobre um acordo, no valor de R$ 50 mil. Ele disse que parte do dinheiro estava no sítio em Minas Gerais, motivo pelo qual a vítima viajou junto com eles na mesma noite, levando o filho."SDGB3 FDI.
>
> PS2: "Como mandante dos fatos, não, eu nego. Mas de certa forma, me sinto culpado", afirmou o atleta. SDGB3 "Sabia e imaginava", afirmou o goleiro Bruno Fernandes de Souza em um novo interrogatório no Fórum de Contagem (MG)." SDGB4.

Esse enunciado traz as vozes daqueles que se identificam com a PS1, inscrita em uma FDI, que atribui a prática delitiva a alguma atitude da mulher, ou seja, o crime se deve a algum erro cometido por ela. Mesmo sem confessar a autoria delitiva, o réu assume a posição-sujeito daquele que é vítima do ocorrido, e que inclusive fora vítima da mulher em outras circunstâncias, quando ela extorquiu dinheiro dele. Esta formação discursiva acarreta a avaliação da mulher como oportunista, mercenária, envolvida com bebida e drogas, situando-a como infrigidora de condutas morais e legais em nossa sociedade.

De acordo com Oliveira e Lucena (2009) os jogos de verdade alicerçados nas relações de poder são responsáveis pela constituição dos indivíduos em sujeitos. Esses jogos de verdade que, numa sociedade, determinam o modo "verdadeiro" de ser sujeito, associam-se às histórias das moralidades cuja função é chamar o indivíduo a se constituir sujeito moral.

Mesmo sem dizer-se culpado, ou seja, sem assumir a PSC, ele realiza a própria defesa, a partir da deturpação da imagem feminina, enquanto se apresenta como alguém que foi explorado financeiramente pela vítima. Por sua vez, a imagem que o réu faz de si mesmo, apresenta-se como uma pessoa que exercia a função de proteger o filho, bem como a genitora daquele e que "Em momento algum a vida do 'Bruninho' esteve em perigo, nem da Eliza, porque eles estavam sob os meus cuidados."

Sob este argumento, tenta provar que não foi o autor do crime. É denegrindo a reputação da figura feminina que ele se coloca como inocente: a culpa é da mulher que infringiu a conduta moral.

A sequência discursiva GB2, presente na reportagem "Goleiro Bruno é interrogado em Minas Gerais e nega que Eliza Samudio tenha sido sequestrada" ratifica a posição-sujeito ocupada pelo réu acusado do crime, presente na SDGB1. Vejamos:

> PS1: "Eliza falou mal dele para o adolescente. O motivo da viagem de Eliza para Minas Gerais com o grupo, segundo Bruno, foi uma exigência de dinheiro feita pela jovem. Eliza (...) teria procurado Macarrão e exigido 50 mil reais para não fazer escândalos e procurar a imprensa. Eliza exigiu o valor em espécie." FDI.

Nesta sequência, percebemos que o réu busca macular a imagem da vítima. Em nossa sociedade, nos dias atuais, as mulheres ainda podem ser vistas a partir de dois lugares, sendo classificadas como mulheres boas, direitas, honestas, trabalhadoras, aquelas que encaram uma dupla jornada de trabalho, para poder ajudar financeiramente o companheiro, realizam todas as atividades domésticas, sobretudo a de cuidar dos filhos, e por isso merecem o respeito da sociedade, em contraposição a mulheres que não trabalham e buscam realizar-se financeiramente a partir da união ou mesmo da gestação do filho de um homem "de dinheiro", categoria em que se enquadram os jogadores de futebol, um dos profissionais mais bem remunerados em nosso país, os quais comumente ostentam carros importados, mansões.

Nos casos de mulheres que se envolvem com jogadores de futebol, essas são estereotipadas como mulheres oportunistas e são denominadas de "Maria chuteiras", estereótipo em que o réu busca enquadrar a vítima. Assim, o réu, jogador de futebol, a partir da retomada destes discursos, ao ser investigado pela morte de uma "amante" que tinha dado a luz a um filho seu, mesmo sem assumir a responsabilidade do delito, se exime de qualquer culpa, ao apresentar a imagem da mulher de forma negativa, como uma pessoa que "bebia e usava drogas", que "exigia" dinheiro dele em troca de "não fazer escândalos e procurar a imprensa", o que diminuiria o valor de tal mulher e, consecutivamente, a gravidade do crime, além de torná-lo vítima da conduta dela.

Por fim, ao analisarmos a SDPN1 e considerando-se ainda, que na nossa sociedade predomina uma "vontade de verdade" que uma mulher bem mais jovem do que o homem, só se relacionará movida por interesses econômicos, o jornalista Pimenta Neves, à época do crime diretor chefe de um dos jornais mais importantes do país, apresenta a imagem da ex-namorada, asssassinada por ele, como sendo uma pesssoa que desde o primeiro encontro se favoreceu financeiramente dele.

> PS1:"No começo do ano de 1996 viajou para o Uruguai a trabalho juntamente com o presidente da "Gazeta Mercantil", senhor Luis Fernando Ferreira Levi, a vítima Sandra Gomide e o amigo dela, ou melhor, um colega de serviço de nome Baraldi. Chegando ao Uruguai, e como estava com muito frio, o interrogado levou a vítima para comprar uma blusa de lã, tendo ela gostado da roupa, ficou agradecida(...)."SDPN1 "'Em um ano', declarou Pimenta sempre em tom distraído, 'o salário dela subiu de R$ 1.600, ou R$ 1.700, para R$ 8.500'.(...)" FDI

Por outro lado, o autor cita o aumento salarial que a vítima obteve, no período de um ano, após o romance com ele, mostrando o quanto teria sido "bom" para ela, "o salário dela subiu de R$ 1.600, ou R$ 1.700, para R$ 8.500" se adequando à "vontade de verdade" que diz que mulheres mais novas se aproximam de homens mais velhos apenas para usufruir de alguma vantagem financeira ou profissional, atitudes repudiadas pelo senso de moral da sociedade.

Em seguida, vamos verificar a partir das análises, como o réu se utiliza de mais uma conduta depreciativa da imagem feminina em nossa sociedade, qual seja, o adultério, para imputá-la a culpa do crime ocorrido.

9.3.3 Mulher adúltera

Ao analisarmos o interrogário do jornalista Pimenta Neves, acusado de, em 19/08/2000, assassinar a ex-namorada e também jornalista Sandra Gomide, a partir da SDPN1, extraída da reportagem "Leia a íntegra da primeira parte do depoimento de Pimenta Neves", verificamos que, mesmo estando presente no discurso a confissão do crime, o réu não assume a FDC, visto que não assume a posição-sujeito-réu-

culpado. Mesmo na passagem que afirma que o réu tomou remédios para cometer suícidio, não fica evidente o arrependimento pelo crime, visto que aquele ato, por todo o contexto, provavelmente deveu-se ao medo do réu em sofrer as consequências decorrentes do crime.

O discurso do réu se baseia na paráfrase da assertiva "ela provocou o crime", a partir de uma formação discursiva machista e patriarcal que parte de uma ideologia dominante por muito tempo em nosso país, de que o homem que tem a honra ferida por uma mulher, tem o direito de ceifar a vida desta, colocando a mulher em posição de desmérito diante da sociedade. Vejamos a seguir:

> PS1: "A Sandra (...) em data de 13 de fevereiro de 1996, no aniversário do interrogado, se aproximou da vítima, ou melhor, a vítima se aproximou e a partir deste momento começou um flerte. (...) porque não telefonou perguntando sobre a filha do interrogado que havia sido operada por motivo de câncer. No entanto sentiu-se o interrogado ultrajado em sua dignidade pessoal, em seus brios profissionais que antecederam os dias dos fatos que vieram a seu conhecimento e o pouco caso acompanhado da recusa de Sandra em querer conversar com o interrogando a respeito do ocorrido em seu apartamento dias antes, pois o boletim de ocorrência por ela elaborado não retratava a verdade. Ela narrou uma agressão física inexistente, uma ameaça com armas inexistente sendo certo que fora ao apartamento de Sandra apenas para conversarem e devolverem reciprocamente objetos dados por um ou por outro. (...) sentiu-se profundamente ultrajado em sua honra e dignidades pessoais perdendo por completo os limites de controle." FDI.

O sujeito-mulher é apresentado como aquela que tomou a iniciativa de começar o relacionamento com o réu. O interrogado, desde o início do namoro, apresenta-se como um homem gentil, que se preocupa em presentear a vítima com uma blusa de lã, para que aquela não sentisse frio, ocupando o lugar social de homem cavalheiro, atitude que a agradou. O autor ainda apresenta a mulher como alguém que após o término do namoro, sequer se preocupou com a saúde de uma das suas filhas, acometida de câncer, além de ser uma pessoa mentirosa, por ter feito um boletim de ocorrência com inverdades contra ele.

Da mesma forma que ocorre nas SD LF1 e SD GL1, de acordo com o lugar social ocupado pelo sujeito, na PSI, o sujeito-mulher desempenha a "ação" do "poder". Ao aproximar-se dele e iniciar um flerte e depois fazendo com que o réu fosse "ultrajado em sua dignidade pessoal, em seus brios profissionais", "ultrajado em sua honra e dignidades pessoais", ao narrar "uma agressão física inexistente, uma ameaça com armas inexistente". Enquanto o sujeito-homem a "sofre", pois está na posição de sofrer essa ação, ficando "nervoso" com a conduta da mulher, momento em que perde por completo "os limites de controle" e mata a ex-namorada, o que, a partir das circustâncias elencadas e sobretudo da atitude da vítima se configura como ato legítimo, de acordo com uma ideologia machista, resquícios da nossa história social, jurídica e religiosa.

As "vontades de verdade" presentes na SD acima acerca da gravidade do adultério feminino sustentam relações desiguais entre homens e mulheres ao longo do tempo. De acordo com Foucault, a "vontade de verdade" desempenha o papel de suporte de instrumento para os efeitos das relações de poder. O saber jurídico, por exemplo, durante muito tempo, serviu de suporte para que se legitimasse o assassinato de mulheres, à medida que aceitava a tese da legítima defesa da honra como legitimadora de crimes passionais.

No tempo do Brasil Colônia, período em que o nosso país era regido pelas leis de Portugal, admitia-se que um homem matasse a mulher e o seu amante se surprendidos em adultério. O primeiro Código Penal brasileiro de 1830 não recepcionou esta regra, no entanto, o Código Penal de 1890 não considerava crime o homicídio praticado sob um estado de total perturbação dos sentidos e da inteligência. Assim, o estado emocional gerado pela descoberta do adultério da mulher passou a ser associado a este momento

de insanidade momentânea legitimado pela lei vigente. O Código Penal promulgado em 1940 com vigência até os dias atuais eliminou esta excludente de ilicitude. "Na população, porém, permanecia a ideia de que o homem traído tinha o direito de matar a mulher." (ELUF, 2010, p. 195).

Neste contexto, com a finalidade de absolver os réus acusados de homicídio contra a mulher, os advogados de defesa criaram a tese da legítima defesa da honra e da dignidade, aceitada com facilidade pelos jurados, os quais perdoavam a conduta criminosa do réu, visto que existia na sociedade um sentimento patriarcal muito forte, que justificava tal alegação. "A concepção de que a infidelidade conjugal da mulher era uma afronta aos direitos do marido e um insulto ao cônjuge enganado encontrava eco nos sentimentos dos jurados, que viam o homicídio passional com benevolência." (ELUF, 2010, p. 196). Assim, tal artifício de defesa popularizou-se na defesa dos assassinos de mulheres.

A defesa da honra apresenta-se como a personificação do machismo, que considera serem a fidelidade e a submissão feminina ao homem seu direito. O homem que mata a mulher quer exercer, por meio da eliminação física, o ilimitado direito de posse o qual julga ter sobre a mulher, sobretudo nos dias atuais, em que a mulher, por uma série de fatores, dentre eles, econômicos, sociais e culturais, não aceita mais ser subjugada àquele. Habermas (1984, p. 170) destaca que a política e a moral se constroem a partir de uma visão, e de um estereótipo criado por pessoas, por pensantes, ou seja, se constrói do intersubjetivo. E isso é mais importante do que leis, é uma verdadeira algema, visto que um conceito aprisiona mais do que códigos legais. Isso é revelado cotidianamente nas relações de gênero, a partir da atitude de homens e também mulheres que adquirem pensamentos tácitos sobre a "submissão" da mulher.

Por muito tempo as mulheres foram tratadas, normalmente, como subservientes pelo motivo de terem sido, tanto o homem quanto a mulher criados e educados em uma sociedade patriarcal, que apesar de não conter lei que diferencie o homem da mulher, tais diferenças eram observadas e insinuadas pelos comportamentos dos antepassados. E isso passou a ser uma regra subentendida, respeitada até os dias atuais por homens que usam dessa ideia de que a mulher tem que ser submissa e passiva aos seus atos, para quando essa "regra" for descumprida o homem faça "justiça", sendo essa castigada através de violências de ordens diversas.

Em uma SD PN2, publicada em outra reportagem, sobre o interrogatório de Pimenta Neves, verificamos que a partir de uma formação discursiva que tenta diminuir o valor da mulher e alegar a tese da legítima defesa da honra, o réu produz seu discurso. Vejamos:

> PS 1:" 'Matei a Sandra porque ela me traía, pessoalmente e profissionalmente'(...) garantiu que a ex-namorada lhe transmitira uma moléstia venérea. 'Não sei o nome da doença, só sei que o pênis fica irritado'. (...) 'Sandra se apaixonou pelo jornalista Jaime Mantilla, um dos proprietários do jornal equatoriano Hoy. Mantilla e Sandra trocaram mensagens por e-mail.'". FDI.

Em regra, em nossa sociedade, mulheres acusadas de transmitir doenças venéreas, desde o século passado são as prostitutas, mulheres que, de acordo com a ideologia dominante, são inferiores às demais, por manterem relações sexuais por dinheiro, podendo contrair e propagar diversas doenças. Ao acusar a vítima de transmitir-lhe doença venérea, é neste estereótipo feminino que o réu tenta enquadrá-la, além do que, a transmissão de doenças por parte da mulher seria a prova da infidelidade por parte dela.

Há uma passagem da nossa história, quando do julgamento do cantor Lindomar Castilho, no ano de 1984, acusado de ter assassinado sua mulher, que aponta para a visão acerca da infidelidade feminina na

nossa sociedade. Sobre o ocorrido, Teles (2006) narra que:

> Em 1984, no julgamento do cantor Lindomar Castilho, conhecido nacionalmente, que assassinou sua ex-mulher, Eliana de Grammont, em São Paulo, os fãs e seguidores dele responderam aos slogans feministas "Quem ama, não mata, não humilha, não maltrata!" com os refrões: "Mulher que bota chifre tem de virar sanduíche!", "Mulher que pratica adultério tem de ir para o cemitério! (TELES, 2006, p. 73).

É alicerçado nesta mesma formação discursiva machista e conservadora, legitimadora do homicídio de mulheres em nome da honra do cônjuge, propagada pelos fãs de Lindomar Castilho que Pimenta Neves profere o seu depoimento tentando transformar os prováveis motivos que o levaram a praticar o ato delituoso, quais sejam,vingança, ódio, rancor, frustração, vaidade, em defesa da honra.

Ao realizarmos uma leitura discursiva do corpus, verificamos que o discurso é construído a partir de um processo parafrástico. As sequências discursivas analisadas se dividem, predominantemente entre duas posições sujeito. O sujeito se divide entre sujeito-culpado, visto que praticou a conduta delitiva, e sujeito-vítima, visto que agiu em decorrência de alguma atitude injusta provocada pela vítima.

9.4 Considerações Finais

Em toda história da humanidade, a mulher esteve sujeita a discriminações, agressões e violência de todas as espécies. Mulheres de todas as idades, etnias e classes sociais sofreram e ainda sofrem com a violência, principalmente aquela cometida pelos indivíduos que estão mais próximos do seu convívio, tais como pais, irmãos, maridos, companheiros, namorados.

A violência sofrida pelas mulheres ocorre principalmente no espaço doméstico, e é cometida por pessoas com quem a vítima possui relação afetiva ou íntima. Essa prática de violência contra a mulher é uma forma de expressão de poder exercido pelo violentador para mantê-la sob seu domínio. A forma mais drástica desta modalidade de violência é aquela cometida nos casos de feminicídio, geralmente motivados por ciúme e como punição para o adultério.

A relação assimétrica entre os homens e mulheres é construída socialmente. Durante muito tempo, nas relações sociais, predominou uma ideologia de que homem é melhor do que mulher, que pode mais que ela, que é mais forte, capaz e inteligente, construída por dispositivos de saber-poder oriundos de discursos científicos, religiosos, jurídicos, etc, e constituem o preconceito e por noções de valor que se sustentam inclusive em relatos bíblicos, no senso comum e no ordenamento jurídico. Este entendimento passa pelo aprendizado, desde a infância, e se consolida por meio de um imaginário social e de comportamentos que, em geral, valorizam o masculino em detrimento do feminino, estabelecendo uma relação de dominação do homem, em todos os setores da sociedade e principalmente nas relações domésticas, em que, em determinados casos, o comportamento masculino dominante se impõe de forma violenta.

A presente análise nos permitiu verificar que os crimes de gênero continuam a ocorrer nos dias atuais, apesar de todos os avanços sociais e jurídicos em defesa da mulher, sendo utilizados os mesmos discursos oriundos de outros tempos, que permeiam a sociedade, para exclusão da culpa ou amenização da pena dos acusados de tais crimes. Sendo assim, faz-se urgente a necessidade de denúncia de tais relações desiguais entre os gêneros, geradoras de opressão e violência para com as mulheres.

A materialidade discursiva, através de diferentes formações discursivas, na nossa sociedade ainda contribui para justificar o homicídio de mulheres cometidos por homens, apesar de todas as conquistas legislativas do gênero feminino nos últimos tempos, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988.

Analisando as formações discursivas que permeiam o discurso do réu, nos interrogatórios analisados, foi possível verificar que por se caracterizar como um evento enunciativo de julgamento, os textos estão representados como um quadro bipolar: culpado x inocente. Essa bipolaridade se transfere para a construção imagética que se faz do que tenha sido o homicídio da companheira.

Temos o seguinte quadro de Formações Discursivas: a Formação Discursiva da culpa, quando o réu afirma ser autor do crime, e a Formação Discursiva da inocência quando alega que cometeu o crime em defesa da honra atingida pela traição ou conduta indigna da vítima.

A mudança legislativa em defesa da mulher não é suficiente para evitar os casos de violência contra a mulher, uma vez que tal prática muitas vezes ainda se encontra legitimada no senso comum, a partir de dispositivos de poder-saber diversos, principalmente nos casos de adultério.

Consideramos que a política pública mais eficaz para mudar a realidade da violência contra a mulher é a introdução massiva da educação de gênero. Enquanto não se romper com a prática do sexismo na nossa sociedade, inciando-se pelas escolas e pelas famílias, a criação ou modificação das leis não conseguirá, por si só, resolver tal problema que assola nossa sociedade que é a violência contra a mulher.

REFERÊNCIAS

AS muitas versões de Guilherme de Pádua: confissão. 2010. Disponível em: <http://www.gloriafperez.net>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BÍBLIA Sagrada. São Paulo: Ave-Maria, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto Nº 181, 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. **CLBR-Coleção de Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 24 de janeiro 1890. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Decreto-Lei Nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 31 de dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei Nº 3.689, 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 13 de out. 1941. Disponível em: <ww.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. Emenda Constitucional Nº 9, 28 de junho de 1977. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] União,** Brasília, DF, 29 de jun. 1977a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em: 01 mar. 2016.

_____. Lei Nº 11.340, 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 de ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 01 mar. 2016.

_____. Lei Nº 6.515, 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União,** Brasília, DF, 27 de dez. 1977b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm >. Acesso em: 02 mar. 2016.

_____. Lei Nº 13.104, 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 9 de mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CONFIRA as frases de Lindemberg durante interrogatório. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com>. Acesso em: 15 mar. 2016.

COURTINE, Jean-Jacques. **Metamorfoses do discurso político:** derivas da fala pública. São Carlos: Claraluz, 2006.

EM interrogatório, Mizael nega ter matado Mércia. 2010. Disponível em: <http://www.dgabc.com.br>. Acesso em: 11 mar. 2016.

ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no banco dos réus**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Maria Cristina Leandro. O lugar do social e da cultura numa dimensão discursiva. In: INDUSKY, Freda, MITTMANN, Solange; FERREIRA, Maria Cristina Leandro (Orgs.). **Memória e história na/da análise de discurso**. Campinas: Mercado de Letras, 2011.

FIORIN, José Luiz. **Linguagem e ideologia.** 8. ed. São Paulo: Ática, 2009.

FRASES: Júri de Mizael Bispo de Souza. Disponível em: http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/03/frases-juri-de-mizael-bispo-de-souza.html. Acesso em: 15 mar. 2013.

FOUCAULT, Michel. **Arqueologia do saber.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2009.

_____. **Microfísica do poder.** São Paulo: Graal, 2010.

_____. **A ordem do discurso**. 15. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. O sujeito e o poder. In: RABINOW, P.; DREYFUS, H. **Michel Foucault**: uma trajetória filosófica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GARCIA, Leila Posenato. **Violência contra a mulher:** feminicídios no Brasil. Brasília: IPEA, 2013. Disponível em:http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf. Acesso em: 08 abr. 2016.

GOLEIRO Bruno é interrogado em Minas Gerais e nega que Eliza Samudio tenha sido sequestrada. Disponível em: <http://veja.abril.com.br>. Acesso em: 08 abr. 2016.

GREGOLIN, Maria do Rosário. **Foucault e Pêcheux na análise do discurso**- diálogos e duelos. 2. ed. São Carlos: Claraluz, 2006.

HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

INDUSKY, Freda. **A fala dos quartéis e outras vozes**. Campinas. Unicamp, 1997.

LE GOFF, Jacques. **História e memória.** Campinas: Unicamp, 1994.

LEIA a íntegra da primeira parte do depoimento de Pimenta Neves. 2000. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 21 fev. 2016.

LINDEMBERG diz que ainda se emociona ao lembrar de Eloá. 2012. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil>. Acesso em: 19 fev. 2016.

_____ pede desculpas à mãe de Eloá durante interrogatório. 2012. Disponível em: <http://www.midiamax.com.br>. Acesso em: 19 fev. 2016.

MAINGUENEAU, Dominique. **Os termos-chave da análise do discurso.** Belo Horizonte: UFMG, 1998.

MIZAEL alega inocência e diz que fará apuração própria. 2010. Acesso em: <http://www.estadao.com.br>. Disponível em: 15 abr. 2016.

MOREIRA, Herivelto, CALEFFE, Luiz Gonzaga. **Metodologia da pesquisa para o professor pesquisador.** Rio de Janeiro, Lamparina, 2008.

NÃO mandei, mas aceitei. 2013. Disponível em: <http://m.g1.globo.com/minas-gerais/julgamento-do-caso-eliza-samudio/noticia/2013/03/nao-mandei-mas-aceitei-diz-bruno-sobre-morte-de-eliza-no-3-dia-de-juri.html>. Acesso em: 09 mar. 2016.

_____ pedi para Eliza abortar, afirma goleiro Bruno durante interrogatório em MG. 2010. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br>. Acesso em: 12 abr. 2016.

OLIVEIRA, Maria Angélica de; LUCENA, Ivone Tavares de. A constituição do sujeito: relações de poder e jogos de verdade. **Conceitos,** João Pessoa, v. 8, p. 35-41, 2009.

ORLANDI, Eni. **Discurso e leitura.** 8. ed. Campinas, Cortez, 2008.

_____. **Análise do discurso:** princípios e procedimentos. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009.

SABADELL, Ana Lúcia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela dos direitos fundamentais e/ou repressão penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 840, p. 429-456, 2005.

SABIA e imaginava. 2013. Disponível em: <http://m.g1.globo.com/minas-gerais/julgamento-do-caso-eliza-samudio/noticia/2013/03/sabia-e-imaginava-diz-bruno-sobre-morte-de-eliza-em-novo-interrogatorio.html>. Acesso em: 09 mar. 2016.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **O que são direitos humanos das mulheres.** São Paulo, Brasiliense: 2006.

VEYNE, Paul. **Foucault, seu pensamento, sua pessoa.** Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

CAPÍTULO 10

ALÉM DOS MUROS: O SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO E O SISTEMA CARCERÁRIO

Valdeci Feliciano Gomes

10 ALÉM DOS MUROS: O SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO E O SISTEMA CARCERÁRIO

Valdeci Feliciano Gomes[26]

10.1 Introdução

Sancionada em 04 de maio de 2011, a Lei Nº 12.403 alterou artigos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, nos aspectos concernentes à fiança, liberdade provisória e outras medidas cautelares. Tais mudanças são resultados de fatores como necessidade de atuação do poder público de implantar uma política de reestruturação e redução da população carcerária, como também fazer valer o prescrito no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que traduz o princípio da não-culpabilidade e até então não era aplicado em toda a sua extensão. (BRASIL, 2011; 1988).

Das medidas cautelares implantadas, a que está prevista no art. 309, IX, que trata da monitoração eletrônica, será discutida neste trabalho, não apenas na perspectiva jurídica, mas também sociológica. O objeto central dessa medida cautelar é o controle efetivo que a monitoração exerce sobre o individuo, com uma vigilância diária, uma vez que o apenado fica rastreado 24 horas por sinais de satélites.

A medida da monitoração eletrônica foi implantada sob o pretexto de evitar as constantes fugas de presos, diminuir a população carcerária e o custo que o preso deixa para o Estado e, principalmente, buscar uma solução para o atual sistema prisional, mudando a forma como o detento é tratado.

Essa medida não é pacifica, pois, se de um lado alguns defendem a redução do custo econômico para o Estado, por outro lado, há quem acredite que a tecnologia em comento infringe o disposto pelo princípio da privacidade, acarretando uma enorme estigmatização do apenado, opinião que será aqui defendida. O objetivo desse trabalho é, portanto, questionar o sistema de monitoramento eletrônico de presos, seu impacto sobre o corpo social e seus efeitos sobre quem está sendo monitorado.

A ideia do monitoramento eletrônico, em que presos serão monitorados via GPS ou radiofrequência, a partir do uso de uma pulseira ou tornozeleira que indica sua localização, é vista como uma possível solução para substituir a pena restritiva de liberdade, mas também para dar maior segurança aos cidadãos, pois, vigiados 24 horas, os que cumprem pena em regime semiaberto de detenção e os que são agraciados com os indultos em datas comemorativas, como Natal, Páscoa e Dias dos Pais, por exemplo, ao saírem da prisão seriam monitorados, havendo a certeza de retorno ao término do prazo para os locais de recolhimento, devido ao monitoramento, ou ainda, caso cometessem qualquer ato infracional ou criminoso, logo seriam localizados e presos. Ou seja, o monitoramento eletrônico consiste na prática de controle além dos muros do cárcere, mediante o uso de equipamentos tecnológicos que permitem saber o local exato onde se encontra o individuo.

No atual contexto de integração social em que vivemos, seja nas grandes cidades ou no campo, questiona-se o fato de que a sociedade não está preparada para um novo padrão social de auto-regulação na convivência com pessoas que, mesmo em liberdade cumprem penas e têm a prova registrada em seu corpo, seja com uma pulseira, tornozeleira ou qualquer outro mecanismo que carregue consigo. Supomos que essa desterritorialização do cumprimento das penas nas prisões estará criando, para aqueles que são monitorados, uma sociedade-prisão, ou melhor, uma "prisão sem muros".

26 Professor da Faculdade Reinaldo Ramos-FARR. Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Campina Grande-UFCG. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual da Paraíba-UEPB.

Para o desenvolvimento da análise proposta foi utilizada uma pesquisa bibliográfica, sendo as informações colhidas da Lei de Execução Penal e da doutrina que discorre sobre o assunto.

10.2 Monitoramento Eletrônico: Contexto Social e Emergência

Há décadas, noticiários relatam fugas e rebeliões de presos que causam o descontentamento da população com o sistema prisional e com as leis que regem o nosso país. O sistema penitenciário e o cumprimento das penas no Brasil são tidos como imperfeitos, fracassados, e precisam ser modificados.

Na verdade, os projetos, os questionamentos e o movimento para reformar as prisões, para controlar seu funcionamento, não é um fenômeno recente. "a reforma da prisão é mais ou menos contemporânea da própria prisão". (FOUCAULT, 1997, p. 197).

Poderíamos preencher centenas de páginas com as notícias que tratam das fugas de presos das cadeias, dos presídios, das rebeliões que "pipocam" em diversos Estados e, às vezes, ao mesmo tempo. Muitos são os relatos sobre as péssimas condições em que os detentos são mantidos nas prisões; sobre o tratamento dado aos novos detentos pelos antigos, que fazem da prisão seu novo espaço para o crime, submetendo os novos presos a serviços sexuais, torturas de todos os tipos. Além disso, os agentes são incapazes de conter a violência prisional, as brigas de gangues rivais e de evitar as mortes ocorridas dentro das prisões.

Diante dessa realidade, podemos afirmar que as prisões não diminuem a criminalidade, pelo contrário, parece aumentá-la, multiplicá-la ou transformá-la, pois alguns indivíduos reclusos por determinadas práticas criminosas, ao permanecer nas cadeias e presídios, passam a cometer novos crimes. O sentimento de injustiça experimentado pelos prisioneiros devido às ameaças, às lesões, à falta de respeito e às condições desumanas em que vivem, causam neles um sofrimento que a lei não ordenou, nem previu, colocando-os cada vez mais longe ressocialização e favorecendo a organização de facções criminosas, tão comuns em todo país. Esses grupos são hierarquizadas e organizados e os seus chefes comandam o tráfico de drogas, sequestros e mortes, mesmo trancafiados em complexos penitenciários que deveriam evitar novos crimes e "transformar" esses detentos.

Pelos motivos elencados acima, podemos afirmar que o sistema prisional brasileiro e os preceitos sobre a integridade física e moral das pessoas, presentes na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal e no Pacto de São José da Costa Rica[27], não estão cumprindo seus objetivos, pois com o atual estado de superpopulação nos presídios, a violência institucionalizada, as agressões entre os presos, praticadas com a participação e incentivo de autoridades, além das precárias e subumanas condições em que os presos são tratados, só aumenta o sentimento de injustiça entre eles, levando-os a deixarem de refletir sobre os crimes cometidos e sobre o porquê de sua reclusão ou detenção, passando a questionar o sofrimento físico, que excede o próprio sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições legalmente instituídos pela lei, não proporcionando "condições para a harmônica integração social do condenado e do interditado". (BRASIL, 1984).

27 Com as garantias de que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumana ou degradante". Art. 5º, III, da CF; "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e a moral." Art. 5º, XLIX, da CF; "Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios". Art. 40, da Lei Nº 7.210, de 11 de junho de 1984 e Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral e ninguém deve ser submetida à tortura nem a penas outros cruéis, desumanos ou degradantes. "Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano". Art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) Decreto Legislativo nº 27, de 25-09-1992 e promulgada em pelo Dec. Nº 678, de 6-11-1992. (BRASIL, 1988; 1984; 1992).

Vivemos numa época de questionamento a todo ato de violência, a população exige do Estado o controle e a repressão à criminalidade e o afastamento dos indivíduos indesejáveis do meio social. As pessoas opinam, sobretudo a partir de ideias formuladas pela mídia, sobre o modo como o Estado deve punir os infratores. O governo, por outro lado, reage justificando suas ações e criando novas estratégias de controle, sendo o direito "primordialmente um instrumento utilizado pelo Estado para criar e manter certa ordem social, certo tipo de civilização e de cidadão, uma matriz ou modelo de vida coletiva e de relações sociais para eliminar certos costumes e atitudes e disseminar outros" (SCURO NETO, 2009, p. 184).

Ciente das imperfeições de seu sistema carcerário, o Estado brasileiro tem procurado medidas para tornar mais eficaz o cumprimento das penas e evitar os problemas que historicamente acompanham as prisões. Uma dessas medidas consiste na procura de abrandar as penas e de encontrar novas alternativas para o seu cumprimento O Direito pátrio encontrou nas penas alternativas um desses mecanismos de afrouxamento da severidade penal e que repercutiu como grande avanço e como proposta para minimizar as imperfeições do sistema. Sobre elas Cruz (2000) destaca:

> As penas alternativas foram lançadas no sistema do Código Penal, através da Lei nº 7.209/84, objetivando precipuamente a ressocialização do indivíduo que delinquiu, reintegrando-o no contexto social com maior celeridade, evitando as privativas de liberdade de pequena duração, uma vez que o curto confinamento em nada vinha contribuindo, como não contribui na recuperação do condenado, hajam vistas as deficiências do sistema carcerário. (CRUZ, 2000, p. 33).

A partir da citação em tela, entendemos que o objetivo das penas alternativas era eliminar o confinamento carcerário de curta duração, pois já reconhecia à ineficácia da ressocialização do indivíduo na internação carcerária de pequena duração, admitia que os programas voltados para a recuperação do preso, à sua assistência material, educacional, social e ao egresso não estavam sendo postos em prática. (BRASIL, 1998a).

Sem dúvida, as penas alternativas, cujo elenco pode ser encontrado no art. 43 do Código Penal: prestação pecuniária, perda dos bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e eliminação de fim de semana; foi o dispositivo mais prático que o Estado encontrou para responder os questionamentos e as falhas de seu sistema punitivo, substituindo um dispositivo de restrição de liberdade por outros, definindo novas técnicas, colocando novos princípios para regularizar a arte de castigar, ao mesmo tempo em que diminui seu gasto econômico e político e aumenta sua eficácia de punir. (BRASIL, 1940).

Apesar da ideia de não trancafiar indivíduos com penas de curta duração a cumprir, o sistema carcerário brasileiro continua com o problema de superlotação, da ocupação de celas por um alto número de detentos que chegam às vezes a ficar entre as grades para ter contato com o sol e o vento, formando uma espécie de "bazar de carne humana", e com todas as implicações negativas que tal situação pode trazer. Dessa forma, atualmente, cada vez mais autores (incluindo juristas, psicólogos e sociólogos) têm se debruçado sobre a vulnerabilidade da sociedade diante da criminalidade que não é contida com a prisão dos infratores, mas tem partido dos presídios.

Reconhecendo que o atual sistema carcerário abriga desde infratores de pequenos delitos (em sua na maioria, pretos, pobres e putas) até traficantes de alta periculosidade ou mesmo psicóticos, alguns juristas têm discutido e posto em prática uma nova justificativa moral, política e racional do direito de punir através

do sistema de monitoramento eletrônico de presos.

"A cultura é reestruturada ao ceder o protagonismo do espaço público às tecnologias eletrônicas" (CANCLINI, 1998). É a partir desta afirmação que Canclini (1998) argumenta que os grupos populares saem pouco de seus espaços, periferias ou centrais e os setores médios e altos multiplicam as grades nas janelas, fecham e privatizam ruas dos bairros; que a violência e a insegurança pública levam as pessoas a procurar na intimidade doméstica formas seletivas de sociabilidade, fazendo do rádio, da televisão e do computador seu principal meio de informação e entretenimento.

De fato, habitar as cidades transformou-se em se isolar em um espaço próprio, em que as pessoas, pelo medo e falta de segurança, se fecham no interior de suas casas e se protegem com muros altos, grades e câmeras de segurança, e ainda assim acham que o perigo está sempre por vir. Nelas quase toda a sociabilidade e os contatos entre seus habitantes concentram-se em intercâmbios íntimos.

E nesse "admirável mundo novo" que o cinema e a literatura desenham e cristalizam os nossos temores em relação ao futuro. Em 1948, George Orwell escreve sua obra-prima e inverte seu título para "1984". Nela, ele temera que a vida dos cidadãos fosse completamente controlada e violada pela ação de um Estado policial e autoritário, em 1948. Inspirada na opressão dos regimes totalitários das décadas de 30 e 40 (Stalinismo e Nazismo), a obra critica a nivelação da sociedade e a redução do individuo em peça para servir ao Estado total. O protagonista é Winston Smith, que representa o cidadão comum vigiado pelas teletelas e as diretrizes do partido; em 1936, Chaplin expõe a miséria e a mecanização em seu "Tempos Modernos"; em 1968 o cineasta Stanley Kubrick em "2001: uma Odisséia no Espaço" destaca o triunfo da tecnologia sobre os homens; em 1999, dirigido pelos irmãos Wachowski, o filme "Matrix" mostra a luta do ser humano para se livrar do domínio das máquinas, que evoluíram após o advento da inteligência artificial e leva o telespectador a se inquietar diante da informática e sua tecnologia capaz de fabricar realidades; por fim, em 2007, o filme "paranóia", dirigido por D. J. Caruso, destaca o drama do personagem Kale, que fica sob prisão domiciliar por três meses e é o monitorado por uma tornozeleira eletrônica que alerta a polícia caso ele dê um passo além do perímetro de 30 metros. O que a priore parece fácil e tranquilo torna-se uma tortura, pois, ao vê os vizinhos e amigos tendo uma vida livre e normal o rapaz percebe que é um prisioneiro em sua própria casa.

Há um tom profético nessas obras. De certa forma, o futuro assustador anunciado nelas já foi incorporado ao nosso cotidiano e aquilo pensado no campo da ficção tem ocupado espaços na vida real, a prova disso é a vigilância de locais públicos através de câmeras de vídeo (dos circuitos de TV instalados em Ruas, praças, ônibus e outros locais), a identificação biométrica de suspeitos e o monitoramento eletrônico de presos.

A partir da recente popularização das tecnologias eletrônicas de controle da criminalidade, carente de maiores discussões filosóficas, sociológicas e jurídicas quanto à sua utilização, foi que o Brasil publicou a Lei Nº 12.258/10, no Diário Oficial da União em 18/06/2010, que autoriza o monitoramento eletrônico de condenados nos casos de saída temporária no regime semiaberto e prisão domiciliar. (BRASIL, 2010).

Apesar de tal modalidade de controle não ser novidade em outros países, como cita De Luca e Poulastrou (1997):

> [...] estos médotos de vigilancia electronica no Sun nuevos. Distintos países como Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña y Holanda han implementado estos sistemas o al menos han debatido publicamente acerca do su uso. (DE LUCA; POULASTROU, 1997, p. 625).

Nos Estados Unidos, por exemplo, tem se expandido os programas de vigilância que utilizam tecnologia de monitoramento de presos para verificar o cumprimento da prisão domiciliar ou em outras ocasiões como o da atriz norte-americana Lindsay Lohan que foi abrigada a usar pulseira de monitoramento por dirigir embriagada e consumir álcool.

Na Europa, o uso desse sistema também vem ganhando maiores proporções como observa Rodríguez-Magarinos (2005):

> Es um hecho constatado que em los países anglosajones y em los nórdicos se está desarrolando uma irrupción imperable de La cárcel electrónica. Em efecto, La introdicion de los modernos sistemas telemáticas de vigilancia va dando passos agigantados en um processo vertiginoso que va difumando La imagem prototípica que teníamos de um centro penitenciario tradicional. Em Espanha La introducción de lãs nuevas tecnologias (que se está produciendo de una forma abrupta e irregular) cuenta com um notable retraso em relación a los países anteriormente enunciados. Este retroceso es em cierto modo lógico, pues desde el punto de vista tecnológico estamos lejos de sermos reputados um país de vanguardia. (RODRIGUEZ-MAGARINOS, 2005, p. 105-106).

No Brasil, o sistema de monitoramento de presos está sendo feito por meio de equipamentos de sinal eletrônico como pulseiras ou tornozeleiras, os quais ficam em contato com o corpo do sentenciado. Antes mesmo da Lei Nº 12.403/11, os Estados São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Rio Grande do Sul e Paraíba já adotavam o sistema de uso de tornozeleiras ou pulseiras em parte de sua massa carcerária.

10.3 A Lei 12.403/11 e as Medidas Cautelares

Apesar da publicação da Lei Nº 12.258/10, no Diário Oficial da União em 18/06/2010, ter autorizado o monitoramento eletrônico de condenados nos casos de saída temporária no regime semiaberto e prisão domiciliar, a Lei 12.403/11 modificou artigos do Código de Processo Penal, trazendo no inciso IX, do art. 309 do CPP, nova previsão normativa para o monitoramento eletrônico. Sobre essa reforma, nove medidas cautelares alteraram o artigo 319. (BRASIL, 2010; 2011). São as seguintes:

> a) art. 319 […] "Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;" (BRASIL, 1941).

A finalidade da medida acautelatória prevista neste inciso I é fazer com que o acusado fique à disposição do magistrado que a decretou, informando a ele suas atividades laborais, convencendo-o de seu afastamento do mundo do crime e de estar pronto para participar dos atos processuais. Importante lembrar que a Lei dos juizados Especiais, Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, traz em sua redação o comparecimento mensal em juízo. (BRASIL, 1995).

> b) art. 319. […] "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"; (BRASIL, 1941).

O dispositivo não é preciso, pois não especifica os lugares nos que o acautelado poderia frequentar. Quem deduz é a doutrina que cita as proibições do acautelado em participar de torcida organizada em jogos de futebol, evitando brigas com torcidas rivais, frequentar bares, praças, show etc. A medida tem a

preocupação de evitar novas infrações, conforme texto da lei. Sendo assim, a proibição diz respeito ao fato do acusado não frequentar determinados lugares que tenham relação com delito cometido. O dispositivo traz uma medida preventiva para evitar ocorrências futuras e manter a ordem pública.

> c) art. 319. […]
> Proibição de manter contato com a pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (BRASIL, 1941).

A medida tem por objetivo garantir o andamento do processo, pois o acusado sem contato com a vítima e as testemunhas não as intimidaria mudando sua postura sobre a ação criminosa feita por ele. O contato citado na lei não é apenas físico, podendo ser também por qualquer outro meio como telefone, e-mail, informações de terceiros e qualquer outro.

> d) art. 319. [...]
> I- Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
> O objeto desta cautelar é fazer com o indivíduo processado não saia da comarca onde responde processo, pois sua presença é conveniente para a investigação ou instrução criminal.
> II- Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (BRASIL, 1941).

Essa medida cautelar não se confunde com a prisão domiciliar, pois enquanto esta tem um caráter instrumental, a primeira surge como substituição à prisão processual. Convém ainda salientar que o recolhimento domiciliar diverge do recolhimento domiciliar presente na Lei dos Crimes Ambientais (BRASIL, 1998b), pois esta tem um caráter punitivo.

> e) art. 319. [...]
> III- 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; (BRASIL, 1941).

O receio do dispositivo é de que o acusado utilize-se da função pública ou financeira para cometer delitos. Seria por exemplo, o caso de funcionários públicos que podem cometer o crime de peculato ou um diretor de uma instituição bancária que pratique tais condutas.

A medida cautelar do inciso VI trata da suspensão do exercício da função pública ou financeira e não a sua perda, pois esta seria definitiva e só admitida com o trânsito em julgado de sentença judicial.

> f) art. 319. [...]
> IV- Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável; (BRASIL, 1941).

A cautelar em tela tem base em dois aspectos. Primeiro, a hipótese de crimes de violência ou grave ameaça, em que o acusado só terá a internação provisória após o laudo psiquiátrico pericial atestar a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade dele. Segundo, quando houver risco de reiteração quanto ao cometimento da ação, ou seja, crimes praticados com violência e grave ameaça, sendo a lei taxativa em relação aos requisitos de internação provisória. A cautelar de internação provisória tem o objetivo de impedir

a prática dos novos crimes pelos, assim, considerados inimputáveis ou semi-imputáveis.

> g) art. 319. [...]
> V- Fiança, nas infrações que as admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (BRASIL, 1941).

A inovação da cautelar se refere ao pagamento da fiança, independentemente de prisão anterior, pois é arbitrada para garantir o comparecimento do acusado a todos os atos processuais. Cita, ainda, os casos em que a fiança pode ser arbitrada, na fase pré- processual pela autoridade policial, quando a infração penal não tenha pena máxima privativa de liberdade superior a quatro anos.

Para o acusado que paga a fiança são impostas as seguintes condições: comparecimento a atos do processo ou inquérito, quando for intimando; proibição de prática de qualquer ato que obstrua o andamento do processo; não mudar-se sem comunicação e sem permissão previa da autoridade que acompanha o processo e ao fazer tal coisa não ausentar-se por mais de oito dias da residência sem informar a esta; e não cometer nenhuma infração penal dolosa. Caso não cumpra essas condições, a fiança estará quebrada.

> h) art. 309. [...]
> VI- Monitoração eletrônica.
> Essa cautelar, constitui-se no objeto central deste trabalho e tem como característica a utilização de equipamento preso ao corpo do acusado com o objetivo de monitorá-lo, conforme será exposto agora. (BRASIL, 1941).

10.4 Da Cadeia Física a Cadeia Mental

Quem defende a implantação do sistema de monitoramento de presos acredita que esta seja uma maneira de propiciar não só a diminuição da superlotação prisional ou a redução do custo para o Estado, mas, principalmente, de promover uma humanização no cumprimento das penas e a possibilidade dos detentos se ressocializarem em um ambiente de liberdade vigiada, pois eles seriam controlados numa situação de dignidade e respeito à integridade humana e, em contato com a sociedade, os monitorados poderiam, de fato, ser integrados a ela.

No entanto, no campo do Direito diversos fatores têm sido levantados e variam desde problemas técnicos em experiências realizadas, pois os sistemas em vigor apenas indicam se a pessoa está ou não no local determinado, não indicando os movimentos dessa pessoa nele, até problemas de outra índole, como as ameaças às liberdades e garantias individuais.

No campo da sociologia indicam-se outros fatores que devem ser considerados. Fatores que podem pôr em dúvida a pretensa facilidade de ressocialização dos monitorados e nos mostram que com o sistema de monitoramento de presos ocorre uma mudança das estratégias de controle que sai da prisão física e entra na prisão mental.

Primeiro fator, o uso do monitoramento eletrônico se constitui numa forma de controle maior e mais poderoso que a tradicional prisão, pois é um controle que fiscaliza o corpo livre e "aprisiona a alma". O individuo monitorado não tem apenas a sua localização vigiada, mas seus movimentos, suas ações como ingerir bebida alcoólica, usar drogas. O Estado segue todos os passos, dita quando e onde ele pode ir, participa de suas práticas como fazer compras, ir à igreja, ao hospital ou qualquer outra atividade recreativa.

O sistema de monitoramento de presos se constitui numa versão moderna do estabelecimento carcerário panóptico imaginado pelo pensador inglês Jeremy Bentham (1748-1832) de onde consegue o máximo de controle sobre toda atividade diária do indivíduo, com o mínimo de esforço. Nesse sentido afirma Foucault (1997):

> O efeito mais importante do panóptico: induzir no detento um Estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente sem seus efeitos, mesmo se é descontinua em sua ação; que a perfeição do poder tenta a tornar inútil a atualidade de seu exercício, que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce; enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder que eles mesmos são os portadores (FOUCAULT, 1997, p. 166).

Para Foucault, a prisão não é apenas a sua materialidade física, mas uma racionalidade que a define como a forma predominante de organização das sociedades modernas. De fato, o monitoramento eletrônico se constitui numa cadeia mental e não física e traz para o detento procedimentos de exclusão: a proibição e o tabu; o isolamento social e a rejeição a partir do controle das suas atividades e das limitações impostas.

Então o que vai se definindo não é só o respeito pela humanização das penas, mas uma vigilância penal mais atenta eficiente para ao aparelho punitivo. São mecanismos de poder que se encarregam de vigiar o comportamento cotidiano das pessoas, sua identidade, atividades e até ações aparentemente sem importância.

O monitoramento de presos é um mecanismo eficiente para o Estado, pois além de tirar as atenções do seu sistema carcerário ineficaz, traz uma eficácia em que "importa estabelecer presenças e ausências, saber onde e como encontrar os indivíduos, instaurar as comunicações úteis, interromper as outras, poder a cada instante vigiar o comportamento de cada um, apreciá-los, sancioná-lo, medir as qualidades ou os méritos. Procedimento, portanto, para conhecer, dominar e utilizar" (FOUCAULT, 1997, p. 123) e isso se concretiza a partir de um discurso que faz com que o castigo seja visto não só como natural, mas interessante para aqueles que estão sob a custódia do Estado e para a própria sociedade.

Segundo fator, em nossa sociedade falar em ressocialização é mais fácil que realmente a pôr em prática, uma vez que muitos egressos quando identificados com a marca da condenação não tem têm acesso a trabalho ofertado. Dessa forma, alguns autores defendem que a ressocialização constitui um processo de persuasão contínua que tem como objetivo a interiorização das normas aceitas e compartilhadas pelo grupo a qual pertence. Torna-se assim útil orientar o cumprimento e execução do castigo imposto ao infrator, de tal modo que reflita na sua "recuperação". Quando a prática da ressocialização o Estado ainda não dá a merecida orientação e assistência aos que estão sendo monitorados, pois a pretensa ressocialização só é concretizada jogando o individuo no meio do grupo e ditado os limitas que terá nele. A Lei não fala de qualquer medida que o Estado possa tomar para promover a reintegração do egresso, apenas cita os deveres que o condenado deverá adotar para usar o dispositivo, entre eles estão: receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, assim como responder a seus contatos e orientações; abster-se de remover-se, de violar, de modificar, de danificar o dispositivo que o monitora; não deve frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos semelhantes e etc. Como observa De Luca e Poulastrou (1997):

> Uma cosa es crear una nueva pena, o uma nueva forma de ejecutar La libertad antecipada, mediante um simple control periódico, y no intensivo, por El cual El condenado deba dar cuenta de algunos actos de su vida. Em estos casos se lo trata como um sujeito autodeterminable, responsable de sus actos, capaz de elegir entre "El bien y El mal", y de decidirse todos los dias y de decidirse todos los dias y em cada momento por El respeito de lãs normas y los derechos de terceiros.
> Outra muy distinta es entrometerse em El processo interior de esa eleccíon individual y coaccionario a La elección esperada. Em realidad, em estos casos se obsta a La libre eleccíon porque El sujeito no La toma por próprio convencimiento, sino porque necesariamente será descubierto. Si se Le coloca um dispositivo por El cual em todo momento se pueda saber que está haciendo (lugares donde se encuentra, si consume alcohol o tóxicos, si tiene relaciones íntimas, etc. su decisíon de cumprir lãs regias compromisorias no será voluntária. Y la consecuencia no es baladí, sino que vigilância, nada haja cambiado para El em su reglas. Es muy difícil enseñarle a vivir em liberdad a uma persona de esse modo. (DE LUCA; POULASTROU, 1997, p. 659-660).

Terceiro fator, o uso do sistema de monitoramento de presos traz uma antecipação da lei à realidade existente. "O legislador levado pelo idealismo de pôr o país em dia com as conquistas da civilização, antecipa as instituições e prevê soluções que naufragam num meio hostil, acanhado e despreparado". (CAVALIERI FILHO, 1998). O legislador vê algo que funciona muito bem em certos países com maior avanço técnico e "maturidade" social e quer implantar no nosso país, mas não consegue, pois não há suporte social. O legislador ao elaborar a lei deve fazê-la com base na realidade da sociedade.

Dizer apenas que o sistema já é utilizado em outros países e tem funcionado com eficácia não é uma boa justificativa, pois vivemos em um país de contradições históricas e sociais, em que as ideias importadas são enquadradas em uma conjuntura oposta ao plano inicial. Afinal, não transcrevemos parte da Declaração dos Direitos Humanos em nossa Constituição de 1824 enquanto continuava existindo a escravidão? Não queríamos criar um Estado burguês moderno sem romper com as relações clientelísticas? Não escrevemos a letra do nosso Hino da República pleno em emoções progressistas, mas despreocupada de sua correspondência com a realidade? Estabelecemos a República Federativa com a união perpétua e indissolúvel das antigas províncias (art.1º da CF, 1891) ao mesmo tempo, permanecia, na política, as práticas de um Estado Único (art. 1º, da CF, 1824)? Foi dado o direito de voto às mulheres (art. 108, da CF, de 1934), numa sociedade dominada pelos homens? (BRASIL, 1824; 1891;1934).

Essa contradição entre as ideias importadas e nossa realidade nos faz lembrar o texto de Roberto Schwarz na introdução a seu livro sobre Machado de Assis, ao vencedor as batatas, O artigo "as ideias fora do Lugar". Realmente no Brasil as ideias que vêm da Europa ou mesmo Estados Unidos parecem "virar de cabeça para baixo ao passar pelas ondas do mar".

Num país onde a Carta Maior tem inúmeros dispositivos que ainda não passaram da folha de papel, tais como justiça social, valorização do Trabalho (art. 170 e incisos), respeito à dignidade da pessoa humana, assistência integral à saúde da criança e do adolescente (art. 227, §1º), função social da propriedade, valorização dos profissionais do ensino (art. 205 e 206, I, V) não é de se esperar que a importação de um novo modelo de controle de preso e que a lei que regula ele também não seja cumprida ou fique sem validade. (BRASIL, 1988).

Para isso é necessária a elaboração de leis que representem a vontade social e interesse coletivo, mas inserida em nossa realidade. O sistema de monitoramento pode funcionar bem nos Estados Unidos, Alemanha, Holanda e outros países, mas sua implantação em nossa sociedade requer uma série de

questionamentos: a) nossa sociedade tende a isolar aqueles que ela teme ou não aceita em seu meio e como cita Pedro Scuro Neto:

> Isolado, o individuo deve vivenciar a própria impotência diante da férrea objetividade dos mecanismos de controle aplicado é compelido a experimentar uma sensação física e moral, profunda e peculiar, uma dualidade, um sentimento de estar sempre olhando para si mesmo através dos olhos dos outros e medindo a própria alma com a fita métrica do mundo que o encara e atemorizada, com desprezo ou piedade. (SCURO NETO, 2009, p. 220

Em nosso país, onde o status social serve para excluir e estabelecer hierarquias, caso um indivíduo que tem prestígio social e político seja obrigado a usar tal dispositivo, o tratamento dado a ele não será o mesmo para os demais que usam, se o ditado popular que diz que no Brasil "a prisão é para preto, puta e pobre" for verdade, então as tornozeleiras usados por algum indivíduo de status social elevado talvez não emitam seus sinais de localização.

Quarto fator é a estigmatização que a pulseira ou a tornozeleira pode trazer sobre o corpo do monitorado, pois o aparelho não deixa de ser uma marca que diz de onde o cidadão vem.

A ideia de que o equipamento é pequeno podendo ser facilmente encoberto é falsa e devemos lembrar que muitos egressos do sistema penitenciário não têm sequer roupas para cobrir o dispositivo, que mesmo oculto haverá situações em que o equipamento será visto, sendo, portanto o constrangimento e a humilhação inevitáveis. Segundo Cavalieri Filho:

> Há em todo indivíduo, fruto de condicionamentos sociais, um sentimento acerca do certo e do errado, do bom e do mau, do justo e do injusto. É em razão disso que, mesmo sem ter nunca ter estudado direito ou tocado a mão em um compêndio de leis, frente a determinadas circunstâncias, as pessoas afirmam com veemência: isto é uma injustiça, isto é justo, é certo etc. (CAVALIERI FILHO, 1998. p. 183).

Jogar o monitorado, que traz a marca da pena estigmatizada em seu corpo e com ela a lembrança do crime que cometeu, numa sociedade que segrega o transgressor social, trazendo sanções do tipo desconsideração social, cuja variação vai da reprovação à marginalização por parte do grupo que não acredita nas leis e tem sede de justiça, chegando às vezes a exercer um controle informal mais radical que o controle formal, exemplo dos linchamentos; é desconsiderar o choque e os conflitos que o encontro entre os presos monitorados e a sociedade pode trazer. Pois, de um lado, encontra-se o grupo social que não confia, perdoa ou aceita qualquer individuo que cumpriu ou cumpre pena em seu meio. O exemplo disso é a recusa em ofertar empregos, a desconfiança diante de pequenos furtos quando o ex-presidiário está presente, as nomeações como "o albergado" ou o "apenado" que apaga o nome daqueles que cumprem penas e estão no meio social.

Por outro lado, o monitorado caminhando em um mundo de exclusões, nomeações e desconfiança, que diferentemente daqueles que cometeram crimes e já cumpriram a pena não podem dizer: "paguei minha dívida com a sociedade e estou livre". Que podem até encontrar o apoio na família, estarem cumprindo penas longe das celas fétidas, superlotadas e propicias ao contágio de doenças infectocontagiosas como hanseníase, tuberculose ou sexualmente transmissíveis[28]; mas sem emprego, a aceitação popular ou preparada para o convívio social poderá voltar a transgredir e serão conduzidos para os presídios.

28 Segundo o Ministério da Saúde, a tuberculose é uma doença negligenciada, com alta taxa entre as populações pobres. E entre as populações mais vulneráveis estão os presidiários com 40 (quarenta) vezes mais possibilidades de contágio. (BRASIL, 2002).

Além do mais apesar da mudança a respeito dos fins da pena, em que se procura hoje fazer da pena um mecanismo de defesa social, assumindo uma função preventiva. Não sendo mais a pena um mero castigo ou punição, mas sim um meio de reeducação e ressocialização do preso. A sociedade quer resposta aos crimes cometidos é extremamente vingativa, questiona quando determinados indivíduos são presos e depois de pouco tempo libertados.

Há também a discriminação institucional em que os agentes do Estado, como a polícia, não estão preparados para receber com respeito àqueles que cumprem ou cumpriram pena.

Quando Foucault (1997) estudou os hospitais psiquiátricos e os tratamentos dados aos presos, ele percebeu que nestas instituições os limites do direito de vigilância e punição nas instituições psiquiátricas extrapolavam o próprio ordenamento jurídico do Estado. Que nas instituições públicas e privadas os indivíduos sofriam uma coercitividade criada a partir das características de um poder próprio, ou seja, que extrapola as ideologias e repressão do Estado.

O problema, como se percebe, é complexo, não comporta soluções simplistas, paliativas e imediatas. É necessário enfrentá-lo em toda a sua extensão e, para tanto, é preciso considerá-lo sob dois aspectos: o dos resultados e o dos efeitos da presença dos presos monitorados no meio da sociedade. Mas, no Brasil, tende-se a resolver problemas elaborando leis, sem, todavia, executá-las ou cumprir o editado nelas, faz-se uma grande propaganda, organiza-se uma imensa demagogia, anuncia-se que o problema está resolvido e parece acabar nisso.

10.5 A Guisa de Conclusões

Ao ler sobre a inspiração de Jack Love para a criação do dispositivo eletrônico de vigilância no personagem dos quadrinhos, o homem aranha, pode-se lembrar também de uma famosa série estadunidense, "a caverna do dragão", do criador Ernest Gary Gygax, que narra as aventuras de quatro garotos e duas meninas (Hank, Eric, Presto, Diana, Sheila e Bobby) numa terra de fantasias, após um passeio de montanha-russa. A série traz um episódio de nome "Prison Without Walls" (prisão sem muros) em que, na procura do caminho para casa, os personagens encontram um povoado de gnomos escravizados, e a única saída é encontrar o mago Luckian no Pântano das Lágrimas. O referido mago foi aprisionado em seu próprio corpo, na forma de monstro, pelo malvado "Vingador", não podendo falar, nem fazer as funções anteriores.

Inserir os presos monitorados em nossa sociedade extremamente hierarquizada pelos padrões sociais, que promove a diferenciação contínua e sistemática dos iguais, onde pessoas desejam impor de forma cabal e definitiva seu poder e somos movidos por hábitos contraídos, preconceitos e tendências; é transformar Luckians em monstros aprisionados em seus corpos, excluídos no meio social e sem oportunidade de participação.

Com a emergência dos equipamentos modernos de vigilância e da crise do sistema penitenciário tradicional, marcado pelas fugas, rebeliões, mortes, superlotação, aumento de doenças infectocontagiosas e péssimas condições de estadia o Estado põe em prática novas leis estratégias de controle para aqueles que estão sob tutela do Estado e o monitoramento de presos é indicado como uma solução para diminuir tais problemas.

Mesmo ciente da atual situação do sistema prisional brasileiro, este trabalho questiona a viabilidade do sistema de monitoramento eletrônico de presos. Sendo no Brasil a LEP, é o principal instrumento que

estabelece as diretrizes para cumprimento das penas, qualquer que seja o regime, o governo em vez de implantar sistemas em vigor em outros países deveria centralizar os esforços para cumprir o que está escrito na lei pátria. (BRASIL, 1984). No campo da Execução penal deveria pôr em prática o previsto no art. 12, da LEP, que trata da assistência material ao preso com o fornecimento de alimento, vestuário e instalações higiênicas; no art. 14, da LEP, que trata da assistência a saúde do preso com o devido atendimento médico, farmacêutico e odontológico; no art. 17, da LEP, que trata da assistência educacional com a instrução escolar e a formação profissional do preso e do interditado; no art. 22, da LEP que trata da assistência social, com a finalidade de amparar o preso e o interditado e prepará-los para o retorno a liberdade e dos direitos previstos nos arts. 40 a 43 da Lei de Execução Penal. (BRASIL, 1984).

Solucionar os problemas do sistema prisional brasileiro é, sem dúvida, necessário e deve ser pensado como medida prioritária de qualquer governo, mas deve-se lembrar de que o problema não se concentra no topo, a redução da criminalidade repercute na redução da população carcerária. Para isto são necessárias medidas sociais duradouras e não medidas paliativas que tragam ações preventivas e pontuais destinadas a priorizar áreas problemáticas, onde crianças e jovens são expostos e influenciados ao crime; aplicar intervenções e apoio de forma integrada nas instituições básicas da sociedade (família, escola, igreja) e na comunidade, visando prevenir e combater o crime, promover um tratamento intensivo para crianças e jovens em situação de risco; tirar do papel os projetos de combate ao narcotráfico e ao crime organizado e questionar os interesses por trás de uma sociedade criminógena.

O sistema de monitoramento eletrônico reflete o descrédito do sistema prisional, mas não deixa também de ser um desdobramento de uma política neoliberal que tenta mascarar os sérios problemas de uma estrutura prisional decadente com novas estratégias de controle.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 1993.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Conselho de Estado, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto Nº 678, 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF 9 de nov. 1992. Disponível em: <ww http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Decreto-Lei Nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] União**, Rio de Janeiro, 31 de dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei Nº 3.689, 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] União,** Rio de Janeiro, 13 de out. 1941. Disponível em: <ww.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Lei Nº 12.258, de 15 de junho de 2010. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de jun. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. Lei Nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 de maio 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 de set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. Lei Nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código de Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 26 de nov. 1998a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9714.htm>. Acesso em: 16 set. 2016.

_____. Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 13 de fev. 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 16 set. 2016.

_____. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 de jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

_____. Ministério da Saúde. **Manual técnico para controle da tuberculose:** cadernos de atenção básica. Brasília: MS, 2002.

CANCLINE, Nestror Garcia. **Culturas híbridas**: estratégias para entrar e sair da modernidade. 2. ed. São Paulo: Edusp, 1998.

CASTRO, Flávia Lages. **História do direito.** 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de sociologia jurídica:** você conhece? 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRUZ, Walter Rodrigues da. **As penas alternativas no direito pátrio**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

DE LUCA, Javier Augusto; POULASTROU, Martin. Libertad vigilada por monitoreo eletrónico. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, Buenos Aires, n 7, p. 651-663, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

RODRIGUEZ-MAGARINOS, Faustino Gudín. Cárcel electrónica: de La carcel física e la cárcel mental. **Revista Poder Judicial**, n. 79, p. 105-106, 2005.

ROSA, F. A. de Miranda. **O fenômeno jurídico como fato social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral e jurídica.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPÍTULO 11

A ATUAÇÃO DOS PEACEKEEPING NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS INTERNACIONAIS: O CONFLITO NA MACEDÔNIA, A INTERVENÇÃO PREVENTIVA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Olívia Maria Cardoso Gomes

11 A ATUAÇÃO DOS PEACEKEEPING NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS INTERNACIONAIS: O CONFLITO NA MACEDÔNIA, A INTERVENÇÃO PREVENTIVA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Olívia Maria Cardoso Gomes[29]

11.1 Introdução

Os conflitos dos anos noventa na região dos Balcãs foram marcados por aspectos de nacionalidade, etnia, religião e a vontade de escapar ao domínio sérvio. Na Macedônia, a proclamação de independência, em 1991, despertou os países vizinhos para a iminência da afirmação do nacionalismo macedônio e intensificou os nacionalismos das minorias étnicas preexistentes dentro do território da Macedônia.

A tensão entre nacionalistas macedônios e minorias de outras etnias, principalmente a albanesa, passou a ter maior evidencia após a autoproclamação da Macedônia independente e era bastante suscetível a tornar-se mais um grande conflito na região, à semelhança do conflito na Bósnia-Herzegovina e Croácia.

Todavia, os esforços da comunidade internacional para prevenir o conflito e, especificamente, das Nações Unidas que, pela primeira vez formou uma missão de peacekeeping com mandato expressamente preventivo, se mostraram eficazes para evitar efetivamente o aumento das tensões no local.

Neste artigo pretende-se abordar as causas dessas tensões internas na Macedônia, a atuação das intervenções internacionais, principalmente a das Nações Unidas, bem como analisar os aspectos cruciais para o bom resultado da intervenção, quais sejam, o de conseguir prevenir um conflito cuja ocorrência era de se esperar, e consequentemente, garantir a manutenção da paz e segurança internacionais - um dos objetivos da Organização Internacional enunciados na Carta da ONU - e proteger direitos humanos elencados em vários instrumentos internacionais de proteção de direitos, principalmente na Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas, em 1948.

11.2 Breve Histórico da Independência da Macedônia

Antes de qualquer cogitação sobre uma área predominantemente ocupada por eslavos do sul, na península balcânica, é certo ter havido um reino macedônio, meio grego, responsável, a partir de Filipe, por uma vasta difusão de cultura grega a oriente. E, para alguns saudosos puristas da democracia de matriz ateniense, um perigo a ser evitado. Não houve, contudo, segundo registra a história fartamente, êxito na detenção da expansão Macedônia levada a extremos pelo discípulo de Aristóteles.

Posteriormente, a região constitui-se em província romana e, sucessivamente, em parte do Império Bizantino. A conquista Otomana instala-se em toda a região antes bizantina e põe-na sob soberania do vasto Império Turco Otomano, triunfante sobre Constantinopla. Já anteriormente ao estabelecimento Otomano, a região assiste à chegada e fixação de populações eslavas, a partir dos séculos VI e VII, nomeadamente a partir do que hoje é a Bulgária (BURNS, 1977, p. 283).

Caracterizam-se esses grupos macedônios eslavos muito fortemente pela adoção do Cristianismo Ortodoxo, dominante nas populações de origens gregas e eslavas, tanto ao norte, quanto ao sul da atual Macedônia. Essa identidade religiosa torna-se muito marcante como elemento identificador de alguma

29 Professora da Faculdade Reinaldo Ramos-FARR. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho-UM. Advogada

resistência e diferenciação com relação ao domínio Otomano.

A desintegração dos Impérios Otomano e Áustro-Húngaro encontram-se, por seu turno, já avançada à era contemporânea, na raiz das tentativas de constituição de um país congregante dos eslavos do sul, sob o nome de Iugoslávia. Esses movimentos unificadores foram conduzidos majoritariamente pelos sérvios, em contraposição aos interesses búlgaros na mesma região (ALVES, 2004).

É certo que os sérvios, croatas e eslovenos tiveram algum êxito na formação do Reino, em 1918, imediatamente ao término da primeira grande guerra. Este, posteriormente, veio a ser o Reino da Iugoslávia, a partir de 1929, sendo a região geograficamente constituinte da atual Macedônia parte integrante do reino, como integrante que se considerava da Sérvia. Com efeito, sempre se observa um forte predomínio – ou, pelo menos, a disposição para tanto – sérvio nas iniciativas de união dos povos eslavos do sul.

Como já ocorrera em oportunidades precedentes, os grandes conflitos europeus e mundiais, com suas inevitáveis e vastas consequências geopolíticas, outra vez desestruturaram a frágil harmonia política do Reino da Iugoslávia. Após a segunda grande guerra mundial, as circunstâncias de larga adesão de croatas e eslovenos ao nazi-fascismo – e também do clero católico romano lá predominante – inspiraram cuidados e anunciaram novas dificuldades na manutenção da unidade iugoslava. Ademais, a monarquia aderira formalmente ao Eixo, não obstante essa não se constituísse propriamente a opção dominante nas classes urbanas, notadamente em Belgrado.

Ainda durante a segunda grande guerra iniciou-se a fragmentação Iugoslava, a partir da invasão do território pelas forças da Alemanha. Como seria razoável supor-se, finda a beligerância, os grupos que aturam na resistência apresentaram-se como os possuidores de legitimidade para a assunção dos destinos políticos do país, sob a persistente e longeva direção do Marechal Josip Tito, um croata (RÉMOND, 2009, p. 390).

Formou-se então a República Popular Federal da Iugoslávia, ainda em 1946 e, em 1963, a República Socialista Federal da Iugoslávia (RÉMOND, 2009, p. 391). A modelagem de estado federal revelou-se apta a manter a unidade iugoslava até a morte de Josip Tito, o que, por outro lado, permite entrever que talvez esta personalidade tenha sido mais decisiva ainda que a forma estatal federativa.

As primeiras defecções à república federal partiram da Eslovênia e da Croácia, não sem conflitos e tentativas de interveniência da Europa e dos Estados Unidos da América, que afinal revelaram-se menos eficazes que à primeira vista supunha-se. Seguiu-se um evidente e até certo ponto previsível movimento centrífugo com relação às pretensões centralizadoras da Sérvia.

A Macedônia viu chegar sua vez de proclamar independência da já esfacelada Iugoslávia em 1991, na sequência de uma consulta popular que levou dois terços dos votantes a proclamarem seu desejo independentista. Sucedeu-se ao resultado desta consulta a proclamação formal de independência pela Assembleia da República da Macedônia. Já em 1993, encontrava-se reconhecida pela ONU como Antiga República Iugoslava da Macedônia e em 1994 pelos países da União Europeia, a exceção da Grécia (ALVES, 2004).

Entretanto, esta independência não foi logo reconhecida internacionalmente devido à resistência da Sérvia e da Grécia. No que se refere à Sérvia, esta somente reconheceu a Macedônia como Estado independente em 1996, e esta resistência deveu-se a suas ambições de ser o centro da comunidade dos eslavos do sul, formando a "grande Sérvia".

As políticas nacionalistas de Belgrado encorajaram os sérvios que viviam na Macedônia a aumentar suas reivindicações junto ao governo de Skojpe, chegaram a declarar sem êxito sua própria republica Sérvia

dentro do território macedônio a certa altura (ACKERMANN, 1999). O fato é que a Sérvia, a despeito das tentativas de desestabilizar o governo macedônio, findou por não ter condições práticas de intervir no processo de reconhecimento da Macedônia como um Estado independente em razão de estarem envolvidos diretamente no conflito na Bósnia-Herzegovina.

A Grécia também opôs resistência à independência da Macedônia porque se sentiu ameaçada pelo uso por parte do Estado macedônio do termo "Macedônia" – razão pela qual o Estado passou a se chamar Antiga República Iugoslava da Macedônia - e de símbolos que consideravam serem seus, a saber, a bandeira e a moeda. Para além do não reconhecimento da independência da Macedônia, em 1994 a Grécia também impôs um embargo comercial destinado a proibir o comércio, especificamente através do porto de Tessalônica, de produtos originários, em proveniência ou com destino à Macedônia, bem como a importação na Grécia de produtos originários ou em proveniência desta república. Tal embargo provocou um grande impacto econômico na Macedônia e penalizou as populações, sobretudo as que já eram mais pobres (AKHAVAN; HOWSE, 1995).

Por fim, o governo grego percebeu que o embargo era economicamente prejudicial para si, além de ser impopular com a comunidade econômica grega, de forma que retirou o embargo em questão (TRANCA, 2008, p. 25) em outubro de 1995, por meio dos esforços das Nações Unidas e dos Estados unidos da América (ACKERMANN, 1999). Na sequência, a Grécia reconheceu a independência da antiga República Jugoslava da Macedônia.

11.3 Origem do Conflito

No contexto da independência é que fica latente as divergências entre etnias já existentes na Macedônia antes da proclamação da independência. Em 1991, data da mencionada proclamação, a Macedônia tinha 1.9 milhão de habitantes, sendo 65% destes macedônios, 23% albaneses e o restante sérvios, turcos, valacos e ciganos (TRANCA, 2008, p. 180).

Os albaneses, maioria dentre as minorias habitantes do território, sentiam-se discriminados pelos eslavos macedônios. As principais queixas da minoria albanesa referiam-se a preconceito dos macedônios e das políticas governamentais do Estado Macedônio. Exigiam, portanto, um número proporcional de albaneses nos serviços militares, nas funções públicas, na imprensa estatal, além de desejarem uma maior autonomia na cultura e educação públicas, bem como, que a língua albanesa fosse oficialmente reconhecida como a segunda língua oficial da República da Macedônia.

Segundo Ackermann (1999), muito dos conflitos entre albaneses e macedônios foram estimulados pela desconfiança e pelo desentendimento entre os dois grupos, além do fato de constituírem duas sociedades distintas, com diferentes tradições, costumes, culturas e religiões. E, de fato, a incompreensão somada aos nacionalismos exacerbados formavam o quadro dos conflitos étnicos dentro da região da Macedônia.

Atos discriminatórios contra os albaneses tornaram maior a possibilidade de um conflito de grandes proporções na Macedônia. Em 1988, o governo macedônio utilizou políticas claramente segregadoras de controle de natalidade contra os albaneses. Com receio de que a população albanesa em seu território aumentasse, o governo limitou a concessão do benefício de seguro de saúde a dois filhos de famílias albanesas; caso uma família tivesse um terceiro filho, a este já não estaria assegurado tal benefício (AKHAVAN; HOWSE, 1995).

O receio dos macedônios consistia especificamente na possibilidade de que com o aumento do número de albaneses fosse realizada uma maior pressão destes ao governo para conseguir autonomia em relação à Macedônia ocidental – habitada por albaneses - ou a junção desta região com territórios albaneses, semelhante às demandas dos albaneses kosovares. A divergência étnica acirrou-se quando a Constituição de 1991 da autoproclamada Macedônia independente descreveu-se como um "Estado nacional macedônio", suscitando a queixa dos albaneses e de outras minorias étnicas que acusavam o Estado macedônio de considerá-los cidadãos de segunda classe.

A constituição de 1991 garantiu alguns direitos aos não-macedônios, nomeadamente igualdade para as minorias étnicas. Entretanto, ao estabelecer a Macedônia como um "Estado nacional do povo macedônio que assegurará a igualdade para os albaneses, turcos, valacos e ciganos de etnia Roma como cidadãos de coexistência permanente com o povo macedônio" a constituição findou por desagradar estas minorias étnicas que, por suas vezes, alegavam ser aquele um Estado monoétnico (KOINOVA, 2008).

Ainda no que se refere a estas reclamações, o artigo 19, número 3 da constituição da Macedônia mencionava expressamente o nome da "igreja ortodoxa da Macedônia" e referiam-se às demais religiões como "comunidades e grupos" (KOINOVA, 2008), o que foi considerado um ato discriminatório pelas minorias étnicas, principalmente pelos albaneses, cuja religião predominante é a islâmica.

Na seqüência dos acontecimentos, o "Macedonian Revolutionary Organization-Democratic Party of Macedonian National Unity", ou VMRO-DPMNU, maior partido político macedônio, passou a exercer pressão ao governo da Macedônia no sentido de que fossem evitadas quaisquer inclinações às demandas apresentadas pelos albaneses, o que fez com que a tensão interna se intensificasse (KOINOVA, 2008).

Outro fator a ser considerado no que tange a intensificação da tensão entre etnias na Macedônia diz respeito ao fato de que em novembro de 1992 um jovem albanês foi assassinado por um policial em um centro comercial em Skojpe, o que levou alguns albaneses revoltados com a situação a agredirem fisicamente o policial em questão (ALVES, 2004).

Além destes fatores, outra questão a ser resolvida entre albaneses e macedônios residia na educação. A despeito dos albaneses poderem estudar em suas línguas maternas nas escolas públicas durante os ensinos primários e secundários, eles não o poderiam fazer nas universidades, de forma que uma de suas reivindicações era a de uma universidade pública em língua albanesa.

A rejeição inicial do governo macedônio somado ao fato de que a Universidade de Prishtina em Kosovo havia sido fechada em 1989 porque os universitários nacionais em Skojpe e Bitola só ensinavam em língua macedônia, fez com que os albaneses no período de 1994 a 1995 criassem uma estrutura semi-paralela, a Universidade de Tetovo, com aulas em língua albanesa.

Os albaneses tinham o objetivo de obter o reconhecimento por parte do governo de sua condição de terceira universidade pública da Macedônia. O governo macedônio não concedeu à instituição o status de universidade pública e, por consequência, declarou sua ilegalidade. Contudo, a despeito do não reconhecimento, a Universidade foi aberta em fevereiro de 1995 sob ameaça de resistência com armas e granadas por parte do reitor da instituição, caso a polícia interviesse na ação. A polícia prendeu os organizadores da Universidade, razão pela qual ocorreu um conflito aberto que culminou na morte de um estudante albanês e deixou vinte deles feridos (LUND, 2009, p. 181).

Para além destas divergências, a Macedônia também queria evitar o mercado negro e o contrabando de armas que era praticado na fronteira com a Albânia, além de temer a chegada em massa de albaneses

originários deste país à vista das dificuldades econômicas lá vividas.

O fato é que após a proclamação da independência da Macedônia os nacionalismos ativos das minorias étnicas da região se acentuaram. Isto levou os nacionalistas étnicos macedônios a temerem as movimentações de albaneses que tencionavam fugir do conflito que estava acontecendo no Kosovo, já que a chegada destes representaria o aumento da população albanesa da região, e, consequentemente, o aumento da conflituosidade interna. Também os conflitos dos anos noventa na região, nomeadamente os da Croácia, Bósnia-Herzegovina e Kosovo, acabavam por estimular um conflito étnico na Macedônia (TRANCA, 2008, p. 25). Todos estes fatores fizeram com que o governo macedônio entendesse ser necessário proteger suas fronteiras com a Albânia, Kosovo e Sérvia a fim de evitar o contágio dos conflitos destes países no que toca a levar os conflitos étnicos internos a maiores proporções.

11.4 Intervenções no Conflito

Em 1992, o Presidente da Macedônia, Kiro Gligorov, temendo o aumento das tensões internas, requisitou à Comunidade Internacional a presença de observadores para monitorar a fronteira com a Sérvia. Tal preocupação deveu-se ao fato de que o Estado macedônio não contava com forças armadas, nem equipamentos militares, uma vez que estes ficaram todos com a Sérvia quando da desintegração da Iugoslávia.

11.4.1 OSCE – Organização para a Segurança e Cooperação na Europa

Atendendo ao pedido do Presidente Gligorov, o Presidente George Bush recomendou que a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) formasse missões de observadores na Macedônia, Kosovo e em outras áreas de conflito para desestabilizar as tensões étnicas e informar constantemente à Comunidade Internacional sobre a conflituosidade na região.

Em setembro de 1992, o conselho de ministros da OSCE autorizou uma missão para a Macedônia com o objetivo de monitorar as fronteiras do norte do país, ou seja, as fronteiras com Sérvia e Kosovo. Esta foi a primeira intervenção da Comunidade Internacional na Macedônia com mandato expressamente preventivo.

O trabalho de prevenção da OSCE consistia basicamente em: manter uma missão permanente em Skojpe e uma missão periódica de colheita de dados realizada pelo Alto Comissariado para Minorias Nacionais – instituição que trabalha na prevenção de conflitos étnicos (ACKERMANN, 1999).

O mandato original da Missão da OSCE destinava-se ao monitoramento externo das fronteiras e ao monitoramento das condições internas do país, atentos a qualquer fato que pudesse vir a afetar sua pouca estabilidade e segurança. Muitas das missões de monitoramento de fronteiras foram, posteriormente, assumidas pelas Nações Unidas, de modo que a OSCE passou a dedicar-se às questões internas do país.

Estes trabalhos internos consistiram em encontros com líderes de partidos políticos, representantes de uniões trabalhistas, jornalistas e líderes de comunidades, bem como em visitas regulares a cidades e vilas com o intuito de dirimir tensões étnicas, violações às minorias étnicas e outras tensões sociais (ACKERMANN, 1999).

Segundo Ackermann (1999), o alto-comissário das Minorias Nacionais, Max Van der Stoel, desenvolveu um importante papel para a diplomacia preventiva na região da Macedônia. No período compreendido entre 1993 e 1995, o alto-comissário realizou visitas no país para analisar um vasto número de assuntos instáveis, tais como requerimentos de cidadania, programas de televisão e rádio para as minorias étnicas, representação profissional dos albaneses e direitos à educação e ao uso da língua albanesa.

11.4.2 Intervenção da Organização das Nações Unidas

A Carta da ONU, assinada em São Francisco, em 1945, documento por meio do qual foi criada a Organização Internacional, dispõe, em seu art. 1º, nº. 1, que um de seus objetivos será a manutenção da paz e segurança internacionais, por meios pacíficos e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional. Com efeito, segundo as normas da Carta, a primeira medida diante de um possível conflito ou de um conflito já instalado será a utilização de meios pacíficos para sua solução, a saber, "negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a organismos ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico" (art. 39). Excepcionalmente, o Conselho de Segurança poderá autorizar o uso da força para fins de dissolução do conflito, nomeadamente nas hipóteses dos art. 41 e 42. Tais medidas podem consistir na interrupção das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas (art. 41).

No que tange aos vários conflitos instalados pelo mundo na década de 90, a ideia de utilização eficaz da diplomacia preventiva pelas Nações Unidas em áreas vulneráveis a conflitos havia sido enfatizada há pouco tempo, em 1992, na Agenda para a paz da ONU pelo Secretário-Geral Boutros Ghali.

Em novembro de 1992, o presidente da Macedônia requisitou às Nações Unidas a presença das forças de peacekeeping no país com a finalidade de defender o frágil exercito macedônio (LUND, 2009, p. 191).

Atendendo ao pedido do Presidente Gligorov, o Conselho de Segurança da ONU autorizou, por meio da Resolução Nº 795 de dezembro de 1992, a presença de uma extensão da UNPROFOR – United Nations Protection Force - presente na Croácia, pelo período de doze meses na Macedônia para assegurar a independência recém-conquistada do país e evitar confrontos com a Sérvia na fronteira dos dois países (PINTO, 2007, p. 206).

A UNPROFOR ganhou um reforço em seu contingente em 1993, por meio da Resolução Nº 842, e permaneceu nas fronteiras da Macedônia com a Sérvia e a Albânia até março de 1995. Seus trabalhos foram, basicamente, destinados a reforçar com sua presença a segurança e a estabilidade do Estado macedônio e elaborar relatórios periódicos acerca de quaisquer ações que pudessem ameaçar o país. (ORGANIZAÇÃO..., 2009).

11.4.2.1. UNPREDEP – United Nations Preventive Deployment Force

Em 31 de março de 1995, o Conselho de Segurança da ONU decidiu, por meio da Resolução Nº 983 de março de 1995, que a componente macedônia da UNPROFOR converter-se-ia em UNPREDEP, ou United Nations Preventive Deployment Force, para que fosse assegurada a soberania e a integridade da Macedônia.

Esta foi a primeira força de peacekeeping com um mandato preventivo da história das Nações Unidas

e tinha praticamente a mesma função da missão da UNPROFOR: monitorar as fronteiras da Macedônia e informar ao Secretário-Geral sobre qualquer movimentação nestas áreas que pudesse vir a enfraquecer ou desestabilizar o país, bem como do fluxo de armas ilícitas e de outras atividades ilícitas proibidas pela Resolução Nº 1160 de 1988 do Conselho de Segurança. (ORGANIZAÇÃO..., 2009).

A UNPREDEP desempenhou suas funções até 28 de abril de 1999 e atuou em três grandes áreas: na área política com atividades de reconciliação e mediação entre as comunidades macedônia e albanesa; na área militar por meio do posicionamento de tropas nas fronteiras norte e ocidental; e na área sócio-econômica, nomeadamente pela assistência às comunidades locais (PINTO, 2007, p. 206) em cooperação com agentes civis, além de outros meios de manutenção da paz.

Estes agentes civis trabalhavam com as autoridades civis e policiais macedônias nas áreas de fronteiras mais suscetíveis a conflitos étnicos. Também visitaram comunidades locais e lhes prestaram assistência humanitária com o intuito de adquirir a confiança das populações mais vulneráveis, além de ajudá-las para que não escapassem da rede de segurança governamental (LUND, 2009, p. 192).

A missão interventiva das Nações Unidas também trabalhou conjuntamente com a Organização para Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) nas ações de peacemaking, de peace-building, nos monitoramentos das fronteiras e em ações humanitárias. Também realizou trabalhos junto ao Alto Comissariado para as Minorias Nacionais no que diz respeito ao aperfeiçoamento de algumas práticas e legislações em favor dos albaneses e membros de outras etnias. (ORGANIZAÇÃO..., 2009).

Em junho de 1998, a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) apoiou a continuação da missão UNPREDEP por meio de exercícios aéreos militares realizados entre a Macedônia e a Albânia com a finalidade de cooperar no monitoramento das fronteiras. Tal cooperação da Aliança serviu como forma de demonstração de sua postura firme com relação à crise que já se desenvolvia no Kosovo. (ORGANIZAÇÃO..., 2009).

11.5 Prevenção do Conflito

A cooperação internacional da OSCE, do Alto Comissariado para as Minorias Nacionais, da missão das Nações Unidas, da OTAN e de outras organizações não governamentais, somadas às concessões internas realizadas pelo Estado macedônio às minorias étnicas foram essenciais para a prevenção eficaz de um conflito que se anunciava provável.

Os conflitos da Croácia, Kosovo e Bósnia-Herzegovina poderiam acabar por contagiar as minorias étnicas – principalmente a minoria albanesa - da Macedônia, o que levaria, consequente e inevitavelmente, a tensão já existente entre estes e os nacionalistas macedônios a um conflito de grande proporção.

Os trabalhos desenvolvidos pela Comunidade Internacional e pela missão das Nações Unidas tiveram por base o diálogo e a mediação entre as partes divergentes dentro do território macedônio. Estes foram os elementos fundamentais para o êxito das missões.

A missão preventiva das Nações Unidas contribuiu positivamente para evitar os conflitos na região e o fez por meio da promoção do diálogo entre as várias forças políticas e as comunidades étnicas no país, de forma que teve um efeito estabilizador na região.

A intervenção da UNPREDEP – que fugiu à regra das missões de peacekeeping pelo seu caráter preventivo – se instalou cedo na Macedônia, nomeadamente antes que conflitos maiores acontecessem, e

buscou reduzir o risco de estes acontecerem a partir de ameaças internas e externas ao Estado macedônio.

A intervenção das Nações Unidas foi essencial à formação de um clima favorável à política nacional macedônia. Num trabalho conjunto com a OSCE conseguiu envolver-se nos níveis políticos locais de um dito Estado soberano, ressaltando-se que este Estado pretendia à prevenção do conflito e à pacificação (LUND, 2009, p. 207), o que contribuiu imensamente para o bom resultado dos esforços.

Internamente, é importante mencionar sobre a disposição das autoridades macedônias e da população daquele país em evitar um maior conflito. Conforme expressão da autora Ackermann (1999), é essencial dar os créditos ao povo macedônio de todos os grupos étnicos, cujos séculos de experiência pacífica e a própria percepção deles como pessoas pacíficas ajudam a compreender o porquê de não ter havido violência étnica em níveis muito elevados na Antiga República Iugoslava da Macedônia.

Com efeito, a disposição dos líderes internos das diferentes etnias para tentarem chegar a acordos favoráveis a todos, utilizando-se dos meios de mediação proporcionados pelas Nações Unidas, OSCE e organizações não-governamentais, foi um importante elemento pacificador não só para a prevenção de um conflito maior, como também, para permitir um engajamento internacional eficiente nos esforços de prevenção.

Este engajamento internacional, somado às concessões realizadas pelos lideres políticos macedônios, foram os responsáveis pelo êxito do trabalho de prevenção do conflito no país. A moderação de comportamentos entre os governantes e os lideres das minorias étnicas foram necessárias à própria segurança e estabilidade da Macedônia enquanto Estado, e, por esta razão, concessões foram realizadas à minoria albanesa, tais como o treinamento de professores para lecionarem em língua albanesa nas universidades, programas de rádio e televisão para a comunidade albanesa, reforma da composição dos membros militares no sentido dos albaneses poderem aceder às funções militares, assim como as outras funções, públicas, dentre outras concessões.

Nesse sentido, foi assinada em 02 de abril de 1998, em Skojpe, uma declaração conjunta entre oito organizações de partidos políticos, que acordaram em manter a tolerância entre etnias na Macedônia. Na declaração foi acentuada a importância da inviolabilidade do desenvolvimento dos direitos individuais, independentemente de gênero, idade, religião ou nacionalidade; a resistência às ideias de intolerância; a necessidade de desenvolvimento de uma base econômica e de alcançar padrões de democracias avançadas. (ORGANIZAÇÃO..., 2009).

Tais direitos fundamentais para qualquer ser humano, enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, acabaram por ser protegidos e garantidos neste caso concreto, quando as forças de intervenção do conflito, as autoridades políticas e a população optaram por dissolvê-lo de forma pacífica a partir das várias concessões feitas pelas partes conflitantes.

11.6 Considerações Finais

Sendo a região da Macedônia uma área bastante propícia a conflitos étnicos, não há dúvidas de que a intervenção preventiva dos agentes internacionais e dos agentes internos foi eficaz para dirimir as tensões existentes na região.

A intervenção das Nações Unidas na Macedônia foi uma forma eficaz de peacekeeping, com bons resultados alcançados pelo fato de a intervenção ter sido realizada na altura certa, isto é, quando ainda se

mostravam eficazes os meios diplomáticos de prevenção.

A presença da UNPREDEP na Macedônia demonstrou que o apoio internacional pode ser utilizado, e com eficácia, tanto para pacificações de conflitos externos, quanto de conflitos internos (BURG, 2009.). Além disto, o êxito da missão da ONU é de grande relevância histórica porque demonstrou que regiões com histórico de conflitos sangrentos não estão predestinadas à guerra (LUND, 2009, p. 206).

Mais uma vez é importante ressaltar a cooperação do governo da Macedônia em evitar um conflito de largas proporções, o que facilitou os trabalhos de mediação e diálogo entre as etnias divergentes.

Este foi um caso de intervenção em conflito que obteve um resultado positivo e conseguiu evitar a evolução deste para uma guerra aberta. Todavia, a despeito de ser uma das preocupações das Nações Unidas, não é uma prática intervencionista muito utilizada. Contrariamente, vemos frequentes intervenções repressivas e excessivamente violentas, que vitimam milhares de pessoas inocentes, destroem cidades inteiras e promovem o caos, numa sequência de violações de direitos e liberdades e, em consequência, das normas de direito internacional.

As ações preventivas precisam ser repensadas pela comunidade internacional, mormente se utilizarmos a experiência aqui relatada que demonstra que a opção pela intervenção preventiva é potencialmente maior garantidora de direitos humanos. Com efeito, direitos e liberdades consagrados em vários instrumentos internacionais, principalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, como o de liberdade religiosa, igualdade, segurança, não discriminação em razão de etnia, direito à vida e à integridade, foram preservados em razão do êxito da intervenção da ONU de forma prévia e sem uso da força, através de um diálogo conducente ao fim do conflito de forma pacífica.

Estas ações preventivas podem ser mais eficazes se vistas como um processo contínuo, realizado de forma localizada por atores dentro e fora do território a ser protegido. Este processo envolve a observação ininterrupta de sinais de monitoramento da paz e das condições de conflituosidade para prevenir e reprimir potenciais violências, bem como para defender as forças de transição pacíficas. Estas funções preventivas precisam constar nas operações de rotina dos governos e das organizações multilaterais (LUND, 2009, p. 204-206) para que possam efetivamente evitar maiores conflitos e violações de direitos.

REFERÊNCIAS

ACKERMANN, Alice. Managing conflicts non-violently through preventive action: the case of the former Yugoslav Republic of Macedonia. **The Conflict Studies Journal,** v. 19 n. 1, 1999. Disponível em: <http://www.lib.unb.ca/Texts/JCS/bin/get4.cgi?directory=spring99/&filename=ackerman.htm#1>. Acesso em: 17 set. 2016.

AKHAVAN, Payam; HOWSE, Robert. **Yogulasvia, the former and future**: reflections by scholars from the region. Washington: The Brooking Institution, 1995.

ALVES, José Augusto Lidgren. Nacionalismo e etnias em conflito nos Bálcãs. **Lua Nova:** Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 63. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452004000300002&script=sci_arttext>. Acesso em: 16 set. 2016.

BURG, Steven L. **Preventing ethnic conflict:** Macedonia and the pluralist paradigm. 2009. Disponível em: <http://www.southeasteurope.org/documents/PREVENTING%20EYHNIC%20CONFLICT%20MACEDONIA%20AND%20THE%20PLURALIST%20PARADIGM.htm>. Acesso em: 19 set. 2016.

BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental.** Porto Alegre: Globo, 1977.

HIBBERT, Reginald. War among the south slavs in the wider balkan context. **International Relations**, v. 12, n. 3, dez. 1994.

KOINOVA, Maria. **Three outcomes of ethnic conflict:** the cases of Bulgaria, Macedonia and Yugoslavia 1989-1999. Florença: European University Institute, 2008. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/kokkalis/GSW3/Maria_Koinova.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

LAKE, David A.; ROTCHCHILD, Donald. Containing Fear: the origins and management of ethnic conflict. **International Security**, v. 21, n. 2, 1996.

LUND, Michael S. Preventive diplomacy for Macedonia, 1992-1999: from containment to nation building. In: JENTLESON, Bruce W. **Opportunities missed, opportunities seized, carnegie comission on preventing deadly conflict.** 2009. Disponível em: <http://www.wilsoncenter.org/subsites/ccpdc/pubs/opp/fr.htm>. Acesso em: 11 jun. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Peacekeeping, Past Operations, Former Yugoslav Republic of Macedonia**. 1999. Disponível em: <www.un.org/Depts/dpko/dpko/co_mission/unpredep.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça.** São Francisco: ONU, 1945. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 06 out. 2016.

_____. **Declaração Universal de Direitos Humanos.** Assembleia Geral das Nações Unidas. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 9 out. 2016.

PINTO, Maria do Céu. **As Nações Unidas e a manutenção da paz e as actividades de peacekeeping doutras organizações internacionais.** Coimbra: Almedina, 2007.

RÉMOND, René. **Introdução à história do nosso tempo:** do antigo regime aos nossos dias. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2009.

TRANCA, Oana. What causes ethnic conflict diffusion? a study on ethnic conflicts in Azerbaijan and Macedonia. **Journal of Peace, Conflict & Development**, Issue 12, maio 2008. Disponível em: <http://www.peacestudiesjournal.org.uk/docs/Ethnic%20conflict%20Azerbajian%20Macedonia_Oana%20Tranca.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2016.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-94448-00-2